



Assemblée générale

Distr. limitée
11 juillet 2022
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)
Quarante-troisième session
Vienne, 5-16 septembre 2022**

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

Projets de dispositions relatives aux réformes procédurales

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projets de dispositions relatives à la réforme des règles de procédure	4
A. Rejet rapide des demandes manifestement dénuées de fondement juridique	4
B. Garantie pour frais	6
C. Répartition des frais	8
D. Demandes reconventionnelles	11
E. Financement par un ou des tiers	13
Annexe	
Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022)	24



I. Introduction

1. Au cours des première et deuxième phases de ses travaux, le Groupe de travail avait identifié des préoccupations concernant certains aspects du RDIE qu'il était souhaitable de réformer. De manière générale, celles-ci étaient regroupées comme suit : les préoccupations relatives au manque d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de régularité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE, celles relatives aux arbitres et aux décideurs ; et celles relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE, qui comprenaient des préoccupations concernant le financement par un ou des tiers (A/CN.9/964 et A/CN.9/970). En ce qui concerne la dernière catégorie, il a été généralement estimé que des améliorations du cadre procédural seraient souhaitables et qu'il existait plusieurs façons de répondre à ces préoccupations, comme l'illustraient des traités d'investissement récents.

2. À sa trente-neuvième session, en octobre 2020, le Groupe de travail a examiné les questions relatives aux demandes abusives, aux garanties pour frais et aux demandes reconventionnelles, en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.192 et A/CN.9/WG.III/WP.193). En ce qui concerne les demandes abusives, un soutien général a été exprimé en faveur de l'élaboration d'un cadre plus prévisible, qui permettrait de rejeter de telles demandes à un stade précoce de la procédure et de prévoir une procédure accélérée (A/CN.9/1044, par. 78 et 84 à 89)¹.

3. Le Groupe de travail a aussi réaffirmé la nécessité d'élaborer un cadre plus prévisible et plus clair pour les garanties pour frais, qui protégerait les États contre l'incapacité ou le refus de payer d'un demandeur et découragerait les demandes abusives. Il a également été souligné qu'une approche équilibrée devrait être adoptée car le fait d'exiger une garantie pour frais pouvait limiter l'accès à la justice pour certains investisseurs, notamment les petites et moyennes entreprises (PME) (A/CN.9/1044, par. 64 et 74 à 77).

4. En ce qui concerne les demandes reconventionnelles, deux éléments distincts ont été soulignés, à savoir, d'une part, l'aspect procédural, ou la recevabilité des demandes reconventionnelles et la compétence des tribunaux pour en connaître, et, d'autre part, les obligations matérielles des investisseurs, dont la violation constituerait la base des demandes reconventionnelles (A/CN.9/1044, par. 57). Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de continuer à travailler sur le thème des demandes reconventionnelles, en mettant l'accent sur les aspects procéduraux, et de rédiger diverses options qui permettraient de préciser les conditions dans lesquelles une demande reconventionnelle pourrait être introduite (A/CN.9/1044, par. 61 et 62).

5. À sa trente-sixième session, en octobre 2018, le Groupe de travail a conclu qu'il était souhaitable que des réformes soient mises au point pour répondre aux préoccupations relatives à la répartition des coûts par les tribunaux arbitraux dans les instances de RDIE (A/CN.9/964, par. 124 à 127). Il a examiné des questions relatives aux répercussions du comportement des parties et du financement par un ou des tiers sur la répartition des coûts. On a par ailleurs mentionné qu'il serait difficile de répartir les coûts proportionnellement au succès des parties.

6. Les 2 et 3 septembre 2021, la République de Corée a accueilli la quatrième réunion intersessions du Groupe de travail sur la réforme des règles de procédure².

¹ À la date de soumission, il était prévu que la Commission examine, au cours de la dernière semaine de sa cinquante-cinquième session et dans le cadre du point de l'ordre du jour consacré au programme de travail, différentes approches législatives du rejet rapide et de la décision préalable dans le contexte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en se fondant sur une note du Secrétariat (voir document A/CN.9/1114).

² Des informations supplémentaires sont disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/en/content/uncitral-working-group-iii-isds-reform-intersessional-meeting-procedural-rules-reform>. Le document A/CN.9/WG.III/WP.214 contient une synthèse de la réunion.

Les trois premières réunions avaient permis d'examiner un projet de document établi par le Secrétariat portant sur le rejet rapide des demandes, les garanties pour frais et les demandes reconventionnelles. La quatrième a consisté en une série de présentations faites par des délégués et des observateurs au sujet de questions transversales liées aux réformes procédurales, y compris l'évaluation des dommages-intérêts, l'épuisement des recours internes, le gel réglementaire, le droit de régler, la participation des tiers, l'immunité d'exécution et l'intervention des tribunaux nationaux.

7. À ses trente-septième et trente-huitième sessions, tenues respectivement en avril et octobre 2019, le Groupe de travail a examiné le sujet du financement par un ou des tiers, en se fondant sur des notes établies par le Secrétariat ([A/CN.9/WG.III/WP.157](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.172](#)). Il a conclu qu'il serait souhaitable d'aborder le cadre juridique relatif au financement par un ou des tiers dans le contexte du RDIE à la lumière de son influence sur les procédures de RDIE et sur le régime dans son ensemble. Les diverses options de réforme envisageables ont été discutées et le Secrétariat a été prié de préparer des projets de dispositions sur le financement par un ou des tiers ([A/CN.9/970](#), par. 17 à 25 ; [A/CN.9/1004](#), par. 80 à 94 et 97). Le Secrétariat a préparé un premier projet, qui a été diffusé le 6 mai 2021 en vue de recueillir les commentaires des délégations et de différentes parties prenantes³.

8. La présente Note compile les options de réforme susmentionnées dans un ensemble de règles de procédure qui contient des projets de dispositions sur le rejet rapide (projet de disposition A), la garantie pour frais (projet de disposition B), la répartition des frais (projet de disposition C), les demandes reconventionnelles (projet de disposition D) et le financement par un ou des tiers (projet de disposition E), sujets sur lesquels le Groupe de travail a eu l'occasion de fournir des instructions concrètes au Secrétariat. Des règles supplémentaires visant à répondre à d'autres préoccupations et à des questions dites transversales (par exemple, les procédures multiples et le calcul des dommages-intérêts) devront être élaborées pour compléter cet ensemble. Le Groupe de travail pourrait souhaiter fournir des orientations sur ces dispositions supplémentaires à élaborer.

9. Les projets de dispositions figurant dans la présente Note ont été élaborés en vue de leur éventuelle inclusion dans les traités d'investissement ou dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, afin de fournir un ensemble cohérent de règles sur les aspects procéduraux, qui pourraient devenir applicables aux procédures dans le cadre des traités d'investissement existants. Elles devraient être ajustées si elles devaient faire partie d'un règlement d'arbitrage ou d'une législation nationale. Par ailleurs, le terme « tribunal arbitral » est utilisé dans les projets de dispositions et dans la présente Note uniquement par souci de commodité. Il faudrait le modifier en fonction des modalités de règlement des litiges ainsi que de l'entité qui en aurait l'autorité.

10. La présente Note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner. Une référence particulière a été faite aux amendements aux règlements du CIRDI qui ont pris effet le 1^{er} juillet 2022⁴. Les dispositions pertinentes ont été reproduites dans l'Annexe de la présente Note.

³ Le projet initial et la compilation des commentaires sont disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/thirdpartyfunding>.

⁴ Disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/reglements/amendement-des-reglements-du-cirdi-document-de-travail>.

II. Projets de dispositions relatives à la réforme des règles de procédure

A. Rejet rapide des demandes manifestement dénuées de fondement juridique

11. On a considéré que le fait de permettre le rejet rapide des demandes abusives et manifestement dénuées de fondement serait un outil important en vue d'empêcher les abus du système de RDIE et de garantir un accès efficace à la justice pour les autres demandes. Un certain nombre de règlements d'arbitrage institutionnels⁵ et certains traités d'investissement⁶ récents prévoient des mécanismes pour traiter les demandes infondées.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition A suivant, relatif au rejet rapide des demandes :

PROJET DE DISPOSITION A

1. *Le tribunal arbitral peut, à la requête d'une partie contestante ou de sa propre initiative, décider qu'une demande, une demande reconventionnelle ou une demande aux fins de compensation (ci-après dénommées « demande ») est manifestement dénuée de fondement juridique.*

2. *La partie contestante devrait formuler la requête visée au paragraphe 1 aussitôt que possible et au plus tard [...] jours après la présentation de la demande. Passé ce délai, le tribunal arbitral peut accepter une requête s'il estime que le retard est justifié.*

3. *La partie contestante indique le plus précisément possible le fondement juridique de la requête et les faits qui la justifient. En outre, elle démontre qu'une décision du tribunal arbitral accélèrera la procédure et sera importante pour son issue.*

4. *Dans les [...] jours suivant la date de la requête par la partie contestante, le tribunal arbitral décide, après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, s'il statuera sur la requête.*

⁵ Par exemple, Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 41 ; Règlement d'arbitrage en matière d'investissement du SIAC (2016), art. 29 ; Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2017), art. 39 ; Règlement d'arbitrage administré par le HKIAC (2018), art. 43 ; Règlement d'arbitrage en matière d'investissement de la CIETAC (2017), art. 26. Des informations supplémentaires sur la pratique du CIRDI sont disponibles (en anglais) à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration/manifest-lack-of-legal-merit/2022>.

⁶ Par exemple, Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, art. 9-23 4) à 6) (Conduite de l'arbitrage) ; Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne (AECG ou CETA en anglais), art. 8-32 (Plaintes manifestement dénuées de fondement juridique) et 8-33 (Plaintes non fondées en droit) ; accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique, art. 14-D.7 ; accord de partenariat économique global entre l'Indonésie et l'Australie (2019), art. 14-21 et 14-30 ; traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et le Royaume-Uni (2010), art. IX ; accord de libre-échange entre pays d'Amérique centrale, États-Unis et République dominicaine (1998), art. 10-20 ; accord de libre-échange entre la Slovaquie et l'Iran (2016), art. 20 ; accord de libre-échange entre le Bélarus et l'Inde (2018), art. 21. Les principaux changements contenus dans l'accord de principe sur la modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie, approuvé le 24 juin 2022 (Modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie) prévoient un mécanisme pour i) le rejet des demandes manifestement dépourvues de fondement juridique sur le fond ou la compétence dès le début de la procédure et ii) le rejet accéléré des demandes non fondées en droit sur le fond. Une disposition spéciale est envisagée pour le rejet des demandes présentées à la suite de la restructuration d'investissements effectuée dans le seul but de présenter une demande au titre du Traité sur la Charte de l'énergie.

