Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.153

Assemblée générale

Distr. limitée
31 août 2018
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États)
Trente-sixième session
Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018

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

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 2
II. Efficacité des procédures de RDIE : coût et durée . . . 2
A. Généralités . . . 2
B. Préoccupations recensées par le Groupe de travail . . . 3
C. Analyse du coût et de la durée . . . 5
1. Éléments de coût et de durée et interaction entre ces deux notions . . . 5
2. Répartition des coûts : approches et règles . . . 7
3. Garantie pour frais . . . 8
D. Données relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE . . . 9
1. Absence de données complètes et consolidées . . . 9
2. Données existantes sur les coûts . . . 10
3. Données existantes sur la durée . . . 12
4. Données existantes sur la répartition des coûts . . . 14
5. Analyse comparative . . . 15
E. Explications de l'augmentation des coûts et de la durée des procédures de RDIE et objectifs d'une réforme . . . 17
1. Éléments expliquant les coûts et la durée des procédures . . . 17
2. Objectifs d'une réforme . . . 20
F. Efforts visant à réduire les coûts et la durée : bien-fondé d'une réforme . . . 20

V.18-05752 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a proposé que le Secrétariat : i) dresse une liste des préoccupations soulevées à ses trente-quatrième et trente-cinquième sessions au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; ii) présente un cadre dans lequel pourraient s'inscrire ses futurs travaux ; et iii) envisage de fournir des informations supplémentaires pour aider les États en ce qui concerne l'ampleur de certains problèmes (A/CN.9/935, par. 100).

2. Le document A/CN.9/WG.III/WP.149 traite des points i) et ii). La présente note porte sur le thème du coût et de la durée en tant qu'aspect procédural du RDIE et donne de plus amples informations en la matière. Le Groupe de travail avait examiné ces questions à sa trente-quatrième session en se basant sur les paragraphes 23 à 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.142. En résumé, la pratique actuelle du RDIE remet en cause l'idée souvent avancée selon laquelle l'arbitrage offre un moyen rapide et peu coûteux de régler les différends entre investisseurs et États[1], le coût moyen d'une procédure dépassant 8 millions de dollars par partie, et sa durée moyenne étant de trois à quatre ans (A/CN.9/930/Rev.1, par. 36). En conséquence, des inquiétudes ont été exprimées face au coût de plus en plus élevé et à l'allongement de la procédure.

3. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet[2] et ne cherche pas à exprimer un avis en ce qui concerne le bien-fondé de réformes, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Efficacité des procédures de RDIE : coût et durée

A. Généralités

Prévention des différends entre investisseurs et États

4. Avant de s'intéresser au coût et à la durée des différends entre investisseurs et États, il convient de bien comprendre que tout différend entre un État et un investisseur est une charge pour les deux parties. Un différend, ou ne serait-ce que son éventualité, peut faire augmenter le coût des opérations pour les investisseurs, ce qui est susceptible d'entraîner une perte de débouchés. Pour les États, un différend peut se traduire par des coûts sociaux et économiques, en ayant notamment une incidence négative sur les entrées d'investissement étranger. Les différends conduisent généralement à la rupture du lien entre les investisseurs étrangers et les États hôtes, ce qui est contre-productif pour les deux parties. Par conséquent, investisseurs et États s'efforcent de prévenir les différends par diverses mesures et de les résoudre efficacement, l'arbitrage entre investisseurs et États étant une solution de dernier recours. On s'attache de plus en plus à souligner l'importance de la prévention des différends et des modes de règlement des litiges autres que l'arbitrage (A/CN.9/930/Rev.1, par. 52)[3]. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été proposé de mettre au point un modèle mettant en relation, d'un côté, la durée et les coûts et, de l'autre, les bénéfices des investissements pour les investisseurs, outil

---

[1] CNUCED, IIA Issues Note, Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap (juin 2013), p. 4 ; disponible à l'adresse http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.

[2] Voir les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles (en anglais seulement) sous « Additional resources », à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html.

[3] Voir, par exemple, CNUCED, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage (2010) ; disponible à l'adresse http://unctad.org/fr/Docs/diaeia200911_fr.pdf. Compte tenu des inconvénients attribués à l'arbitrage en matière d'investissement, ce document traite de la possibilité de résoudre les différends par la négociation, la conciliation ou la médiation et par des politiques de prévention qui tentent d'empêcher les différends de se produire et de dégénérer en différends caractérisés.

qui pourrait être utile pour prévenir ce genre de différends (A/CN.9/930/Rev.1, par. 39). Il a également été proposé d'aider les pays en développement par des conseils tout au long du processus de RDIE. S'il importe de garder tous ces aspects à l'esprit pour examiner la nécessité d'une réforme et en envisager les modalités, la présente note porte avant tout sur les préoccupations soulevées en ce qui concerne le coût et la durée de l'arbitrage entre investisseurs et États.

Dommages-intérêts accordés par les tribunaux de RDIE

5. Les dommages-intérêts accordés par les tribunaux de RDIE aux dépens des États ont augmenté au fil des années, le montant octroyé aux demandeurs dont la réclamation a abouti atteignant en moyenne 110,9 millions de dollars[4]. Les montants moyen et médian accordés qui, avant 2013, s'élevaient respectivement à 76,3 millions et 10,7 millions de dollars, ont depuis augmenté pour atteindre respectivement 171 millions et 40 millions de dollars. Cela représente une augmentation de 124 % du montant moyen octroyé et de 274 % du montant médian[5]. Ces montants, jugés excessifs, font l'objet de préoccupations croissantes, car ils ont des incidences considérables sur les États, en particulier sur ceux dont les ressources financières sont limitées. Cependant, la présente note a pour objet les coûts liés au prononcé d'une sentence (c'est-à-dire à l'aspect procédural). En d'autres termes, elle se concentre principalement sur la charge financière que la participation à une procédure de RDIE fait peser sur les investisseurs et les États.

B. Préoccupations recensées par le Groupe de travail

6. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a mené un examen préliminaire des coûts et de la durée des procédures de RDIE au titre du thème général des aspects procéduraux de l'arbitrage (A/CN.9/930/Rev.1, par. 35 à 78). Les États et les organisations intergouvernementales ont fait part de leur expérience en matière de RDIE. On trouvera ci-après un résumé des préoccupations soulevées lors de cette session.

Charge financière sur les parties

7. Il a été largement estimé que les procédures de RDIE longues et coûteuses posaient des problèmes et des difficultés pratiques à la fois pour les États défendeurs et pour les investisseurs demandeurs. Étant donné qu'il s'agissait de procédures exigeant des ressources importantes, on a mentionné que l'inclusion de dispositions relatives au RDIE dans les traités d'investissement pouvait avoir des incidences financières (A/CN.9/930/Rev.1, par. 37).

8. Une attention particulière a été appelée sur le fait que le coût élevé des procédures de RDIE financées sur fonds publics était difficile à justifier pour des États en développement aux ressources financières et humaines limitées, et pouvait faire peser une charge disproportionnée sur les petits États. Certains États pouvaient avoir des difficultés à réunir les ressources importantes requises pour se défendre contre une demande formée dans le cadre du RDIE, et faire face à des critiques concernant l'utilisation de fonds publics. Dans ce contexte, il a été dit que les coûts du RDIE pouvaient faire concurrence aux besoins urgents en matière de développement de ces États (A/CN.9/930/Rev.1, par. 40).