5. *Si le tribunal arbitral décide de statuer sur la requête, il indique le délai dans lequel il se prononcera et invite les parties à exprimer leurs vues.*
6. *Le tribunal arbitral peut statuer en rendant une ordonnance ou une sentence.*
7. *La décision rendue par le tribunal arbitral, y compris s'il décide de ne pas examiner la requête d'une partie contestante, ne préjuge pas du droit de cette partie contestante de faire valoir, au cours de la procédure, qu'une demande est dénuée de fondement juridique.*

13. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle le tribunal arbitral peut rejeter une demande jugée manifestement sans fondement juridique, soit à la demande d'une partie au litige soit de sa propre initiative. Si ce paragraphe traite du rejet de différents types de demandes (y compris les demandes reconventionnelles des États défendeurs), il ne s'applique pas aux « moyens de défense » (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 10).

14. Le paragraphe 1 n'a pas pour but d'englober d'autres types d'exceptions ou d'objections qu'une partie pourrait soulever au cours de la procédure (par exemple, que : i) les points de fait ou de droit invoqués à l'appui d'une demande sont manifestement sans fondement ; ii) certaines preuves ne sont pas recevables⁷ ; et iii) aucune sentence ne pourrait être rendue en faveur de la partie contestante, même dans l'hypothèse où le chef de demande serait correct (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 11). Le Groupe de travail souhaitera peut-être toutefois se demander si l'exception d'incompétence du tribunal arbitral ou l'exception d'irrecevabilité manifeste de la demande faute de compétence du tribunal devraient relever du paragraphe 1 (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 20)⁸.

15. Les paragraphes 2 à 6 indiquent la procédure à suivre. Toute partie au litige qui souhaite demander un rejet rapide doit le faire dans un délai déterminé, qui commence avec l'introduction d'une demande. Cette partie devra justifier sa demande et démontrer qu'une décision du tribunal arbitral serait importante pour la procédure. Il est prévu que le tribunal arbitral adopte une approche en deux temps : d'abord, il détermine s'il statuera sur la requête dans un délai déterminé suivant son dépôt, puis il se prononce sur le rejet de la requête spécifique. Ce faisant, il est censé rendre une ordonnance ou une sentence. Le Groupe de travail souhaitera peut-être fournir des orientations sur l'adéquation de la procédure et sur la mesure dans laquelle des dispositions détaillées devraient être prévues (par exemple, en ce qui concerne les délais et les conséquences du fait que l'autre partie au litige ne conteste pas la demande, voir A/CN.9/1044, par. 86).

16. Le paragraphe 7 précise que la partie à l'origine de la requête peut continuer d'alléguer que la demande est dénuée de fondement à un stade ultérieur de la procédure, même si sa requête conformément au projet de disposition A a été rejetée par le tribunal arbitral.

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander : i) si l'existence d'un financement par un ou des tiers (en particulier d'un financement non autorisé par les modèles réglementaires, voir sect. E ci-dessous) devrait être prise en compte par le tribunal arbitral pour déterminer si une demande est manifestement dépourvue de fondement juridique et ii) le cas échéant, si et comment cela devrait être traduit dans le projet de disposition A.

18. En ce qui concerne le projet de disposition C ci-dessous, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le tribunal arbitral devrait être en mesure d'imputer tout frais découlant de la demande introduite conformément au projet de disposition A à la partie contestante l'ayant introduite, si la demande en question est rejetée

⁷ Voir Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, art. 9.

⁸ Voir Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 23.

(A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 20)⁹. Cela pourrait constituer une garantie contre d'éventuels abus de la procédure par les parties au litige.

B. Garantie pour frais

19. Considérant la nécessité d'élaborer un cadre plus prévisible et plus clair pour encadrer les garanties pour frais, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de préparer un projet de disposition qui : i) serait distinct de celui sur les mesures provisoires ou transitoires ; ii) s'attacherait principalement à mettre à la disposition des défendeurs les garanties pour frais à l'encontre des demandeurs ; iii) préciserait que les garanties pour frais seraient disponibles uniquement à la requête d'une partie ; iv) ne s'appliquerait pas à l'encontre des parties non contestantes ; v) aborderait les conditions et le seuil ; et vi) préciserait les conséquences possibles en cas de non-respect des dispositions (A/CN.9/1044, par. 64, 65 et 74).

20. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition B suivant, relatif à la garantie pour frais :

PROJET DE DISPOSITION B

1. *À la requête d'une partie contestante, le tribunal arbitral peut ordonner à l'autre partie contestante introduisant la demande de fournir une garantie pour frais.*
2. *La partie contestante qui formule la requête visée au paragraphe 1 indique de manière aussi précise que possible les circonstances qui justifient la garantie pour frais.*
3. *Dans les [...] jours suivant la date de la requête par la partie contestante, le tribunal arbitral décide, après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, s'il ordonnera une garantie pour frais.*
4. *Pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner à une partie contestante de fournir une garantie pour frais, le tribunal arbitral tient compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, notamment de :*
 - a) *La capacité de cette partie à se conformer à une décision la condamnant aux dépens ;*
 - b) *La volonté de cette partie de se conformer à une décision la condamnant aux dépens ;*
 - c) *L'effet que la fourniture d'une garantie pour frais pourrait avoir sur la capacité de cette partie à maintenir sa demande ;*
 - d) *Le comportement des parties contestantes ; et*
 - e) *L'existence d'un financement par un ou des tiers.*
5. *Le tribunal arbitral précise dans son ordonnance les modalités de la garantie pour frais, y compris le délai dans lequel la partie contestante doit se conformer à l'ordonnance. Si la partie contestante ne se conforme pas à l'ordonnance, le tribunal arbitral peut suspendre la procédure pour une période déterminée, après quoi il peut en ordonner la clôture.*
6. *Une partie contestante doit signaler dans les meilleurs délais tout changement important des circonstances sur le fondement desquelles le tribunal arbitral a rendu sa décision relative à la fourniture d'une garantie pour frais.*

⁹ Voir Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 52-2, qui précise que : Si le Tribunal rend une sentence en application de l'article 41-3, il accorde à la partie ayant gain de cause le remboursement de ses frais raisonnables, à moins que le Tribunal ne décide qu'il existe des circonstances particulières justifiant une répartition différente des frais.

7. *Le tribunal arbitral peut, à la requête d'une partie contestante ou de sa propre initiative, modifier ou rétracter son ordonnance relative à la fourniture d'une garantie pour frais.*

21. Le paragraphe 1 prévoit qu'une ordonnance relative à la fourniture d'une garantie pour frais ne peut être prise qu'à la demande d'une partie contestante et non de la propre initiative du tribunal arbitral. Il peut être ordonné de fournir une garantie pour frais à une partie introduisant une demande (y compris une demande reconventionnelle ou une demande à des fins de compensation ; voir le projet de disposition A-1), qui prévoit un traitement équitable des investisseurs demandeurs et des États défendeurs (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 25).

22. Le paragraphe 2 traite de la manière dont une partie contestante doit présenter sa demande de garantie pour frais. Contrairement au projet de disposition A, il n'y a pas de délai applicable au dépôt de cette demande.

23. Le paragraphe 3 traite de la manière dont le tribunal arbitral devrait procéder afin d'ordonner une garantie pour frais. Il prévoit un court délai dans lequel ce dernier devra décider d'ordonner ou non une garantie pour frais (par exemple, 30 jours à compter de la date de la requête), en tenant compte des points de vue exprimés par les parties au litige. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si le projet de disposition devrait envisager la situation dans laquelle une demande de garantie pour frais serait faite avant la constitution du tribunal et, le cas échéant, à qui cette demande devrait être faite et comment ajuster le début du délai prévu au paragraphe 3.

24. Le paragraphe 4 fournit une liste non exhaustive de circonstances dont le tribunal arbitral devra tenir compte pour prendre sa décision relative à une garantie pour frais. Le Groupe de travail voudra peut-être voir s'il convient de fournir une telle liste ou de laisser la détermination à l'entière discrétion du tribunal arbitral à la lumière des circonstances de l'espèce (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 24 et 27).

25. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si les éléments prévus dans les alinéas sont appropriés, notamment s'ils garantissent : i) un équilibre entre les droits effectifs des États défendeurs, d'une part, et l'accès à la justice, d'autre part, et ii) que le tribunal arbitral ne sera pas tenu de préjuger le litige (A/CN.9/1044, par. 75).

26. Par exemple, les alinéas a) et b) visent à répondre à une situation dans laquelle il existe des motifs raisonnables de penser que la partie contestante pourrait ne pas être en mesure d'honorer une éventuelle condamnation aux dépens à son encontre¹⁰. Si l'impécuniosité et donc l'incapacité à se conformer au règlement des frais était due à un acte de l'autre partie, cela serait également pris en compte. En ce qui concerne les alinéas d) et e), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les éléments qu'ils contiennent sont plutôt des « preuves » à prendre en considération par le tribunal arbitral en ce qui concerne les « circonstances » mentionnées aux alinéas a) à c)¹¹. Il s'agit de la manière dont le tribunal arbitral devrait peser les différents facteurs ainsi que de la question de savoir à qui incombe la charge de la preuve.

27. L'alinéa e) traite des ordonnances de garantie pour frais lorsqu'une partie contestante a reçu un financement par un ou des tiers. Il conviendra de le modifier en fonction de la manière dont le financement par un ou des tiers sera réglementé (voir sect. E ci-dessous). L'un des objectifs est de répondre aux préoccupations concernant l'incapacité des États défendeurs à recouvrer leurs frais, en particulier lorsqu'un

¹⁰ Voir Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (2019) (UE-Viet Nam), art. 3-48 et Accord type de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) du Canada (2021), art. 39. La modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie prévoit une nouvelle disposition relative à la garantie pour frais dans certains cas, comme les risques qu'une décision de condamnation aux dépens ne soit pas respectée.

¹¹ Voir Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 53-4, qui précise que : Le Tribunal prend en considération tous moyens de preuve invoqué en relation avec les circonstances visées au paragraphe 3, y compris l'existence d'un financement par un tiers.

demandeur démunie a introduit sa demande avec le soutien d'un financement par un ou des tiers (A/CN.9/1004, par. 94).

28. La garantie pour frais est mentionnée dans le projet de disposition E-3 comme l'un des moyens de mettre en œuvre la règle sur le financement par un ou des tiers. En ce qui concerne tout financement par un ou des tiers qui serait interdit, l'imposition d'une garantie pour frais peut être envisagée en plus d'autres sanctions. D'autre part, s'agissant des types de financement par un ou des tiers qui seraient autorisés, le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que la simple existence d'un tel financement ne justifierait pas d'ordonner le versement d'une garantie pour frais, comme indiqué au paragraphe 4 (A/CN.9/1004, par. 94 ; A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 28). Ceci est d'autant plus vrai qu'il peut y avoir des cas où une ordonnance de versement d'une garantie pour frais n'est pas appropriée, par exemple, lorsque : i) la partie financée n'est pas en mesure de maintenir la demande sans le financement par un ou des tiers ; ii) le tiers financeur exprime sa capacité et sa volonté de se conformer à une décision défavorable à l'encontre de la partie financée ; ou iii) l'État défendeur est responsable de l'impécuniosité de la partie financée.

29. Le paragraphe 5 prévoit comment le tribunal arbitral doit ordonner la garantie pour frais (y compris un délai fixe pour l'exécution de l'obligation) et les mesures à prendre en cas d'inexécution. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu de fournir des indications supplémentaires sur les conditions de la garantie pour frais (par exemple, le montant, les modalités et la durée) et si le projet de disposition devrait prévoir une durée fixe de suspension (par exemple, 90 jours).

30. Le paragraphe 6 exige des parties contestantes qu'elles fassent connaître tout changement des circonstances qui ont conduit le tribunal arbitral à prendre sa décision relative à la garantie pour frais. Cela signifierait que le tribunal devrait motiver sa décision. Il est fait référence à la « décision » du tribunal arbitral et non à l'« ordonnance de garantie pour frais », pour tenir compte des situations où le tribunal n'aurait pas ordonné de garantie des frais, mais où les circonstances auraient changé¹². Ce serait par exemple le cas lorsque la partie n'est plus en mesure de respecter une condamnation aux dépens et lorsqu'un financement par un ou des tiers a été demandé après une décision du tribunal de ne pas ordonner de garantie pour frais.

31. Le paragraphe 7 donne au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de modifier ou de révoquer son ordonnance relative à la garantie pour frais. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cela ne peut se faire qu'à la demande d'une partie contestante ou sans une telle demande (par comparaison, le paragraphe 1 exige une demande d'une partie contestante pour que soit ordonnée une garantie pour frais). Cela permettrait de tenir compte de tout changement qui pourrait être communiqué conformément au paragraphe 6.

C. Répartition des frais

32. Il a été estimé qu'une règle claire sur la répartition des frais pourrait avoir des répercussions positives, en réduisant les coûts globaux de la procédure, et pourrait prévenir certaines incohérences (A/CN.9/964, par. 125 et 126).

33. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition suivant, relatif à la répartition des frais :

PROJET DE DISPOSITION C

1. Les frais de procédure sont en principe à la charge de la partie ou des parties contestantes qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre

¹² Voir Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 53-7, qui précise que : Une partie doit divulguer dans les meilleurs délais tout changement important dans les circonstances sur le fondement desquelles le Tribunal a ordonné que la garantie du paiement des frais soit fournie.

les parties contestantes, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. Les frais de procédure comprennent les frais de représentation et autres frais exposés par les parties contestantes dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable.

3. Pour répartir les frais de procédure, le tribunal arbitral tient compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, notamment de :

- a) L'issue de la procédure ou de toute partie de celle-ci ;*
- b) Le comportement des parties au cours de la procédure ;*
- c) Le caractère raisonnable des frais ; et*
- d) L'existence d'un financement par un ou des tiers.*

4. Les frais de procédure ne comprennent pas les dépenses liées au financement par un ou des tiers ou découlant de celui-ci, encourues par une partie contestante, sauf décision contraire du tribunal arbitral.

5. Le paragraphe 1 s'applique à tous les frais de procédure découlant de la requête d'une partie contestante qu'une demande soit jugée comme manifestement dénuée de fondement juridique conformément au projet de disposition A.

6. Le tribunal arbitral détermine dans la sentence définitive ou, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence, le montant qu'une partie contestante doit payer à une autre partie contestante en conséquence de sa décision ou de ses décisions relatives à la répartition des frais.

34. Le paragraphe 1 prévoit la règle par défaut selon laquelle la partie contestante qui succombe doit supporter les frais de procédure, en tout ou en partie (« les frais suivent le principal »)¹³. Selon une autre règle possible, chaque partie au litige supporte ses propres frais de justice et sa part des frais de procédure. Le paragraphe 1 prévoit en outre que le tribunal arbitral peut répartir les frais de procédure lorsqu'il le juge raisonnable. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si une telle répartition devrait être limitée à des situations exceptionnelles et s'il faudrait donner des indications supplémentaires sur les circonstances dans lesquelles s'écarter de la règle par défaut (A/CN.9/964, par. 126)¹⁴.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient d'inclure une telle règle par défaut dans le projet de disposition ou de laisser cette démarche au règlement applicable¹⁵. La Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022) offrent une certaine souplesse au tribunal arbitral pour répartir les frais sans règle par défaut¹⁶.

36. Le paragraphe 2 précise que les « frais de procédure » comprennent les frais de justice et autres frais encourus par les parties au litige au titre de la procédure¹⁷. Il

¹³ Voir AECG, art. 8-39 5) et Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (2018), art. 3-21 1), tous deux libellés comme suit – Le Tribunal ordonne que les dépens de la procédure soient supportés par la partie perdante au différend.

¹⁴ Ibid. – *Dans des circonstances exceptionnelles*, le Tribunal peut répartir les dépens entre les parties au différend s'il juge qu'une telle répartition est appropriée eu égard aux circonstances de la plainte (italiques ajoutées).

¹⁵ Voir annexe 14-D de l'accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique, art. 14.D.13 4) ; accord d'investissement entre l'Australie et Hong Kong (2019), art. 35-3. En ce qui concerne les règles applicables, voir l'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

¹⁶ Voir Convention CIRDI, art. 61-2, et Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 50 et 52.

¹⁷ Voir Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 40-2, qui précise que : Les « frais » comprennent uniquement ; ... e) Les frais de représentation et autres frais exposés par les parties en rapport avec l'arbitrage dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable. Voir

limite par ailleurs ces frais à un montant jugé raisonnable par le tribunal arbitral. Le Groupe de travail souhaitera peut-être voir si le projet de disposition C devrait inclure un paragraphe distinct sur la signification et la portée de la notion de « frais de procédure » (voir le paragraphe 4 sur les dépenses découlant du financement par un ou des tiers)¹⁸.

37. Le paragraphe 3 énumère les facteurs que le tribunal arbitral doit prendre en compte pour la répartition des frais¹⁹. L'alinéa a) vise à couvrir la situation où seules certaines parties des demandes ont abouti. L'alinéa b) permettrait au tribunal arbitral d'examiner si les parties au différend se sont conformées aux règles applicables ainsi qu'aux ordonnances et décisions du tribunal et si elles ont agi en temps voulu et de manière économique (A/CN.9/964, par. 125). Il pourrait également lui permettre de prendre en compte les efforts déployés par les parties pour régler le différend à l'amiable. L'alinéa c) l'obligerait à se demander si les frais réclamés par les parties au litige sont raisonnables et à les limiter dans cette mesure. Le Groupe de travail souhaitera peut-être voir si d'autres facteurs devraient être mentionnés au paragraphe 3 (par exemple, le caractère excessif du montant demandé et la complexité des questions)²⁰.

38. L'alinéa d) impose au tribunal arbitral de tenir compte de l'existence d'un financement par un ou des tiers lors de la répartition des coûts²¹. S'agissant de la répartition des frais, le Groupe de travail voudra peut-être examiner d'autres questions découlant de l'existence d'un financement par un ou des tiers²².

39. La première question est de savoir si les frais découlant du financement par un ou des tiers (y compris toute rémunération versée au tiers financeur)²³, qui sont supportés par la partie financée, peuvent être attribués à l'autre partie au litige. Le paragraphe 4 reflète l'opinion selon laquelle les frais liés au financement par un ou des tiers ne devraient pas être pris en compte et ne devraient donc pas être

également Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 50, qui se lit comme suit : Les frais de procédure correspondent à l'ensemble des frais encourus par les parties dans le cadre de l'instance, notamment : a) les honoraires et frais d'avocat exposés par les parties...

¹⁸ Par exemple, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 40 ; Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 50.

¹⁹ Voir Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, par. 48, qui précise : Aux fins de la répartition, le tribunal arbitral peut aussi prendre en considération le comportement des parties. Il peut notamment tenir compte : a) du non-respect d'ordonnances de procédure par une partie ; ou b) de la présentation de requêtes procédurales (par exemple demandes de documents, demandes afférentes à la procédure et demandes de contre-interrogatoire) qui ne sont pas raisonnables, dans la mesure où ce comportement a effectivement eu une incidence directe sur les coûts de l'arbitrage et où le tribunal juge qu'il a retardé ou entravé la procédure de manière injustifiée.

²⁰ Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 52-1 c). Cependant, aucune explication n'est fournie quant à la manière dont la complexité des questions pourrait être prise en compte lors de la répartition des frais entre les parties ayant eu gain de cause et les parties déboutées.

²¹ Voir Règlement d'arbitrage en matière d'investissement du SIAC (2017).

²² Voir rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international (août 2018) (rapport 2018 de l'ICCA), Annexe, Principe C :

C.3. La question de savoir si une partie des frais de financement, y compris la rémunération du tiers financeur, est recouvrable en tant que frais dépendra de la définition des frais recouvrables dans la législation nationale ou les règles de procédure applicables, mais devrait généralement être soumise au critère du caractère raisonnable et à la divulgation des détails de ces frais de financement dès le début ou au cours de l'arbitrage afin que l'autre partie puisse évaluer son exposition.

C.4. En l'absence d'un pouvoir exprès, dans la législation nationale ou les règles de procédure applicables, un tribunal ne serait pas compétent pour émettre une ordonnance de frais à l'encontre d'un tiers financeur.