9. Il a également été déclaré que la charge financière pesait non seulement sur les États défendeurs, mais aussi sur les investisseurs demandeurs, en particulier les petites et moyennes entreprises. Les coûts croissants des procédures de RDIE

[4] Voir Matthew Hodgson et Alastair Campbell, Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, *Global Arbitration Review* (14 décembre 2017, ci-après « étude MH de 2017 ») ; disponible à l'adresse http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited_.pdf. Ce chiffre est basé sur 132 sentences, à l'exclusion de l'affaire *Yukos*, dans laquelle plus de 50 milliards de dollars ont été accordés.

[5] Ibid.

pouvaient limiter l'accès de ces entreprises aux mécanismes de RDIE ou les dissuader d'y avoir recours[6], les privant ainsi de la protection que leur assuraient les traités d'investissement. Le Groupe de travail a fait observer que ces coûts avaient atteint un niveau tel qu'ils pouvaient être perçus comme un obstacle à l'accès au système pour certains investisseurs aux ressources financières limitées (A/CN.9/930/Rev.1, par. 41 et 64).

Approches possibles en matière de coût et de durée

10. Il a généralement été estimé que les débats relatifs à la durée et aux coûts devaient se fonder sur des données factuelles, même si l'on a noté que les perceptions concernant ces questions avaient été à la base de critiques sur la légitimité du système de RDIE (A/CN.9/930/Rev.1, par. 42, 62 et 63). La section D de la présente note offre un résumé des données disponibles, de manière à aider le Groupe de travail à mener une analyse factuelle.

11. Il a été souligné que le coût et la durée d'une procédure de RDIE devaient être examinés non pas de manière isolée, mais par rapport à des éléments de comparaison appropriés qui pourraient inclure les procédures d'autres organes internationaux de règlement des différends, comme la Cour internationale de Justice (CIJ) et l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que des procédures judiciaires internes (A/CN.9/930/Rev.1, par. 43 et 62). La sous-section D.5 traite de ces éléments de comparaison.

12. En outre, on a insisté sur le fait que les notions de coût et de durée étaient par nature relatives, et qu'il convenait de déterminer au cas par cas, en tenant compte de la nécessité d'une administration efficace de la justice, si une procédure donnée était trop longue ou onéreuse. On a donc mis l'accent sur le fait qu'il serait important d'établir une distinction entre, d'une part, une durée et des coûts « excessifs » ou « injustifiés » et, d'autre part, une durée et des coûts « nécessaires » ou « justifiés ». À cet égard, il a été dit qu'il fallait mettre en balance la qualité des résultats et le désir de réduire les coûts et la durée (A/CN.9/930/Rev.1, par. 42, 62, 71 et 72).

Raisons possibles de l'augmentation du coût et de la durée

13. Par ailleurs, le Groupe de travail a recensé quelques-unes des raisons qui contribuaient à la durée et au coût excessifs, raisons qui sont résumées dans la sous-section E.1 ci-après (A/CN.9/930/Rev.1, par. 44 à 48 et 65). À cet égard, on a particulièrement appelé l'attention sur le manque de prévisibilité (A/CN.9/930/Rev.1, par. 44), qui est traité dans le document A/CN.9/WG.III/WP.150.

Autres préoccupations connexes

14. Parmi les préoccupations qui méritaient d'être examinées plus en détail, le Groupe de travail a également relevé la question de la répartition des frais par les tribunaux arbitraux dans les affaires de RDIE. À ce sujet, il a été dit que le Groupe voudrait peut-être prendre note d'une nouvelle approche qui se fondait sur une répartition proportionnelle des frais (A/CN.9/930/Rev.1, par. 53 à 55, 66 et 67). Cette question est traitée dans les sous-sections C.2 et D.4.

15. Un autre sujet de préoccupation était celui des difficultés que rencontraient les États défendeurs en faveur desquels un jugement avait été rendu pour recouvrer tout ou partie des dépens auprès des investisseurs demandeurs, et la nécessité d'instaurer des règles de garantie pour frais (A/CN.9/930/Rev.1, par. 56, 66 et 68). Ces aspects sont abordés plus avant dans la sous-section C.3.

---

[6] Voir, par exemple, le paragraphe 6 de l'article 8.39 de l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre l'Union européenne et le Canada, qui dispose ce qui suit : « Le Comité mixte de l'AECG envisage des règles complémentaires destinées à réduire le fardeau financier pesant sur les demandeurs qui sont des personnes physiques ou des petites et moyennes entreprises. Ces règles complémentaires peuvent notamment tenir compte des ressources financières de ces demandeurs et du montant de l'indemnité réclamée. »

16. Des inquiétudes ont également été soulevées en ce qui concernait le financement par des tiers et d'autres formes de financement extérieur, qui étaient à la disposition des investisseurs mais pas des États, ce qui créait un déséquilibre structurel entre les uns et les autres (A/CN.9/930/Rev.1, par. 57, 64 et 69). Les questions relatives au financement par des tiers et leurs répercussions sur d'autres questions, comme les conflits d'intérêts des arbitres, le recouvrement et l'exécution des décisions relatives aux dépens, seront traitées en temps utile dans une note distincte du Secrétariat.

C. Analyse du coût et de la durée

1. Éléments de coût et de durée et interaction entre ces deux notions

Éléments de coût

17. Les parties qui s'engagent dans une procédure de RDIE doivent supporter divers éléments de coût, qui représentent les fonds nécessaires à l'investisseur demandeur pour introduire sa demande et à l'État défendeur pour faire face à cette demande jusqu'à ce que la sentence finale soit rendue.

18. Ces coûts comprennent, entre autres, des frais de justice (honoraires et frais des arbitres et frais de secrétariat, par exemple), des frais administratifs (frais demandés par les institutions d'arbitrage, par exemple) et des frais de représentation juridique (honoraires des conseillers chargés de la représentation juridique et des experts, par exemple).

19. Le Groupe de travail a pris note des analyses selon lesquelles 80 à 90 % des coûts en matière de RDIE étaient liés aux frais de représentation juridique (A/CN.9/930/Rev.1, par. 36). Selon l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ces frais représentaient en moyenne environ 82 % du coût total[7]. En outre, d'après la Cour permanente d'arbitrage (CPA), dans les affaires portant sur de gros investissements, la part des frais de conseil et d'expertise dans le coût global pouvait atteindre environ 90 %[8].

20. Comme on le verra plus en détail dans la sous-section D.2, les frais de justice et les frais administratifs concernant les différends relatifs aux investissements étaient en moyenne de 933 000 dollars. Pour les investisseurs demandeurs, le montant moyen des frais de représentation juridique était de 6 019 000 dollars, pour un montant médian de 3 375 000 dollars, tandis que pour les États défendeurs, le montant moyen de ces frais était de 4 855 000 dollars, pour un montant médian de 2 793 000 dollars[9].