²³ Si elle a eu gain de cause, la partie financée est généralement tenue de verser au tiers financeur une rémunération au titre de l'accord de financement et peut chercher à récupérer ces frais de financement auprès de la partie qui a succombé. La question du caractère recouvrable se pose lorsque les tribunaux déterminent l'étendue des coûts encourus par une partie qui doivent être transférés à l'autre partie.

recouvrables (A/CN.9/1004, par. 93). Toutefois, le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour en décider autrement.

40. La deuxième question est de savoir si le tribunal arbitral pourrait faire supporter des frais à un tiers financeur, en particulier lorsqu'il n'est pas possible de les recouvrer auprès d'une partie financée (A/CN.9/1004, par. 93). Selon la logique sous-tendant le fait de condamner des tiers financeurs aux dépens, le tiers financeur qui bénéficie financièrement d'une procédure ne devrait pas pouvoir s'exonérer de toute responsabilité si une décision relative aux frais est rendue à l'encontre de la partie financée²⁴. Toutefois, en l'absence d'une disposition expresse ou du consentement du tiers financeur, le tribunal arbitral n'aurait généralement pas le pouvoir de condamner ce dernier au paiement de dépens puisqu'il n'est pas partie à la convention d'arbitrage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette question conjointement avec le projet de disposition E-3, qui exige que la partie financée révèle si le tiers financeur a accepté de supporter la charge d'une condamnation aux dépens. Une option possible serait d'exiger le consentement du tiers financeur à régler les frais que la partie financée serait condamnée à payer comme condition préalable à l'obtention d'un financement par un ou des tiers.

41. En ce qui concerne le projet de disposition A ci-dessus, le paragraphe 5 précise que la règle par défaut du paragraphe 1 s'applique à la procédure visant à déterminer si une demande est manifestement dépourvue de fondement juridique. Cela signifie que si la partie qui présente la demande est déboutée, les frais qui en découlent doivent être supportés par cette partie. En revanche, si une demande est jugée manifestement sans fondement juridique ou si le tribunal arbitral rend une sentence selon laquelle toutes les demandes sont sans fondement juridique, les coûts de la procédure seront supportés par la partie contestante qui soulève cette ou ces demandes (voir par. 18 ci-dessus).

42. Le paragraphe 6 prévoit que le tribunal arbitral ne doit pas attendre la sentence finale pour rendre une sentence sur les frais, qu'il peut rendre à la demande de la partie contestante ou de sa propre initiative.

43. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si d'autres aspects devraient être abordés dans le projet de disposition (par exemple, tout accord contraignant sur la répartition des frais entre les parties) et si des orientations supplémentaires devraient être fournies au tribunal arbitral et aux parties au litige (par exemple, s'agissant de comment tenir un registre précis et complet du temps et des montants consacrés à la procédure).

D. Demandes reconventionnelles

44. Un cadre autorisant les États défendeurs à introduire des demandes reconventionnelles renforcerait la sécurité et promouvrait l'équité et, en définitive, assurerait un équilibre entre les parties au litige. Il permettrait de répondre aux préoccupations liées au fait que les traités d'investissement imposent des obligations aux États hôtes, mais pas aux investisseurs, ou alors de manière très limitée. Le fait de permettre le traitement conjoint des demandes reconventionnelles et de la demande initiale accroîtrait aussi l'efficacité procédurale et pourrait éviter la tenue dans différents fors de procédures multiples concernant les mêmes parties contestantes.

45. Les règles de procédure applicables prévoient généralement la possibilité pour le défendeur d'introduire des demandes reconventionnelles sous certaines

²⁴ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 161.

conditions²⁵. Des dispositions autorisant ce type de demandes ont été insérées dans des traités d'investissement récents²⁶.

46. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de continuer à travailler sur le thème des demandes reconventionnelles, en mettant l'accent sur les aspects procéduraux, et de rédiger diverses options qui permettraient de préciser les conditions dans lesquelles une demande reconventionnelle pourrait être introduite (A/CN.9/1044, par. 61 et 62).

47. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition suivant, relatif aux demandes reconventionnelles.

PROJET DE DISPOSITION D

1. *Le défendeur peut former une demande reconventionnelle :*

- a) *Directement liée à l'objet du différend ;*
- b) *Relativement au fondement factuel et juridique de la demande ; ou*
- c) *Selon laquelle le demandeur a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu [du présent traité ou de tout autre traité applicable, du droit international, de lois nationales ou de contrats d'investissement].*

2. *Pour éviter toute ambiguïté, le consentement du défendeur à l'introduction d'une demande par le demandeur est subordonné à la condition que le demandeur consente à l'introduction des demandes reconventionnelles visées au paragraphe 1.*

48. Le paragraphe 1 précise que l'État défendeur peut former des demandes reconventionnelles et énumère les conditions ou motifs possibles pour ce faire. Les alinéas a) et b) exigent que la demande reconventionnelle ait un lien avec l'objet du litige²⁷ ou avec le fondement factuel ou juridique de la demande²⁸. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de maintenir ces deux libellés.

49. L'alinéa c), en revanche, élargit le champ d'application en permettant à l'État défendeur d'introduire des demandes reconventionnelles sur la base de tout manquement de l'investisseur demandeur à ses obligations, qui n'a pas besoin d'être lié à l'objet du différend ou au fondement factuel ou juridique de la demande²⁹. Il indique entre crochets une liste d'éventuels instruments contenant de telles obligations³⁰.

50. Comme il a été noté (voir par. 46 ci-dessus), le projet de disposition D ne vise pas à préciser les obligations des investisseurs (A/CN.9/1044, par. 59). Cependant, pour pouvoir former des demandes reconventionnelles dans le cadre de différends relatifs à des investissements fondés sur des traités, il faudrait que les obligations matérielles dont la violation serait à l'origine des demandes reconventionnelles figurent dans le traité concerné. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner

²⁵ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 21-3 ; Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 48 ; Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, art. 9-1 iii) ; et Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, art. 5.

²⁶ Par exemple, Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, art. 9-19 2) ; traité d'investissement bilatéral Slovaquie-Iran, art. 14-3 ; traité d'investissement bilatéral Argentine-Émirats arabes unis (2018), art. 28-4.

²⁷ Voir, par exemple, Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 48.

²⁸ Voir, par exemple, Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, art. 9-19.

²⁹ Ceci est indiqué par le mot « ou ». En d'autres termes, les conditions énoncées dans les alinéas ne sont pas cumulatives (A/CN.9/WG.III/WP.214, par. 41).

³⁰ Voir par exemple traité d'investissement bilatéral type du Maroc (2019), art. 28-4 ; voir également Code panafricain d'investissement, art. 43.

des traités d'investissement récents qui imposent de telles obligations³¹ et déterminer s'il faudrait élaborer des dispositions similaires.

51. Le paragraphe 2 vise à préciser que les demandes reconventionnelles formées par des défendeurs conformément au paragraphe 1 relèvent de la compétence du tribunal arbitral (A/CN.9/1044, par. 61). En effet, les règles de procédure limitent généralement les demandes reconventionnelles à celles qui relèvent de la compétence³² et les tribunaux arbitraux ont souvent rejeté de telles demandes pour cause d'incompétence³³.

E. Financement par un ou des tiers

1. Définitions

PROJET DE DISPOSITION E-1 (Définitions)

1. Par « tiers financeur », on entend toute personne physique ou morale qui n'est pas partie à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux mais qui conclut un accord relatif à l'apport d'un financement ou fournit d'une autre manière un financement pour la procédure.

2. Par « partie financée », on entend une partie à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux qui bénéficie d'un financement par un ou des tiers.

3. Par « financement par un ou des tiers », on entend tout financement direct ou indirect ou tout soutien équivalent fourni à une partie à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux (« partie financée ») émanant d'une personne physique ou morale qui n'est pas partie à la procédure (« tiers financeur »), en échange du versement d'une rémunération dont le montant est fonction de l'issue de la procédure.

52. Le projet de disposition E-1 fournit des définitions des termes clefs, car l'efficacité de toute réglementation sur le financement par un ou des tiers dépendra de la clarté avec laquelle cette notion sera cernée (A/CN.9/1004, par. 86). Les définitions devront être ajustées en fonction du modèle et de la portée de la réglementation³⁴.

53. Les paragraphes 1 et 2 définissent les deux principaux acteurs du financement par un ou des tiers, à savoir le tiers financeur et la partie financée. Le paragraphe 1 vise à saisir la signification d'un tiers (toute personne physique ou morale qui n'est

³¹ Voir Code panafricain d'investissement, art. 21 à 24 ; traité d'investissement bilatéral Argentine-Qatar (2016), art. 11 et 12 ; traité d'investissement bilatéral Maroc-Nigéria (2016), art. 18 et 24 ; texte type du traité d'investissement bilatéral indien, art. 9 à 12 ; Accord d'investissement révisé de la zone commune d'investissement du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) (2017), quatrième partie ; modèle de traité bilatéral d'investissement type de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2012), troisième partie ; traité d'investissement bilatéral type du Maroc, art. 18 et 28.

³² Voir par exemple, Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 21-3, qui précise : « à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître » et Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 48, qui précise : « à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève de la compétence du Centre ».

³³ Voir, par exemple : *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1 (7 décembre 2011), sentence, par. 859 à 877 ; *Oxus Gold plc c. République d'Ouzbékistan* (17 décembre 2015), sentence, par. 906 à 959 ; et *Rusoro Mining Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/15 (22 août 2016), sentence, par. 618 à 629.

³⁴ Par exemple, la communication conjointe du Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) et de l'Institut international du développement durable (IISD) propose une définition large, d'après laquelle l'obligation d'information s'applique à tous les financements par des tiers. La clause d'interdiction est alors limitée au financement par des tiers sans recours et lié aux résultats.

pas partie à la procédure) et les cas où le financement n'a pas encore été fourni (« conclut un accord relatif à l'apport »)³⁵. Le mot « bénéficie », qui figure au paragraphe 2, vise à englober le financement « indirect », à savoir les situations où le financement est fourni à la partie contestante non pas directement mais par l'intermédiaire de sa société affiliée ou de son représentant (l'accord de financement peut en effet être conclu par une société affiliée ou un représentant au bénéfice de la partie contestante). C'est la « partie financée » qui doit révéler l'information en vertu du projet de disposition E-2.

54. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les États défendeurs devraient être exclus de la notion de « partie financée », limitant ainsi la portée de la disposition aux investisseurs demandeurs. Le cas échéant, des modifications rédactionnelles conséquentes pourraient s'imposer, car la formulation de la version actuelle est destinée à s'appliquer à toute partie financée.

55. Le paragraphe 3 aborde les éléments clefs du financement par un ou des tiers. Le terme « indirect » vise à couvrir une situation dans laquelle la partie contestante n'est pas une partie à l'accord de financement et qu'elle ne reçoit pas directement les fonds mais qu'elle bénéficie quand même du financement (voir par. 53 ci-dessus). Le mot « financement » fait référence au soutien financier³⁶, tandis que les mots « soutien équivalent » visent à couvrir le soutien non financier³⁷. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si le paragraphe 3 devrait mentionner expressément que le financement ou le soutien équivalent est destiné à « financer intégralement ou partiellement les frais de la procédure », ce qui est implicite dans les mots « soutien [...] fourni à une partie à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux ». Le paragraphe 3 donne une définition large du financement par un ou des tiers, afin de veiller à ce qu'aucune tentative ayant pour intention ou effet de contourner la réglementation sur ce type de financement ne soit autorisée.

56. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette définition large est appropriée, car elle pourrait aboutir par inadvertance à réglementer d'autres types de soutien (par exemple, la présentation d'observations de par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*, à l'appui d'une position, les services juridiques *pro bono* fournis par des cabinets d'avocats et les conseils juridiques fournis par un centre de conseil). La dernière partie du paragraphe 3 précise que l'objectif sous-jacent du financement est d'obtenir en retour une part ou un intérêt dans l'issue de la procédure, à savoir de recevoir une partie des gains que la partie contestante pourrait obtenir (d'où la désignation fréquente de financement « commercial »)³⁸.

Procédure

57. Le projet de disposition E-1 fait référence à l'expression « différend relatif à des investissements internationaux » comme étant à l'examen par le Groupe de travail

³⁵ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 50. Voir également AECG, art. 8-1 ; et Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (2017), art. G-23 *bis* 3).

³⁶ Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 14 ; UE-Singapour, art. 3-1 2) f) ; et Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts (« Lignes directrices de l'IBA »), explication de la règle générale 6 b) : « contribue [...] pour engager ou défendre une affaire ».

³⁷ Voir, par exemple, rapport 2018 de l'ICCA, p. 50 ; une autre approche consisterait à ajouter un libellé tel que « et d'autres mécanismes de financement équivalents » en tant qu'expression fourre-tout pour éviter que la définition ne soit affaiblie et garantir la mise en œuvre efficace de toute réglementation. Les Lignes directrices de l'IBA définissent le financement comme « contribu[ti]on au financement ou fourniture de tout autre soutien matériel ».

³⁸ Voir UE-Singapour, art. 3-1 – « en contrepartie d'un pourcentage des sommes qui seront allouées ou pourraient être allouées à la partie au différend à l'issue de la procédure ou en contrepartie d'un autre intérêt lié auxdites sommes, ou sous la forme d'un don ou d'une subvention » ; Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, art. G-23 *bis* – « au moyen d'un don ou d'une subvention, ou en contrepartie d'une rémunération conditionnée par l'issue du différend » ; Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 14 – « en échange d'une rémunération dépendante de l'issue de l'instance ».

dans le contexte du projet de code de conduite, qui énumère la base juridique des différends³⁹. Le mot « procédure » renvoie à toute procédure visant à résoudre un différend relatif à des investissements internationaux (arbitrage, médiation et tout autre mode alternatif de règlement des litiges)⁴⁰. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le champ d'application devrait être limité à certains mécanismes de règlement des différends.

Financement sans but lucratif

58. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si le financement ou tout soutien équivalent sans but lucratif, généralement sous forme de don ou de subvention, devrait également relever de la définition du financement par un ou des tiers (A/CN.9/1004, par. 87)⁴¹. En effet, le financement à but non lucratif et le financement par des organisations de développement⁴² ne soulèvent pas nécessairement les mêmes préoccupations que le financement commercial.

Autres types d'accords de financement

59. Il est possible de fournir des financements selon une large gamme d'accords, par exemple :

- Financement fourni par les représentants, légaux ou autres, des parties contestantes⁴³ ;
- Financement par augmentation de capital (par exemple, lorsque le bailleur de fonds fait l'acquisition d'actions de la partie au litige ou s'associe à celle-ci pour créer un véhicule à usage spécial) ; et
- La personne apportant un financement détient le cabinet d'avocats représentant une partie au litige ou y a investi⁴⁴.

60. Le Groupe de travail pourrait souhaiter examiner si de tels accords de financement devraient également être réglementés et, le cas échéant, se demander si la définition du paragraphe 3 est suffisamment large pour couvrir ces accords.

61. En fonction du type et du champ d'application de la réglementation à choisir, le Groupe de travail pourrait envisager de formuler des exclusions à la définition.

2. Modèles de réglementation

62. Les paragraphes suivants présentent les différents modes de réglementation du financement par un ou des tiers. Le Groupe de travail voudra peut-être donner des orientations sur le modèle à développer plus avant, en tenant compte d'un certain nombre de facteurs, notamment, mais pas exclusivement, la nécessité de garantir l'intégrité de la procédure en empêchant tout abus et les avantages que le financement par un ou des tiers pourrait présenter pour les demandeurs dont les ressources

³⁹ Voir A/CN.9/WG.III/WP.216 : Le terme « différend relatif à des investissements internationaux » désigne un différend entre un investisseur et un État ou une organisation d'intégration économique régionale [...] soumis en vue de son règlement, né : i) des dispositions d'un traité relatives à la protection des investissements ou des investisseurs ; ii) d'une législation régissant les investissements étrangers ; ou iii) d'un contrat d'investissement ».

⁴⁰ Voir, par exemple, Règlement de conciliation du CIRDI (version 2022), art. 12.

⁴¹ Pour une définition large, voir la communication conjointe CCSI/IIED/IISD. Pour un exemple de financement sans but lucratif, voir *Philip Morris c. Uruguay*, contentieux dans le cadre duquel la Fondation Bloomberg et sa « Campagne pour des enfants sans tabac » ont financé le Gouvernement uruguayen. Voir aussi rapport 2018 de l'ICCA, p. 96.

⁴² Par exemple, la Facilité africaine de soutien juridique (ALSF), l'Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et le centre consultatif tel qu'envisagé par le Groupe de travail.

⁴³ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 50 ; et le projet de disposition 3 b) de la communication conjointe du Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) et de l'Institut international du développement durable (IISD).

⁴⁴ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 35 et 36.

financières sont insuffisantes, en particulier les petites et moyennes entreprises (A/CN.9/1004, par. 85).

1) Modèle fondé sur l'interdiction

63. Une possibilité serait d'interdire totalement le financement par un ou des tiers (A/CN.9/1004, par. 81)⁴⁵. Cela pourrait répondre à la préoccupation selon laquelle le financement par un ou des tiers aggrave le déséquilibre structurel du régime de RDIE et provoque l'augmentation du nombre d'instances, des demandes abusives ainsi que du montant des dommages-intérêts réclamés.

64. Le modèle reposant sur l'interdiction pourrait être mis en œuvre par le biais de différentes options de rédaction. Une option serait d'inclure une disposition générale interdisant le financement par un ou des tiers (option W)⁴⁶. Une autre solution consisterait à exiger l'absence de tout financement par un ou des tiers comme condition de la formation d'une demande (option X)⁴⁷. On pourrait aussi subordonner le consentement de l'État défendeur à la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux à l'absence de tout financement par un ou des tiers (option Y)⁴⁸. L'existence d'un financement par un ou des tiers dans le cadre des options Y et Z entraînerait vraisemblablement le rejet de la demande ou une décision d'incompétence de la part du tribunal. Une autre option encore serait de refuser les avantages prévus par le traité au demandeur bénéficiant d'un financement par un ou des tiers (option Z)⁴⁹.

Modèle fondé sur l'interdiction

Option W – Le demandeur ne doit ni conclure d'accord de financement par un ou des tiers, ni recevoir de tel financement.

Option X – Une demande ne peut être introduite que si le demandeur n'a ni conclu d'accord de financement par un ou des tiers, ni reçu de tel financement, et s'abstient de le faire.

Option Y – Le consentement du défendeur exige que le demandeur n'ait ni conclu d'accord de financement par un ou des tiers, ni reçu de tel financement, et s'abstienne de chercher un financement par un ou des tiers.

Option Z – Une partie peut refuser d'accorder les avantages découlant du présent traité à l'investisseur d'une autre partie qui forme une demande si l'investisseur a conclu un accord de financement par un ou des tiers, ou reçu un tel financement.

65. Dans le cadre du modèle fondé sur l'interdiction, il pourrait être nécessaire d'exclure de la définition du financement par un ou des tiers, dans le projet de disposition E-1 3), certains types de financement par un ou des tiers (par exemple, le

⁴⁵ Voir les communications du Gouvernement sud-africain (A/CN.9/WG.III/WP.176) et du Gouvernement marocain (A/CN.9/WG.III/WP.161). Voir également A/CN.9/WG.III/WP.172 – Financement par des tiers, par. 15 à 19.

⁴⁶ Voir Argentine-EAU, art. 24 – « Le financement par des tiers n'est pas autorisé ».

⁴⁷ Voir UE-Viet Nam, art. 3-35, Accord d'investissement Australie-Hong Kong (Australie-HK) (2019), art. 26 et 27.

⁴⁸ Voir UE-Viet Nam, art. 3-36 ; Australie-HK, art. 24.

⁴⁹ Par le biais de clauses de refus d'avantages, les États ont refusé d'accorder les avantages prévus par les traités d'investissement à certaines catégories d'investisseurs que ces traités ne visaient pas à protéger, par exemple, les demandeurs qui sont « contrôlés par des ressortissants d'un État tiers » ou « n'ont pas de lien économique réel avec l'État d'origine ». Voir « Denial of Benefits' Clause in Investment Treaty Arbitration », par Loukas Mistelis et Crina Baltag, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n° 293/2018, p. 1 et 2. Une clause de refus d'avantages a été utilisée par certains États pour « contrecarrer les stratégies qui cherchent à capter la protection découlant de traités particuliers en acquérant une nationalité favorable », en d'autres termes, pour empêcher le « tourisme judiciaire » et le « parasitage » des avantages liés aux traités d'investissement. Voir Rudolf Dolzer, Ursula Kreibbaum et Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (3^e éd., 2022), p. 74.

financement sans but lucratif, l'aide judiciaire, les arrangements d'urgence et le financement fourni par une société affiliée à la partie contestante⁵⁰, voir par. 58 ci-dessus). Cela permettrait de répondre à la préoccupation selon laquelle ce modèle pourrait empêcher les PME et les demandeurs démunis de présenter des demandes.