21. D'autres éléments de coût peuvent venir s'ajouter aux précédents, par exemple les frais liés au recouvrement, à l'exécution d'une sentence ou à son annulation par les tribunaux nationaux, ou à l'annulation d'une sentence dans le cadre de la procédure du CIRDI.

Éléments de durée

22. La résolution des différends relatifs aux investissements se déroule en différentes étapes. Vient tout d'abord la phase préalable à l'arbitrage, lors de laquelle les parties s'efforcent de parvenir à un règlement amiable de leur litige. Cette étape peut faire intervenir des modes alternatifs de règlement des litiges autres que l'arbitrage et comprendre la période pendant laquelle l'investisseur demandeur

---

[7] Voir David Gaukrodger et Kathryn Gordon, « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, Éditions OCDE (2012), p. 17, disponible (en anglais seulement) à l'adresse http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en. En 2010, la CNUCED avait estimé que les frais juridiques représentaient 60 % du coût total (voir note de bas de page 3 ci-dessus, p. 17).

[8] Voir Dirk Pulkowski, présentation Powerpoint faite lors de la réunion de groupe d'experts tenue conjointement par le Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS) et la CNUDCI (Genève, 2 et 3 mars 2017).

[9] Voir Hodgson et Campbell, note 4 ci-dessus. L'étude était basée sur l'analyse d'un ensemble de données issues de 324 sentences.

potentiel prépare sa requête. En général, les traités d'investissement prévoient un délai de réflexion ou d'attente d'une durée déterminée que sont tenues d'observer les parties qui souhaitent engager une procédure d'arbitrage et pendant lequel doit être recherché un règlement amiable.

23. Habituellement, la procédure arbitrale est réputée commencer au moment où la notification ou la demande d'arbitrage est reçue par l'État défendeur. Dans la procédure du CIRDI, une affaire ne débute qu'après avoir été examinée et enregistrée. Vient ensuite, généralement, la composition du tribunal arbitral, qui consiste en la nomination des arbitres par les parties ou l'autorité de nomination et peut donner lieu à la récusation d'arbitres. Une fois le tribunal constitué, la procédure arbitrale commence, et le tribunal a d'ordinaire la latitude de procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Cette étape comprend la soumission de mémoires en requête et en défense et d'autres déclarations écrites, des demandes de mesures provisoires, la production de preuves, des audiences et la présentation de rapports écrits ou oraux par les experts agissant en qualité de témoins. Une assistance peut être sollicitée auprès des tribunaux pour l'obtention de preuves. Les débats sont ensuite déclarés clos, après quoi le tribunal se prépare à rendre une sentence[10].

24. Une fois la sentence rendue, les parties peuvent demander au tribunal des rectifications (révisions) ou une interprétation de la sentence. Elles peuvent également en demander l'annulation par un tribunal national ou dans le cadre de la procédure du CIRDI. L'exécution de la sentence constitue généralement la dernière étape du RDIE. Puisqu'aucun mécanisme opérationnel n'est en place pour faire appel des sentences de RDIE, la présente note fait abstraction de cet aspect.

25. Alors que des préoccupations ont été exprimées à ce sujet, le Groupe de travail a noté que les trois étapes qui prenaient le plus de temps étaient: i) la nomination ou la composition du tribunal, ii) la recherche et la production de preuves ou la production de pièces et iii) l'établissement de la sentence (la période comprise entre la dernière audience et le prononcé de la sentence, y compris les délibérations menées lors de la rédaction de la sentence) (A/CN.9/930/Rev.1, par. 48 et 65)[11]. L'exécution constitue une étape supplémentaire, dont il a été signalé, dans certaines affaires, qu'elle aurait pris plus de temps que la procédure arbitrale initiale (A/CN.9/930/Rev.1, par. 48).

26. Étant donné qu'au sein du Groupe de travail, des préoccupations ont surtout été exprimées en ce qui concerne la procédure arbitrale (depuis la notification d'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence), la présente note traite avant tout de cette étape. Comme on le verra plus en détail dans la sous-section D.3, la durée moyenne d'une procédure de RDIE, depuis la demande ou la notification d'arbitrage jusqu'à la sentence finale, est de trois à quatre ans.

Corrélation entre coût et durée

27. Pour ce qui était de la corrélation entre le coût et la durée d'une procédure de RDIE, le Groupe de travail s'accordait à considérer que ces deux aspects étaient liés, une procédure longue risquant d'entraîner des coûts plus élevés (A/CN.9/930/Rev.1, par. 38). Toutefois, il n'existe pas suffisamment de données empiriques indiquant qu'une augmentation des coûts se traduit nécessairement par un allongement de la procédure.

---

[10] Pour une vue d'ensemble d'un arbitrage dans le cadre de la Convention CIRDI, voir https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Arbitration.aspx.

[11] Ce constat a récemment été confirmé dans un document de travail du CIRDI. Voir CIRDI, Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Document de travail, Annexe 9 (Addressing time and costs in ICSID Arbitration), par. 4, disponible (en anglais seulement) à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdfm.

2. Répartition des coûts : approches et règles

28. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été souligné que la question de la répartition des coûts par les tribunaux arbitraux dans les affaires de RDIE appelait un examen détaillé (A/CN.9/930/Rev.1, par. 53 et 66).

29. Dans ce type d'affaires, il existe différentes façons de répartir les coûts entre les parties. Une première approche consiste en la division des frais, c'est-à-dire que chaque partie doit supporter ses propres frais et que les frais de justice et les frais administratifs doivent être également partagés entre les parties. Dans une deuxième approche, les frais suivent le principal, c'est-à-dire que la partie gagnante doit normalement recouvrer ses frais raisonnables. Enfin, une troisième approche veut que les tribunaux s'efforcent de répartir ou d'ajuster les frais en fonction du succès relatif des parties sur différentes questions soulevées lors de la procédure. On peut considérer cette dernière approche comme une version plus fine de celle dans laquelle les frais suivent le principal, étant donné qu'elle revient à répartir les frais en fonction du succès relatif de la partie gagnante, c'est-à-dire de la proportion des chefs de demande pour lesquels elle a obtenu gain de cause (A/CN.9/930/Rev.1, par. 55).

30. Le paragraphe 1 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 inclut des éléments de l'approche selon laquelle les frais suivent le principal, en prévoyant que les frais d'arbitrage (tels que définis à l'article 38) sont « en principe » à la charge de la partie qui succombe[12]. En ce qui concerne les frais de représentation juridique, le paragraphe 2 de l'article 40 dispose que le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce, déterminer la partie à la charge de laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 ne fait plus de distinction entre les frais de représentation juridique et les frais d'arbitrage et prévoit, à son article 42, que les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe[13].

31. La Convention CIRDI confère aux tribunaux une grande latitude pour décider de la répartition des frais entre les parties, sans préciser laquelle des approches susmentionnées devrait être suivie ni dans quelles circonstances[14]. L'article 28 du

---

[12] L'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 se lit comme suit :

« 1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique visés au paragraphe e) de l'article 38, le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce, déterminer la partie à la charge de laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié. […] »

[13] L'article 42 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 se lit comme suit :

« 1. Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce. […] »

L'article 40 définit les frais comme suit :

« […]

2. Les « frais » comprennent uniquement :

a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 41 ;

b) Les frais raisonnables de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres ;

c) Les frais raisonnables exposés pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral ;

d) Les frais de déplacement et autres dépenses raisonnables des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral ;

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 ;

f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais et honoraires du Secrétaire général de la CPA. […] »

[14] L'article 61 de la Convention CIRDI se lit comme suit:

« 1) […]

2) Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres

Règlement d'arbitrage du CIRDI donne des indications concernant les frais de procédure[15].

32. Dans les traités d'investissement applicables, on peut noter différentes approches qui, en général, ne tiennent pas compte des dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de la Convention CIRDI relatives aux frais. Dans certains traités d'investissement récents, notamment l'AECG [16] et l'accord de libre-échange UE-Singapour[17], on a adopté l'approche selon laquelle les frais suivent le principal comme approche par défaut pour la répartition des frais.

3. Garantie pour frais

33. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, on a souligné que l'État défendeur ne serait peut-être pas en mesure de recouvrer, même en partie, les coûts engagés pour se défendre contre une demande infructueuse, abusive ou introduite de mauvaise foi par des investisseurs. En outre, les investisseurs pouvaient avoir recours à des sociétés écran ou manquer d'argent, ce qui rendait tout recouvrement impossible (A/CN.9/930/Rev.1, par. 53 et 56). Par conséquent, le Groupe a noté, comme autre sujet de préoccupation, les difficultés que des États défendeurs en faveur desquels un jugement avait été rendu rencontraient pour recouvrer les dépens auprès d'investisseurs demandeurs. On a souligné que cette question illustrait un déséquilibre entre les parties, car les États, compte tenu de leur caractère permanent, se trouvaient dans une situation différente de celle des investisseurs, qui pouvaient refuser de payer ou ne pas être en mesure de le faire (A/CN.9/930/Rev.1, par. 56 et 68). Il a également été dit que cette situation était aggravée par le fait que les traités d'investissement et certains règlements d'arbitrage ne prévoyaient pas la possibilité d'obtenir une garantie pour frais.

34. L'alinéa 2 c) de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 prévoit que le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires, qui peuvent notamment consister à ordonner à une partie de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure. Le paragraphe 2 de l'article 42 dispose que le tribunal arbitral détermine dans la sentence définitive ou, s'il le juge approprié, dans toute autre sentence, le

---

du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence. »

Il est proposé d'apporter des révisions au Règlement du CIRDI afin d'indiquer que, lors de la répartition des coûts, les tribunaux devraient tenir compte de certains facteurs précis, tels que le résultat, le comportement des parties, la complexité des questions, et le caractère raisonnable des frais réclamés. Voir note de bas de page 11 ci-dessus, par. 223.

[15] L'article 28 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (Frais de procédure) se lit comme suit :

« 1) Sous réserve de la décision finale au sujet du paiement des frais de procédure et à moins que les parties n'en conviennent autrement, le Tribunal peut décider :

a) À n'importe quel stade de la procédure, la portion des honoraires et dépenses du Tribunal ainsi que des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre que chaque partie doit payer en vertu de l'article 14 du Règlement administratif et financier ;

b) Relativement à toute partie de la procédure, que les frais y afférents (tels qu'ils sont déterminés par le Secrétaire général) sont supportés soit entièrement soit dans une certaine proportion par l'une des parties.

2) Chaque partie soumet au Tribunal sans délai après la clôture de l'instance un état raisonnable des dépenses qu'elle a engagées ou supportées au cours de la procédure, et le Secrétaire général soumet au Tribunal un relevé de tous les montants versés au Centre par chaque partie et de toutes les dépenses engagées par le Centre au titre de la procédure. Avant que la sentence ne soit rendue, le Tribunal peut inviter les parties et le Secrétaire général à fournir des renseignements complémentaires au sujet des frais de procédure. »

[16] Le paragraphe 5 de l'article 8.39 de l'AECG se lit comme suit:

« Le Tribunal ordonne que les dépens de la procédure soient supportés par la partie perdante au différend. 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. Les autres frais raisonnables, y compris les frais de représentation et d'assistance juridique, sont supportés par la partie perdante au différend, à moins que le Tribunal ne juge qu'une telle répartition est déraisonnable eu égard aux circonstances de la plainte. Si les plaintes sont accueillies en partie seulement, les dépens sont ajustés proportionnellement au nombre ou à l'étendue des parties des plaintes qui ont été accueillies. »

[17] Voir l'article 3.21 de l'accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour.

montant qu'une partie peut avoir à payer à une autre partie en conséquence de la décision relative à la répartition. Ces deux dispositions, prises ensemble, confèrent généralement aux tribunaux arbitraux le pouvoir d'octroyer une garantie pour frais en application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

35. L'article 47 de la Convention CIRDI prévoit que, sauf accord contraire des parties, le tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties[18]. Les États défendeurs peuvent s'appuyer sur cette disposition afin de demander une garantie pour frais à titre de mesure conservatoire lorsqu'un investisseur demandeur introduit à leur encontre une demande clairement douteuse ou qu'il ne veut ou ne peut pas couvrir leurs frais.

36. Dans une décision en date du 13 août 2014, un tribunal arbitral constitué dans le cadre du CIRDI a rendu à la majorité une ordonnance de garantie pour frais[19]. En outre, il a sanctionné le demandeur pour ne pas s'être conformé à cette ordonnance[20]. Les circonstances de l'espèce étaient certes exceptionnelles[21], mais cette décision offre un exemple de l'octroi d'une garantie pour frais dans le cadre d'un arbitrage en matière d'investissement.

37. Dans la mesure où, par comparaison à l'arbitrage commercial, une garantie pour frais a rarement été octroyée dans le contexte du RDIE, le Groupe de travail voudra peut-être se demander, du point de vue tant des principes que de la pratique, s'il convient de permettre aux tribunaux de RDIE d'ordonner une garantie pour frais et, le cas échéant, dans quelles circonstances. Il voudra peut-être, de plus, réfléchir à cette question en s'appuyant sur le document de travail qu'il est prévu d'établir au sujet du financement par des tiers.

D. Données relatives au coût et à la durée des procédures de RDIE

1. Absence de données complètes et consolidées

38. Si le Groupe de travail a maintes fois répété que les délibérations relatives au coût et à la durée devaient se fonder sur des données factuelles, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de base de données complète contenant des informations consolidées sur le coût et la durée des procédures de RDIE. De plus, les sentences définitives, qui contiennent généralement un état des dépenses, ne sont pas toujours accessibles au public. En outre, on a constaté qu'une seule affaire portant sur une demande importante pouvait fausser les données relatives à la durée et au coût moyens de ces procédures. Le CIRDI publie des informations statistiques sur ses affaires et il est possible d'obtenir des informations sur la durée de chacune d'entre elles, mais pas de manière consolidée.