2) Modèle fondé sur la restriction

66. Selon un autre modèle, le financement par un ou des tiers serait interdit, sauf dans certaines circonstances.

Modèle fondé sur l'exception d'accès à la justice

Le financement par un ou des tiers est interdit, sauf si le demandeur démontre qu'il n'est pas en mesure de maintenir sa demande sans ce financement.

Modèle fondé sur l'exception du développement durable

Le financement par un ou des tiers est interdit, sauf si le demandeur démontre que son investissement est conforme aux [dispositions applicables en matière de développement durable].

67. Dans le cadre du modèle fondé sur l'exception d'accès à la justice, un demandeur serait autorisé à rechercher un financement par un ou des tiers si celui-ci était nécessaire pour introduire la demande. Cette mesure est particulièrement adaptée aux PME ou à d'autres demandeurs qui font face à des difficultés financières (A/CN.9/1004, par. 82 et 83). Selon cette approche, le financement par un ou des tiers obtenu uniquement à des fins commerciales (par exemple, pour gérer les risques ou pour déduire le coût de la procédure de son bilan) ne serait pas autorisé. Cependant, le demandeur pourrait avoir des difficultés à démontrer son impécuniosité (A/CN.9/1004, par. 83)⁵¹ ou le fait que le financement est nécessaire pour que la demande suive son cours.

68. Dans le cadre du modèle fondé sur l'exception de développement durable, un demandeur ne serait autorisé à rechercher un financement par un ou des tiers que si son investissement répondait à des exigences prédéfinies en matière de développement durable ou aux lois ou règlements pertinents de l'État défendeur. Cela traduit les efforts déployés par les États, en particulier les États en développement, pour équilibrer la protection des investisseurs et les programmes de développement durable au sein de leurs traités d'investissement. En autorisant uniquement les investisseurs qui contribuent au développement durable à être financés par des tiers, ce modèle pourrait aider les États à donner la priorité à ces investissements et à les promouvoir (par exemple, les investissements visant à atténuer le changement climatique). En revanche, il pourrait provoquer des différences de traitement avec des investissements qui, autrement, rempliraient les mêmes conditions relatives à la protection en vertu du traité d'investissement.

69. Dans les deux modèles, il incomberait au demandeur de justifier le financement par un ou des tiers et des exigences supplémentaires pourraient lui être imposées. Il pourrait par exemple être tenu de démontrer que : i) il fait valoir la demande de bonne foi ; ii) il a des chances de l'emporter ; ou iii) le financement demandé n'entraverait pas la procédure de manière injustifiée.

70. Pour mettre en œuvre ces exceptions, il faudrait élaborer des règles de procédure supplémentaires spécifiant, par exemple : i) comment et quand le demandeur devrait demander l'autorisation (y compris à qui), ii) les informations à fournir dans la demande (à la lumière du projet de disposition E-2), iii) l'autorité qui accorderait l'autorisation (par exemple, le tribunal arbitral), iv) la conséquence d'un refus de

⁵⁰ Pour un exemple de libellé, voir la communication conjointe CCSI/IIED/IISD.

⁵¹ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 20.

l'autorisation et v) les sanctions possibles au cas où le demandeur s'emploierait à obtenir un financement par un ou des tiers (voir le projet de disposition E-3).

3) Modèle fondé sur la permission

71. Dans le cadre du modèle fondé sur la permission, le financement par un ou des tiers serait généralement autorisé, à l'exception de certains types. Les types de financement par un ou des tiers qui ne seraient pas autorisés seraient spécifiés dans une liste. Par rapport au modèle fondé sur la restriction, celui-ci offrirait plus de souplesse au demandeur pour obtenir un financement par un ou des tiers à différentes fins.

Modèle fondé sur la permission

Le financement par un ou des tiers est permis sauf si :

- a) Le financement est fourni sans possibilité de recours, en contrepartie d'une rémunération au résultat et d'autres types de rémunération monétaire ou de remboursement subordonnés en tout ou partie au résultat d'une procédure ou d'un ensemble de procédures ;*
- b) Le rendement attendu devant être versé au tiers financeur dépasse un montant raisonnable ;*
- c) Le nombre d'instances que le tiers finance contre l'État défendeur au titre de la même mesure dépasse un nombre raisonnable ; ou*
- d) ...*

72. Certains exemples de financement par un ou des tiers qui seraient interdits dans le cadre du modèle fondé sur la permission sont présentés ci-dessus. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ces exemples sont appropriés et si d'autres types de financement devraient être énumérés, par exemple, les demandes abusives ou sans fondement juridique, de mauvaise foi ou à des fins politiques (A/CN.9/1004, par. 82).

73. L'alinéa a) vise à interdire les financements spéculatifs (A/CN.9/1004, par. 82). Toutefois, cela peut avoir pour conséquence de limiter la plupart des types de financement commercial. L'alinéa b) vise à couvrir le financement par un ou des tiers lorsque le montant du rendement attendu est excessif ou dépasse un certain seuil. Une autre possibilité serait que la réglementation limite le montant ou le pourcentage du rendement⁵². L'alinéa c) vise à couvrir les situations dans lesquelles le tiers a déjà fourni un financement pour plusieurs demandes contre le même État défendeur concernant la même mesure. Cela limiterait le nombre de procédures qu'un tiers spécifique peut financer contre un État particulier. En effet, il s'agit là d'un moyen qui amplifie le déséquilibre existant au détriment de ces États, dans la mesure où le tiers financeur pourrait avoir une influence significative sur l'issue des actions.

74. Comme pour le modèle fondé sur la restriction, la mise en œuvre du modèle fondé sur la permission exigerait l'élaboration de règles de procédure (voir par. 70 ci-dessus). La question de savoir si le financement par un ou des tiers relève de la catégorie interdite pourrait être déterminée sur la base des informations révélées conformément au projet de disposition E-2. Cependant, les règles de procédure devraient spécifier, par exemple : i) l'identité de l'autorité qui prendrait la décision ou approuverait le financement par un ou des tiers, ii) si la décision serait prise à la demande d'une partie contestante ou de la propre initiative de l'autorité, iii) même si c'est uniquement à la demande d'une partie contestante, les délais à respecter, iv) les conséquences de la décision de l'autorité de ne pas autoriser le financement par un ou

⁵² Communication présentée par le Gouvernement turc (A/CN.9/WG.III/WP.174), p. 3 – « ... [L]e montant de la rémunération perçue par le bailleur de fonds si le demandeur obtient gain de cause devrait se limiter à une part raisonnable de l'indemnisation ».

des tiers, et v) les sanctions possibles au cas où le demandeur s'emploierait à obtenir un financement par un ou des tiers (projet de disposition E-3).

3. Obligation d'information

75. L'obligation d'information est un moyen de prévenir les conflits d'intérêts et d'améliorer la transparence. Divers traités d'investissement et règlements d'arbitrage existants comportent des règles relatives à la déclaration des financements par un ou des tiers⁵³.

76. L'obligation d'information pourrait constituer un modèle de réglementation à part entière. Cependant, la mise en œuvre d'autres modèles de réglementation mentionnés dans la section 2 exige la déclaration de certaines informations afin de déterminer si le financement par un ou des tiers est autorisé ou non.

77. Le projet de disposition E-2 reflète l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle l'existence d'un financement par un ou des tiers et l'identité du tiers financeur devraient être déclarées à un stade précoce de la procédure, ou dès la conclusion de l'accord de financement, et que cette obligation devrait être maintenue tout au long de la procédure (A/CN.9/1004, par. 89).

PROJET DE DISPOSITION E-2 (Obligation d'information)

1. *La partie financée communique au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes les informations suivantes :*

- a) *Les nom et adresse du tiers financeur ;*
- b) *Les nom et adresse du bénéficiaire effectif du tiers financeur et de toute personne physique ou morale ayant un pouvoir de décision pour le tiers financeur ou en son nom en ce qui concerne la procédure ; et*
- c) *L'accord de financement ou ses conditions.*

2. *En outre, le tribunal arbitral peut exiger que la partie financée communique les informations suivantes :*

- a) *Si le tiers financeur accepte de supporter la charge d'une condamnation aux dépens ;*
- b) *Le montant du rendement attendu par le tiers financeur ;*
- c) *Tout droit du tiers financeur d'exercer un contrôle ou une influence sur la gestion de la demande ou la procédure ainsi que de résilier l'accord de financement ;*
- d) *Le nombre d'instances pour lesquelles le tiers financeur a fourni un financement aux fins de demandes contre l'État défendeur ;*
- e) *Tout accord entre le tiers financeur et les conseillers juridiques ou le cabinet représentant la partie financée ; et*
- f) *Toute autre information estimée nécessaire par le tribunal arbitral.*

⁵³ Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 14 et Règlement de conciliation du CIRDI (version 2022), art. 12. Voir également l'article 11-7 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, libellé comme suit : Afin d'assister les arbitres et les arbitres pressentis dans l'accomplissement de leur devoir au titre des articles 11-2 et 11-3, chacune des parties doit, dans les meilleurs délais, informer le Secrétariat, le tribunal arbitral et les autres parties, de l'existence et de l'identité de tout tiers ayant conclu une convention pour le financement de ses demandes ou défenses et au titre de laquelle celui-ci aurait un intérêt économique dans l'issue de l'arbitrage. En outre, le projet de modernisation du Traité sur la Charte de l'énergie prévoit une nouvelle disposition obligeant les deux parties au litige à déclarer tout financement de leurs frais de justice par un ou des tiers.

3. *La partie financée communique les informations énumérées au paragraphe 1 lors de la soumission de son mémoire en demande ou, si l'accord de financement est conclu après la soumission du mémoire, le plus rapidement possible après la conclusion de l'accord. Elle communique les informations exigées par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 le plus rapidement possible après la requête.*

4. *Si de nouvelles informations surviennent ou si les informations communiquées conformément aux paragraphes 1 et 2 sont modifiées, la partie financée communique les nouvelles informations ou les modifications concernées au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes le plus rapidement possible.*

5. *Si la partie financée ne se conforme pas aux obligations précisées dans la présente disposition, le tribunal arbitral prend les mesures appropriées et nécessaires visées au projet de disposition E-3.*

Obligation d'information de la part de la partie financée

78. Le paragraphe 1 exige que la partie financée communique certaines informations. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'État défendeur devrait être soumis à la même obligation (voir par. 54 ci-dessus), car les États peuvent être soumis à d'autres obligations d'information en vertu de leur droit interne (A/CN.9/1004, par. 84).