---

[18] Voir également l'article 39 (Mesures conservatoires) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, selon lequel une partie peut demander des mesures conservatoires à tout moment après l'introduction de l'instance.

[19] Voir *RSM Production Corporation* c. *Sainte-Lucie*, affaire CIRDI nº ARB/12/10, décision sur la demande de garantie pour frais de Sainte-Lucie (13 août 2014), disponible à l'adresse https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf. Il s'agit de la première affaire portée à la connaissance du public dans laquelle un tribunal de RDIE a octroyé une garantie pour frais.

[20] Voir *RSM Production Corporation* c. *Sainte-Lucie*, affaire CIRDI nº ARB/12/10, décision sur la demande de suspension ou de cessation de la procédure de Sainte-Lucie (8 avril 2015), disponible à l'adresse https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4254.pdf.

[21] Voir note de bas de page 19 ci-dessus, par. 86. La majorité des membres du tribunal a distingué cette affaire de toutes les affaires antérieures en raison de ses circonstances exceptionnelles, en déclarant que la différence entre l'instance en question et les arbitrages antérieurs menés dans le cadre du CIRDI lors desquels la demande de garantie pour frais avait été à chaque fois refusée, était que dans l'affaire qui les occupait, les circonstances mises en avant dans les autres procédures se rencontraient simultanément.

39. L'étude établie par la Commission Jeffery (« l'étude Jeffery ») illustre bien la difficulté à présenter des données pertinentes[22]. Sur les 138 arbitrages CIRDI (2011-2015) examinés, aucune donnée relative aux coûts n'est accessible au public pour les 45 procédures auxquelles il a été mis fin ou qui ont été réglées à l'amiable. Pour les 93 affaires restantes, qui ont été tranchées par un tribunal, les données relatives aux coûts ne sont pas systématiquement disponibles, pour les raisons suivantes : i) la sentence n'est pas encore accessible au public ; ii) la sentence a été rendue publique mais il n'y a aucune indication de coût ; ou iii) une partie seulement des coûts est indiquée dans la sentence. On dispose donc de données relatives aux coûts subis par les investisseurs demandeurs pour 55 arbitrages et aux coûts subis par les États défendeurs pour 56 arbitrages. Des détails sur les frais de justice sont disponibles pour 40 sentences.

40. Lorsqu'on examine les données relatives à la durée des procédures, le fait qu'il soit mis fin à un certain nombre de litiges, ou qu'un certain nombre d'entre eux soient réglés à l'amiable, rend l'évaluation de la durée moyenne de ce type de procédures difficile. Le Groupe de travail voudra peut-être faire preuve de prudence en ce qui concerne les études comparatives, compte tenu des multiples facteurs qui peuvent distinguer les procédures les unes des autres. On mentionnera notamment : i) la complexité d'une affaire ; ii) des changements parmi les conseils ou dans la composition du tribunal (en raison notamment de récusations) ; iii) le recours à certains mécanismes procéduraux (par exemple bifurcation ou *amicus curiae*) ; iv) la traduction des documents et de la sentence ; v) l'émergence, après les audiences, de questions juridiques ou de problèmes en matière de preuve ; et vi) des opinions dissidentes en ce qui concerne la sentence définitive.

41. Dans ce contexte, on trouvera dans la présente note des données empiriques qui sont accessibles au public, mais ne sont pas complètes, comme en témoignent les rares études sur le sujet. Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte des limites mentionnées ci-avant lorsqu'il analysera les informations présentées ci-après.

2. Données existantes sur les coûts

42. En 2012, l'OCDE a déterminé que les frais de justice et d'arbitrage, si l'on additionnait les frais encourus par les demandeurs et les défendeurs, se montaient, dans les affaires de RDIE récentes, à quelque 8 millions de dollars en moyenne et pouvaient atteindre 30 millions de dollars par affaire[23]. Ce chiffre a été repris dans certains documents ultérieurs[24].

Frais de justice

43. L'étude MH de 2017 indique que le montant moyen des frais de justice a augmenté en moyenne, passant de 746 000 dollars (montant médian 590 000 dollars) à la fin 2012 à 1 118 000 dollars (montant médian 905 000 dollars) sur les 89 affaires

---

[22] Commission Jeffery, « How long is too long to wait for an award », *Global Arbitration Review* (18 février 2016) ; « How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years », Kluwer Arbitration Blog (29 février 2016) ; et « The duration and costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations », Funding in Focus Report Three, Vannin Capital (juillet 2016) disponible à l'adresse http://www.vannin.com/downloads/funding-in-focus-three.pdf. L'étude se fonde sur une analyse de 138 procédures traitées par le CIRDI entre 2011 et 2015.

[23] OCDE, *supra*, note 7. Le Secrétariat de l'OCDE a examiné 143 sentences arbitrales accessibles au public (août 2011). Vingt-huit d'entre elles fournissaient des informations sur les frais de justice et les frais encourus par les parties, 81 des informations incomplètes, et 62 aucune information à ce sujet.

[24] CNUCED, *supra*, note 1 et Commission européenne, Le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : quelques faits et chiffres, (2015) disponible à l'adresse http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153341.pdf.

traitées à partir de 2013[25]. Cela représente une hausse de 50 % du montant tant moyen que médian.

44. L'étude Jeffery, qui se fonde sur 40 affaires traitées entre 2011 et 2015, indique un montant moyen des frais de justice pour une procédure CIRDI de 883 000 dollars (montant médian 875 900 dollars)[26]. L'étude MH de 2014 estimait quant à elle ces frais à 769 000 dollars, et la même étude réalisée en 2017 à 1 042 000 dollars.

45. L'étude Jeffery indique par ailleurs que, dans la plupart des arbitrages CNUDCI, les frais de justice se montent à 1 million de dollars ou moins[27]. L'étude MH de 2014 estimait ces frais à 853 000 dollars, et la même étude réalisée en 2017 à 1 384 000 dollars[28].

46. L'étude MH de 2017 indique que si l'écart entre les arbitrages CIRDI et CNUDCI semble avoir augmenté lorsque l'on compare les frais de justice moyens, les frais médians sont relativement similaires entre les arbitrages CIRDI (910 000 dollars) et les arbitrages CNUDCI (905 000 dollars).

47. En 2011, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a signalé que le montant moyen des frais judiciaires et administratifs des affaires d'investissement qu'il traitait s'élevait à 290 936 euros[29].

Frais de représentation juridique

48. Selon l'étude MH de 2014, les frais moyens de représentation juridique s'élevaient à 4 437 000 dollars pour les investisseurs demandeurs et à 4 559 0000 dollars pour les États défendeurs[30]. Le montant médian s'élevait à 3 145 000 dollars pour les demandeurs et à 2 286 000 dollars pour les défendeurs. Dans la plupart des cas, les demandeurs encouraient des frais largement supérieurs aux défendeurs. Cela peut s'expliquer par le fait que ce sont les demandeurs qui ont la charge de la preuve, et le fait que de nombreux États ont tendance à engager un processus d'appel d'offres axé sur les coûts.

49. S'agissant des arbitrages CIRDI, l'étude Jeffery révèle que les frais encourus par les investisseurs demandeurs se montaient à 5,6 millions de dollars en moyenne, et par les États défendeurs à 4,9 millions de dollars[31]. Le montant médian des frais était largement inférieur : 2,9 millions de dollars pour les demandeurs, et 3,7 millions pour les défendeurs. Dans 64 % des affaires, les frais encourus par les demandeurs étaient inférieurs à 5 millions de dollars. Il en allait de même pour les frais encourus par les défendeurs dans 68 % des cas.

50. S'agissant des arbitrages CNUDCI, l'étude Jeffery indique que les frais encourus par les demandeurs se montaient à 7,3 millions de dollars en moyenne, et à

---

[25] Hodgson & Campbell, *supra*, note 4. Voir aussi Matthew Hodgson, Counting the costs of investment treaty arbitration, *Global Arbitration Review* (24 mars 2014) disponible à l'adresse http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf (« Étude MH de 2014 »). L'étude MH de 2017 analyse les données relatives à 324 sentences et 52 décisions d'annulation. L'étude MH de 2014 examinait 176 affaires pour lesquelles une sentence ou une décision était accessible au public au 31 décembre 2012. L'étude MH de 2017 examinait 140 affaires rendues accessibles au public entre le 31 décembre 2012 et le 31 mai 2017.

[26] Commission Jeffery, *supra*, note 22. L'étude note que dans 27 affaires sur 40 (CIRDI), les frais de justice se montaient à 1 million de dollars ou moins.

[27] Vingt-deux sur les 40 sentences rendues entre 2010 et 2015, dont 28 incluaient des détails sur les frais de justice.

[28] Toutefois, si l'on sait que les frais de justice dans l'affaire *Yukos* se montaient à 11,4 millions de dollars et si l'on exclut ce montant des données prises en compte dans l'étude 2017, les frais de justice moyens pour les arbitrages CNUDCI se montent à un peu plus de 1 million de dollars.

[29] Statistiques de la Chambre de commerce de Stockholm (2011), p. 4, disponibles à l'adresse http://sccinstitute.com/statistics/statistics-2008-2016/.

[30] Sur les 176 affaires examinées, des données sur les frais encourus par les demandeurs étaient disponibles pour 73 affaires, et sur les frais encourus par les défendeurs pour 66 affaires.

[31] Sont pris en compte 55 et 56 arbitrages CIRDI entre 2011 et 2015 pour lesquels des informations étaient disponibles en ce qui concerne les frais encourus respectivement par les demandeurs et les défendeurs.

4,71 millions de dollars pour les défendeurs. Dans 80 % des cas, les frais encourus par les premiers étaient inférieurs à 5 millions de dollars. Il en allait de même pour les frais encourus par les défendeurs dans 73 % des cas.

51. L'étude MH de 2017 recense une augmentation des frais de représentation juridique par rapport à l'étude de 2014. Les frais moyens se montaient à 7,4 millions de dollars pour les demandeurs (hausse de 68 %) et à 5,2 millions de dollars pour les défendeurs (hausse de 13 %)[32]. Le montant médian était de 4,2 millions de dollars pour les demandeurs (hausse de 34 %) et de 3,4 millions de dollars pour les défendeurs (hausse de 48 %). L'étude MH de 2017 estime les frais moyens pour toutes les affaires existantes (177 affaires pour les demandeurs et 169 affaires pour les défendeurs) à 6 millions de dollars pour les demandeurs et 4,9 millions de dollars pour les défendeurs.

Lourd poids des frais de représentation juridique

52. Ces données confirment l'interprétation du Groupe de travail, à savoir que les frais de représentation juridique encourus par les parties représentent une part importante du montant global (voir par. 19 ci-avant). Selon l'étude MH de 2017, le montant moyen cumulé des frais de représentation juridique (10,9 millions de dollars) est supérieur de 9,85 fois environ au montant moyen des frais de justice (1,1 million de dollars).

Échantillon d'affaires

53. On trouvera ci-après quelques exemples de montants fournis par la CPA en ce qui concerne des affaires de RDIE qu'elle a administrées[33]. Ainsi, le montant en litige dans l'affaire *Chemtura Corporation* c. *Canada* (2010)[34] était de 79 millions de dollars environ. Le coût global de la procédure s'élevait à 7,5 millions de dollars, dont 9,1 % de frais de justice, 0,03 % de frais administratifs, 17,17 % de frais de représentation juridique pour les demandeurs, et 73,7 % de frais de représentation juridique pour le défendeur. Dans l'affaire *Dunkeld International Investment Ltd* c. *Belize* (2016)[35], le montant en litige s'élevait à quelque 175 millions de dollars, et le coût global à 6,1 millions d'euros. Les coûts encourus par le demandeur représentaient 70,18 % du coût total et ceux encourus par le défendeur 19,73 % de ce montant. Dans l'affaire *Almas* c. *Pologne*[36], le montant en litige était de 23 millions. Le coût global s'élevait à 1,08 million, les frais de justice représentant 19,18 %, les coûts encourus par le demandeur 60,11 % et les coûts encourus par les défendeurs 17,59 % de ce montant. Ces exemples montrent bien que selon les circonstances de l'espèce, les éléments de coût peuvent varier dans une certaine mesure.

3. Données existantes sur la durée

54. En 2009, la durée moyenne des arbitrages CIRDI était de 3,63 ans (1 325 jours), entre la date de dépôt de la demande d'arbitrage et la sentence définitive[37]. La durée moyenne entre les audiences sur le fond et le prononcé de la sentence était de 425 jours.

55. Le CIRDI publie la durée moyenne des arbitrages dans ses rapports annuels. Dans le rapport 2011, il est indiqué que la durée moyenne des procédures d'arbitrage conclues au cours de l'exercice 2010-2011 (du 1er juillet au 30 juin), calculée depuis

---

[32] Le Groupe de travail notera que ces moyennes sont peut-être faussées par l'affaire *Yukos*, pour laquelle les frais de représentation ont été estimés à 81,4 millions de dollars pour les demandeurs et à 31,5 millions de dollars pour le défendeur.

[33] Pulkowski, *supra*, note 8.

[34] Détails sur l'affaire disponibles à l'adresse http://pca-cpa.org/en/cases/66/.

[35] Détails sur l'affaire disponibles à l'adresse http://pca-cpa.org/en/cases/23/.

[36] Détails sur l'affaire disponibles à l'adresse http://pca-cpa.org/en/cases/118/.