79. Le paragraphe 1 traduit en outre l'opinion selon laquelle les informations doivent être déclarées au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes (A/CN.9/1004, par. 91)⁵⁴.

Portée de l'obligation d'information

80. Le paragraphe 1 traduit également l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle l'existence d'un financement par un ou des tiers et l'identité de ce ou ces tiers doivent être déclarées (A/CN.9/1004, par. 89). En conséquence, l'alinéa a) exige que soient déclarés les nom et adresse du tiers financeur⁵⁵.

81. L'alinéa b) exige que soient déclarés les nom et adresse du bénéficiaire effectif du tiers financeur ainsi que les nom et adresse de toute personne ayant un pouvoir de décision pour le tiers financeur ou en son nom (par exemple, un conseiller ou un gestionnaire d'investissement). Il s'agit d'aider à identifier les éventuels conflits d'intérêts, en particulier lorsque le financement transite par le biais d'un véhicule à usage spécial (A/CN.9/1004, par. 89)⁵⁶. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander dans quelle mesure ces informations seraient à la disposition de la partie financée et devraient faire l'objet d'une déclaration.

82. L'alinéa c) exige que soient communiqués l'accord de financement ou ses conditions.

83. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de limiter les circonstances qui exigeraient la communication d'informations en vertu du paragraphe 1 (par exemple, la probabilité d'un conflit d'intérêts). Mais la partie financée serait difficilement au courant de l'existence d'un conflit d'intérêts avant que l'information ne soit communiquée au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes.

⁵⁴ Le rapport 2018 de l'ICCA suggère que les informations ne soient déclarées qu'au tribunal, à l'institution arbitrale et à l'autorité de nomination (le cas échéant). Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 14. AECG, art. 8-26 ; UE-Viet Nam, art. 3-37 ; UE-Singapour, art. 3-8.

⁵⁵ Voir Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022), art. 14-4, qui précise que : « 4) Le Tribunal peut ordonner la divulgation d'informations supplémentaires concernant l'accord de financement et la tierce partie fournissant un financement en application de l'article 36-3 ».

⁵⁶ Voir Victoria Shannon Sahani, *Judging Third-Party Funding*, 63 UCLA L. Rev. 388 (2016).

84. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la question de savoir si l'obligation d'information devrait souffrir des exceptions, par exemple s'agissant d'accords d'assistance à titre gracieux, d'arrangements d'urgence, d'accords de financement interentreprises (A/CN.9/1004, par. 87) ou d'accords de financement par un ou des tiers qui pourraient être soumis à d'autres obligations d'information⁵⁷.

85. Le paragraphe 2 traduit le point de vue selon lequel le tribunal arbitral devrait être en droit d'imposer une obligation d'information allant au-delà de ce qui est requis au paragraphe 1, en fonction des circonstances de l'espèce (A/CN.9/1004, par. 90)⁵⁸. Il traduit également le fait que, selon les modèles de réglementation, les informations requises par le tribunal pour prendre une décision seraient différentes. Par exemple, dans le cadre de certains modèles, la partie financée pourrait être incitée à fournir davantage d'informations au tribunal pour s'assurer que le financement par un ou des tiers est autorisé.

Moment auquel les informations doivent être communiquées et moyens de communication

86. Le paragraphe 3 traduit le point de vue selon lequel les informations devraient être communiquées au début de la procédure ou dès que l'accord de financement est conclu (A/CN.9/1004, par. 89). Les dispositions de traités d'investissement récents exigent généralement que les informations soient communiquées lors de la présentation de la demande ou immédiatement après la réception du financement ou la conclusion d'un accord de financement⁵⁹.

87. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait élaborer des règles pour la communication des informations avant la constitution du tribunal, par exemple, dans la notification d'arbitrage à l'autre partie ou dans une notification à une institution administrant la procédure, une autorité de nomination ou autre. Dans ce cas, l'entité destinataire de l'information serait tenue de la transmettre aux candidats potentiels et au tribunal arbitral une fois celui-ci constitué.

88. Le paragraphe 4 traduit le point de vue selon lequel l'obligation d'information devrait être maintenue tout au long de la procédure (A/CN.9/1004, par. 89). Il exige en outre que la partie financée notifie au tribunal arbitral et aux autres parties contestantes tout changement dans les informations déjà communiquées ou toute nouvelle information.

89. Le paragraphe 5 prévoit les mesures à prendre en cas de violation de l'obligation d'information.

Lien avec l'obligation d'information du tribunal arbitral

90. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet de disposition E-2 également à la lumière du projet d'article 10 du Code de conduite figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.216, qui exige d'une personne candidate et d'un arbitre qu'ils déclarent toute relation financière, commerciale, professionnelle ou personnelle au cours des cinq dernières années avec toute entité identifiée par une partie au litige (al. 2 a) i)) et toute entité identifiée par une partie au litige comme ayant un intérêt direct ou indirect dans l'issue de la procédure concernant un différend relatif à des investissements internationaux, y compris un tiers financeur. Cette

⁵⁷ Voir rapport 2018 de l'ICCA, p. 96, qui renvoie à l'exemple de la règle générale 7 a) des Lignes directrices de l'IBA, laquelle prévoit que la communication d'informations aux fins de l'examen des éventuels conflits s'applique non seulement à une partie, mais aussi à « une autre société du même groupe de sociétés [que la partie], ou une personne physique ayant un pouvoir de contrôle sur la partie à l'arbitrage » ; voir aussi le projet de disposition 3 b) de la communication conjointe CCSI/IIED/IISD.

⁵⁸ Voir UE-Singapour, art. 3-8 ; Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (2017), art. G-23 *bis* ; Accord de libre-échange Argentine-Chili (2017), art. 8-27 ; Indonésie-Australie, art. 14-32 ; AECG, art. 8-26 ; UE-Viet Nam, art. 3-37. L'article 14 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022) exige la divulgation du nom et de l'adresse du tiers financeur.

⁵⁹ Par exemple, UE-Viet Nam, art. 3-37 ; UE-Singapour, art. 3-8 ; Indonésie-Australie, art. 14-32 2).

déclaration doit être faite avant ou au moment de l'acceptation de la nomination conformément à l'article 10-5. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette interaction en ce qui concerne le moment où la déclaration en vertu du projet de disposition E-2 peut être faite, car le candidat ne serait probablement pas au courant de l'identité du tiers financeur.

Obligation d'information publique

91. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités n'aborde pas la publication d'informations ou de documents sur le financement par un ou des tiers. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait concevoir un mécanisme permettant de mettre à la disposition du public toute information communiquée conformément au projet de disposition E-2, à l'instar de ce que prévoit le Règlement sur la transparence⁶⁰.

4. Conséquences juridiques et sanctions en cas de non-respect

92. La gamme et les types de financement par un ou des tiers qui seraient interdits différeraient selon le modèle de réglementation. Dans tous les cas, il serait nécessaire d'énoncer les conséquences de la conclusion d'un accord de financement par un ou des tiers ou de l'obtention d'un tel financement par une partie.

93. Compte tenu du point de vue selon lequel des sanctions clairement définies et strictement appliquées en cas de non-respect de l'obligation d'information en garantiraient l'application efficace (A/CN.9/1004, par. 92), les mêmes conséquences pourraient s'appliquer lorsque les parties au litige ne se conforment pas à l'obligation d'information prévue au projet de disposition E-2⁶¹. Des traités d'investissement récents prévoient que le tribunal arbitral peut suspendre la procédure ou y mettre fin⁶², tenir compte du non-respect de l'obligation dans sa décision sur les frais⁶³, ou prendre toute mesure qu'il détermine⁶⁴.

94. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la disposition suivante, qui indique diverses mesures que le tribunal arbitral pourrait prendre.

PROJET DE DISPOSITION E-3 (Sanctions)

Si une partie conclut un accord relatif à un financement par un ou des tiers ou reçoit un tel financement [qui n'est pas autorisé conformément aux présentes dispositions], ou si une partie financée ne déclare pas les informations conformément [au projet de disposition E-2], le tribunal arbitral peut :

- a) Ordonner à la partie de résilier l'accord et de restituer tout financement reçu ;*
- b) Suspendre la procédure ou y mettre fin ;*
- c) Ordonner le versement d'une garantie pour frais conformément au [projet de disposition B] ;*
- d) Tenir compte de ce fait lors de la répartition des frais conformément au [projet de disposition C].*

⁶⁰ Voir la communication conjointe CCSI/IIED/IISD, p. 5.

⁶¹ Voir par exemple Indonésie-Australie, art. 14-32 3), qui stipule : Si un investisseur contestant ne déclare pas un financement par un ou des tiers en vertu du présent article, le tribunal peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure.

⁶² Voir Indonésie-Australie, art. 14-32 3).

⁶³ Voir UE-Viet Nam, art. 3-37 3) ; Règlement d'arbitrage international en matière d'investissement de la CIETAC (2017), art. 27-3.

⁶⁴ Voir Argentine-Chili, art. 8-27 2).

95. La mesure à prendre par le tribunal arbitral variera probablement en fonction du modèle de réglementation. Selon les options X et Y du modèle fondé sur l'interdiction, le tribunal peut décider que la demande est irrecevable ou qu'il n'est pas compétent pour l'examiner.

96. Le tribunal arbitral devrait pouvoir prendre plusieurs mesures énoncées dans le projet de disposition E-3. Les mesures pourraient également devoir être ajustées en fonction de comment et quand il est décidé que le financement par un ou des tiers n'est pas autorisé. En outre, il conviendrait d'envisager les mesures à prendre si la partie obtient malgré tout un tel financement, en dépit d'une décision le lui interdisant.

97. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les mesures décrites ci-dessus sont appropriées et s'il faudrait en ajouter d'autres, par exemple, exiger un engagement irrévocable du tiers financeur à assumer la responsabilité de toute décision de condamnation aux dépens.