[37] Anthony Clair, « ICSID arbitration: How long does it take? », *Global Arbitration Review* (27 octobre 2009). L'article se fonde sur 115 arbitrages CIRDI ayant donné lieu à une sentence entre la création du CIRDI et le 1er juillet 2009.

l'enregistrement de la demande d'arbitrage jusqu'à la conclusion de l'instance, était de 43 mois en 2010 et de 31 mois en 2011[38]. La durée moyenne des procédures calculée depuis la constitution du tribunal jusqu'à la conclusion était de 37 mois en 2010 et de 25 mois en 2011[39]. Par ailleurs, la majorité des arbitrages conclus en 2012 et en 2013 avaient duré entre trois et quatre ans à compter de la date de constitution du tribunal[40]. Ceux qui avaient été conclus en 2014 avaient duré en moyenne un peu plus de trois ans et demi[41]. Ce chiffre a légèrement augmenté, passant à 39 mois en 2015[42]. Plus récemment, le CIRDI a signalé une durée moyenne des instances, entre 2015 et 2017, de 3 ans et 7 mois depuis la date de constitution du tribunal jusqu'au prononcé de la sentence[43]. Si l'on répartit les procédures par types, la durée moyenne était de : i) 13 ans et 9 mois pour une procédure conjointe ; ii) 3 ans et 6 mois pour une procédure avec bifurcation ; et iii) 829 jours pour une procédure portant uniquement sur le fond[44].

56. L'étude Jeffery indique une durée moyenne de procédures CIRDI, entre l'enregistrement de la requête et la sentence, de 3,75 ans, soit 1 370 jours (durée médiane de 1 266 jours)[45]. Son examen de 60 procédures CNUDCI ayant donné lieu à une sentence entre 1990 et 2015 révèle une durée moyenne, entre la notification d'arbitrage et la sentence, de 3,96 ans, soit 1 446 jours (durée médiane de 1 246 jours)[46]. En 2011, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a signalé que la durée moyenne d'un arbitrage d'investissement régi par son règlement était de 21 mois entre la date d'enregistrement et la sentence définitive[47].

Durée jusqu'à la sentence

57. L'étude Jeffery examine aussi le laps de temps qui s'écoule entre la dernière audience et le prononcé de la sentence et note que la durée moyenne était de 379 jours, tant pour les procédures CIRDI que pour les procédures CNUDCI[48]. La durée médiane était de 329 jours pour les procédures CNUDCI et de 330 jours pour les procédures CIRDI. Quelque 56 % des tribunaux, toutes procédures confondues, avaient besoin de moins d'un an pour rendre une sentence après la dernière audience.

Recours après la sentence

58. Une étude portant sur les 45 décisions d'annulation de sentences CIRDI rendues jusqu'en décembre 2015 indique que la durée moyenne entre le dépôt de la demande d'annulation et le prononcé d'une décision en la matière était de 730 jours (durée médiane de 720 jours), 80 % des décisions étant rendues dans les 12 mois suivant l'audience. Il fallait compter en moyenne 269 jours entre la dernière audience et le prononcé d'une décision. Le fait que certaines procédures d'annulation soient rejetées ou qu'il y soit mis fin doit être pris en compte dans l'analyse de ces données.

59. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que d'autres types de demandes peuvent être introduites après la sentence, y compris des demandes visant à ce que le

---

[38] CIRDI, Rapport annuel 2011, p. 35. Les rapports annuels du CIRDI sont disponibles à l'adresse http://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx.
[39] Ibid.
[40] CIRDI, Rapport annuel 2012, p. 35 ; et Rapport annuel 2013, p. 31.
[41] CIRDI, Rapport annuel 2014, p. 31.
[42] CIRDI, Rapport annuel 2015, p. 32.
[43] CIRDI, *supra*, note 11, annexe 9, par. 3. Le secrétariat du CIRDI a examiné 63 affaires ayant débouché sur une sentence pendant la période allant du 1er janvier 2015 au 30 juin 2017.
[44] Ibid., par. 9. Voir aussi le tableau fourni dans la section II.
[45] Commission Jeffery, *supra*, note 22.
[46] Ibid.
[47] Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *supra*, note 29. Il note par ailleurs que, parmi les facteurs qui influencent la durée de la procédure, figurent la bifurcation de la procédure et les sentences provisoires ou partielles.
[48] Commission Jeffery, *supra*, note 22. L'étude analyse 222 procédures CIRDI et 59 procédures CNUDCI. En cas d'absence de dernière audience, elle utilise comme critère la date de la dernière communication écrite (à l'exclusion des communications relatives aux coûts).

tribunal corrige, interprète ou complète la sentence. De plus, les sentences non rendues par le CIRDI peuvent faire l'objet d'une procédure d'annulation ou d'une procédure de reconnaissance/exécution auprès d'un tribunal national. Contrairement à la procédure d'annulation du CIRDI, il est difficile de réunir des informations sur le coût et la durée de ces recours introduits après la sentence, en raison du nombre limité d'informations accessibles au public et des différences qui existent entre les pays[49].

4. Données existantes sur la répartition des coûts

60. Comme évoqué dans la partie C.2, il existe différentes façons de répartir les coûts entre les parties. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été dit que si une telle répartition n'était pas envisagée, les parties ne seraient pas encouragées à limiter leurs arguments ou leurs communications (A/CN.9/930/Rev.1, par. 53). Par ailleurs, il a été dit que le Groupe de travail voudrait peut-être aussi prendre note d'une nouvelle approche qui se fondait sur une répartition proportionnelle des coûts (A/CN.9/930/Rev.1, par. 55).

61. Si les tribunaux CIRDI ont adopté des approches différentes par le passé, le Centre a signalé à la trente-quatrième session qu'il avait été procédé à une répartition des coûts entre les parties dans la moitié environ des sentences arbitrales rendues récemment et que l'on percevait ainsi une tendance à s'écarter de la règle par défaut de droit international public mentionnée ci-avant. Dans les sentences en question, les tribunaux arbitraux avaient ordonné que les coûts de l'arbitrage soient à la charge de la partie qui succombait, ou qu'ils soient répartis entre les parties (A/CN.9/930/Rev.1, par. 54).

62. Selon l'étude MH de 2014, 56 % des tribunaux ont demandé à chaque partie de supporter ses propres coûts, 10 % ordonnant que les coûts soient entièrement à la charge d'une partie et 34 % partiellement à sa charge. La même étude réalisée en 2017 confirme la tendance à une répartition proportionnelle des coûts. Depuis fin 2012, 36 % seulement des tribunaux ont demandé à chaque partie de supporter ses propres coûts. Sept pour cent ont ordonné à la partie qui succombait de payer l'intégralité des coûts et 57 % ont ordonné qu'elle paie une partie des coûts de la partie adverse. Cette étude note par ailleurs que depuis 2013, 61 % des tribunaux CIRDI ont ordonné une répartition proportionnelle des coûts, contre 69 % pour les tribunaux appliquant le Règlement de la CNUDCI.

63. Par ailleurs, l'étude MH de 2017 indique que la répartition proportionnelle des coûts vise tant les frais des parties que les frais de justice. Le nombre de tribunaux qui procèdent à ce type de répartition a doublé depuis 2013. En outre, elle indique que le pourcentage d'investisseurs demandeurs et d'États défendeurs victorieux ayant bénéficié d'une prise en charge des coûts par l'autre partie a augmenté, passant respectivement à 65 % et à 63 % (contre 53 % et 38 % dans l'étude réalisée en 2014).