98. Comme pour les autres dispositions relatives au financement par un ou des tiers, il faudrait élaborer des règles de procédure spécifiant si une partie doit présenter une demande au tribunal arbitral pour qu'il prenne l'une de ces mesures, ainsi que les facteurs à prendre en compte pour choisir une mesure (par exemple, le préjudice causé à l'autre partie).

99. Si le projet de disposition E-3 se concentre sur les mesures pouvant être prises par le tribunal arbitral, il est également possible que le non-respect des dispositions relatives au financement par un ou des tiers puisse entraîner l'annulation de la sentence ou de la décision.

5. Le financement par un ou des tiers à titre d'investissement

100. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faudrait élaborer un projet de disposition pour préciser que le financement par un ou des tiers ne constitue pas un investissement protégé en vertu des traités d'investissement et qu'un tiers financeur n'est pas considéré comme un investisseur en vertu des traités d'investissement. Une telle disposition empêcherait les tiers financeurs d'engager des actions contre des États sur le fondement de pertes ou de dommages subis en finançant un autre demandeur.

6. Code de conduite à l'intention des tiers financeurs

101. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'élaborer un code de conduite pour les tiers financeurs, en se fondant sur des initiatives existantes⁶⁵. On pourrait y aborder notamment les questions suivantes : i) l'obligation d'information, notamment l'obligation de déclarer tout conflit d'intérêts ; ii) les exigences de transparence en ce qui concerne la conduite des activités des tiers financeurs ; iii) la limitation du rendement dû au tiers financeur (par exemple, un pourcentage maximum du montant octroyé ou demandé) ; iv) la limitation du contrôle que le tiers financeur pourrait exercer sur la procédure ; v) la limitation du nombre de demandes qu'un tiers financeur pourrait fournir à l'appui de demandes contre le même État ; et vi) la vérification préalable des demandes afin d'empêcher le financement de demandes abusives.

⁶⁵ Voir Code de pratique de Hong Kong pour le financement de l'arbitrage par des tiers (7 décembre 2018), disponible à l'adresse https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf ; Code de conduite à l'intention des tiers finançant des contentieux du Conseil de la justice civile du Ministère de la justice du Royaume-Uni, disponible à l'adresse <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>.

Annexe

Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022)

Les États membres du CIRDI ont approuvé le règlement modifié le 21 mars 2022, et le règlement actualisé est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Les extraits suivants du Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2022) sont pertinents pour la discussion.

Article 14

Notification d'un financement par un tiers

- 1) Une partie dépose une notification écrite divulguant le nom et l'adresse de toute tierce partie dont la partie, directement ou indirectement, a reçu des fonds pour la poursuite d'une instance ou la défense contre une instance au travers d'une donation, d'une subvention ou en échange d'une rémunération dépendante de l'issue de l'instance (« financement par un tiers »). Si la tierce partie fournissant un financement est une personne morale, la notification inclut les noms des personnes et entités qui possèdent et contrôlent cette personne morale.
- 2) Une partie dépose la notification visée au paragraphe 1 auprès du Secrétaire général dès l'enregistrement de la requête d'arbitrage ou immédiatement après la conclusion d'un accord de financement par un tiers après l'enregistrement. La partie notifie immédiatement au Secrétaire général toutes modifications des informations contenues dans la notification.
- 3) Le Secrétaire général transmet la notification de financement par un tiers et toute déclaration de changement apporté aux informations contenues dans cette notification aux parties et à tout arbitre proposé ou nommé dans une instance, aux fins de compléter la déclaration d'arbitre requise par l'article 19-3 b).
- 4) Le Tribunal peut ordonner la divulgation d'informations supplémentaires concernant l'accord de financement et la tierce partie fournissant un financement en application de l'article 36-3.

Article 41

Défaut manifeste de fondement juridique

- 1) Une partie peut soulever une objection selon laquelle une demande est manifestement dénuée de fondement juridique. L'objection peut porter sur le fond de la demande, la compétence du Centre ou la compétence du Tribunal.
- 2) La procédure suivante s'applique :
 - a) Une partie dépose des écritures dans un délai maximum de 45 jours suivant la constitution du Tribunal ;
 - b) Ces écritures indiquent précisément les motifs sur lesquels l'objection est fondée, et contiennent un exposé des faits pertinents, du droit et des arguments ;
 - c) Le Tribunal fixe les délais relatifs aux observations concernant l'objection ;
 - d) Si une partie soulève l'objection avant la constitution du Tribunal, le Secrétaire général fixe les délais relatifs aux écritures concernant l'objection, de telle sorte que le Tribunal puisse l'examiner dans les meilleurs délais dès sa constitution ; et
 - e) Le Tribunal rend sa décision ou sa sentence concernant l'objection dans un délai de 60 jours suivant la plus tardive des dates suivantes : la date de la constitution du Tribunal ou la date des dernières observations relatives à l'objection.
- 3) Si le Tribunal décide que toutes les demandes sont manifestement dénuées de fondement juridique, il rend une sentence dans ce sens. Dans le cas contraire, le

Tribunal rend une décision concernant l'objection et fixe tout délai nécessaire à la poursuite de l'instance.

4) Une décision selon laquelle une demande n'est pas manifestement dénuée de fondement juridique ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever une objection préliminaire en application de l'article 43 ou de soutenir ultérieurement au cours de l'instance qu'une demande est dénuée de fondement juridique.

Article 43

Objections préliminaires

1) Une partie peut soulever une objection préliminaire fondée sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, à celle du Tribunal (« objection préliminaire »).

2) Une partie notifie au Tribunal et à l'autre partie son intention de soulever une objection préliminaire aussitôt que possible.

3) Le Tribunal peut, à tout moment et de sa propre initiative, examiner si un différend ou une demande accessoire ressortit à la compétence du Centre ou à sa propre compétence.

4) Le Tribunal peut traiter une objection préliminaire au cours d'une phase distincte de l'instance ou l'examiner avec les questions de fond. Il prend cette décision à la demande d'une partie conformément à l'article 44, ou à tout moment et de sa propre initiative, conformément à la procédure établie à l'article 44-2 à 44-4.

* Voir également les articles 44 (Objections préliminaires avec demande de bifurcation) et 45 (Objections préliminaires sans demande de bifurcation).

Article 48

Demandes accessoires

1) Sauf accord contraire des parties, une partie peut déposer une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle (« demande accessoire ») se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève de la compétence du Centre.

2) Une demande incidente ou additionnelle est présentée au plus tard dans la réponse, et une demande reconventionnelle est présentée au plus tard dans le contre-mémoire, à moins que le Tribunal n'en décide autrement.

3) Le Tribunal fixe les délais dans lesquels les observations relatives à la demande accessoire doivent être présentées.

Article 50

Frais de procédure

Les frais de procédure correspondent à l'ensemble des frais encourus par les parties dans le cadre de l'instance, notamment :

- a) Les honoraires et frais d'avocat exposés par les parties ;
- b) Les honoraires et frais du Tribunal, des assistants du Tribunal approuvés par les parties et des experts nommés par le Tribunal ; et
- c) Les frais administratifs et les frais directs du Centre.

Article 52

Décisions sur les frais

- 1) Pour répartir les frais de procédure, le Tribunal tient compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment de :
 - a) L'issue de l'instance ou de toute partie de celle-ci ;
 - b) La conduite des parties au cours de l'instance, notamment la mesure dans laquelle elles ont agi avec célérité et efficacité en termes de coûts et se sont conformées au présent Règlement, ainsi qu'aux ordonnances et décisions du Tribunal ;
 - c) La complexité des questions ; et
 - d) Le caractère raisonnable des frais réclamés.
- 2) Si le Tribunal rend une sentence en application de l'article 41-3, il accorde à la partie ayant gain de cause le remboursement de ses frais raisonnables, à moins que le Tribunal ne décide qu'il existe des circonstances particulières justifiant une répartition différente des frais.
- 3) Le Tribunal peut rendre à tout moment une décision intérimaire sur les frais, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie.
- 4) Le Tribunal s'assure que toutes ses décisions sur les frais sont motivées et font partie intégrante de la sentence.

Article 53

Garantie du paiement des frais

- 1) Sur demande d'une partie, le Tribunal peut ordonner à toute partie formulant des demandes ou des demandes reconventionnelles de fournir une garantie du paiement des frais.
- 2) La procédure suivante s'applique :
 - a) La requête inclut un exposé des circonstances pertinentes et les documents justificatifs ;
 - b) Le Tribunal fixe les délais dans lesquels les observations relatives à la requête doivent être présentées ;
 - c) Si une partie sollicite une garantie du paiement des frais avant la constitution du tribunal, le Secrétaire général fixe les délais dans lesquels les écritures relatives à la requête doivent être présentées, afin que le Tribunal puisse examiner la requête dans les meilleurs délais après sa constitution ; et
 - d) Le tribunal rend sa décision concernant la requête dans les 30 jours suivant la plus tardive des dates suivantes : la constitution du tribunal ou les dernières observations sur la requête.
- 3) Afin de déterminer s'il ordonne à une partie de fournir une garantie du paiement des frais, le Tribunal tient compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment de :
 - a) La capacité de cette partie à se conformer à une décision la condamnant à payer les frais ;
 - b) La disposition de cette partie à se conformer à une décision la condamnant à payer les frais ;
 - c) L'effet que la fourniture d'une garantie du paiement des frais pourrait avoir sur la capacité de cette partie à poursuivre ses demandes ou ses demandes reconventionnelles ; et
 - d) La conduite des parties.

- 4) Le Tribunal prend en considération tous moyens de preuve invoqués en relation avec les circonstances visées au paragraphe 3, y compris l'existence d'un financement par un tiers.
 - 5) Lorsqu'il ordonne la fourniture d'une garantie du paiement des frais, le Tribunal en précise les modalités pertinentes et fixe un délai pour se conformer à l'ordonnance.
 - 6) Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance lui imposant de fournir une garantie du paiement des frais, le Tribunal peut suspendre l'instance. Si l'instance est suspendue pendant plus de 90 jours, le Tribunal peut, après consultation des parties, ordonner la fin de l'instance.
 - 7) Une partie doit divulguer dans les meilleurs délais tout changement important dans les circonstances sur le fondement desquelles le Tribunal a ordonné que la garantie du paiement des frais soit fournie.
 - 8) Le Tribunal peut à tout moment modifier ou révoquer son ordonnance relative à la garantie du paiement des frais, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie.
-