64. Voici quelques illustrations fournies par la CPA de la manière dont les coûts ont été répartis dans quelques affaires qu'elle a administrées (voir par. 53 ci-avant). Ainsi, dans l'affaire *Chemtura Corporation* c. *Canada*, dans laquelle le défendeur l'a

---

[49] Voici quelques exemples récents : i) la sentence rendue dans l'affaire *Energoalians SARL* c. *République de Moldova* en date du 25 octobre 2013 a été annulée par la Cour d'appel de Paris le 12 avril 2016, puis la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel le 28 mars 2018 et renvoyé les parties devant la Cour d'appel de Paris ; ii) les sentences rendues le 18 juillet 2014 dans l'affaire *Yukos* ont été annulées par le Tribunal de district de La Haye le 20 avril 2016 pour absence de compétence. Le Tribunal a estimé les frais de la procédure d'annulation à 16 802 euros pour chaque partie. Il a été fait appel de cette décision, et l'instance est pendante devant la Cour d'appel de La Haye ; iii) la sentence rendue dans l'affaire *Royaume du Lesotho* c. *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd.* le 18 avril 2016, ainsi que la décision relative aux dépens du 20 octobre 2016 ont été annulées par la Haute Cour de Singapour, le 14 août 2017 ; et iv) la sentence sur la compétence rendue le 15 février 2017 dans l'affaire *GPF GP S.à.r.l* c. *République de Pologne (affaire nº V 2014/168 Institut d'arbitrage de la SCC)* a été annulée par la Haute Cour du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord le 2 mars 2018. Aucune information relative aux coûts n'est disponible, mais la Cour a conclu qu'elle faisait confiance aux parties pour s'entendre sur la répartition des coûts qui, à première vue, devraient suivre le principal.

emporté, le demandeur a été condamné à payer l'intégralité des frais d'arbitrage et la moitié des frais judiciaires du défendeur (qui constituaient 73,7 % du coût global). Dans l'affaire *Dunkeld International Investment Ltd* c. *Belize*, les deux parties ont été condamnées à partager les frais de justice et d'administration, et à supporter leurs propres coûts. Dans l'affaire *Almas* c. *Pologne*, le demandeur a été condamné à payer les frais de justice et d'administration, chaque partie supportant ses propres coûts. Il existe d'autres cas dans lesquels les parties ont été condamnées à partager les frais de justice et d'administration, le demandeur payant en plus une partie déterminée des frais du défendeur, ou dans lesquels le demandeur a été condamné à payer l'intégralité des frais d'arbitrage, y compris les frais du défendeur.

65. Comme on l'a vu ci-dessus, les tribunaux suivent diverses approches en matière de répartition des coûts, et le Groupe de travail voudra peut-être examiner les différents facteurs qui peuvent influencer les décisions prises en la matière, comme la proportion de demandes ayant abouti, le comportement des parties, la complexité de l'affaire, ainsi que le caractère raisonnable des coûts.

5. Analyse comparative

66. Au cours de ses débats, le Groupe de travail a noté que la question des coûts et de la durée des procédures de RDIE devait être examinée à partir d'éléments de comparaison appropriés. Il a aussi été dit qu'il devait examiner attentivement ces éléments pour déterminer si les coûts étaient effectivement excessifs ou les procédures inutilement longues (A/CN.9/930/Rev.1, par. 43 et 62).

67. Si les paragraphes qui suivent donnent certaines informations à cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter les différences de structure, ainsi que de circonstances dans lesquelles des différends sont réglés par le biais de mécanismes de ce genre. Ainsi, les parties à des affaires traitées par la CIJ ou l'OMC sont généralement des États ; le mécanisme de règlement des différends de l'OMC repose sur une série d'accords conclus sous les auspices de l'accord de Marrakech ; et les systèmes judiciaires des États comprennent généralement un système d'appel à deux ou trois niveaux où il peut être fait appel des décisions. S'agissant plus particulièrement des coûts, les mécanismes de règlement des différends de la CIJ et de l'OMC ont tous deux été établis dans un système dont le coût global est en grande partie absorbé par les États membres, à travers leur contribution au budget de l'organisation. Il en va de même des tribunaux nationaux, dans la mesure où les États sont financièrement responsables de leur fonctionnement. En prenant ces éléments en considération, le Groupe de travail voudra peut-être définir d'autres éléments de comparaison, ainsi que les types d'information qui pourraient utilement l'aider dans son examen de la question (par exemple des affaires très complexes d'arbitrage commercial).

Cour internationale de Justice

68. Établie en 1945, la Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle a pour fonction de régler, conformément au droit international, les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par des États, et de donner des avis consultatifs sur des questions juridiques que lui posent les organes de l'ONU et les institutions spécialisées autorisés à le faire.

69. D'après les données indiquées sur le site de la CIJ, la durée moyenne d'une affaire contentieuse est de deux ans[50]. Certains différends durent toutefois plus longtemps. Ainsi, six ans ont été nécessaires pour qu'un jugement sur le fond soit rendu dans le différend opposant la Croatie et la Serbie concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[51], ainsi que dans

[50] Informations disponibles à l'adresse http://www.icj-cij.org/fr/liste-des-affaires. Une affaire contentieuse porte sur des différends juridiques entre États soumis à la Cour par des États membres de l'ONU et d'autres qui sont devenus parties au Statut de la CIJ.

[51] Voir le résumé de l'affaire à l'adresse http://www.icj-cij.org/fr/affaire/118.

le différend maritime opposant le Pérou et le Chili[52]. Cas extrême, le différend opposant le Qatar et Bahreïn concernant la délimitation maritime et les questions territoriales a nécessité près de 10 ans[53].

70. Le budget global de la CIJ pour l'exercice 2016-2017 était de 45,8 millions de dollars, montant couvert par le budget ordinaire de l'ONU[54]. Un montant de 14,2 millions a été alloué aux salaires des juges de la CIJ (soit 523 253 dollars environ par juge), à leurs prestations de retraite, autres dépenses et indemnités. Un montant de 24,4 millions de dollars a été alloué au Greffe, afin de lui permettre d'apporter un appui juridique, diplomatique, linguistique et technique à la Cour. Dans certains cas, l'Assemblée générale prévoit un budget supplémentaire pour certaines affaires qui requièrent des ressources additionnelles[55]. Il n'existe pas de données concrètes sur le coût moyen des affaires contentieuses portées devant la CIJ, mais on estime qu'une procédure consultative coûte entre 450 000 et 600 000 dollars[56].

71. Il n'existe pas de données fiables sur les coûts supportés par les États dans des procédures CIJ, car il n'est pas rendu de décision relative aux dépens. Ceci vaut, de manière générale, pour les affaires traitées par le Tribunal international du droit de la mer, l'OMC, ainsi que pour l'arbitrage entre États. De plus, les États divulguent rarement des informations sur les frais encourus dans une affaire. L'assistance financière fournie par l'intermédiaire du Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général[57] peut toutefois fournir des indications à ce sujet. Ainsi, une assistance financière de 350 000 dollars a été octroyée le 24 mai 2004 au Bénin et au Niger pour couvrir les dépenses afférentes à la soumission de leur différend frontalier à la CIJ[58]. Le 28 janvier 2008, Djibouti a reçu une avance de 136 260 dollars pour couvrir les dépenses liées à l'introduction d'une instance dans le cadre d'une affaire relative à certaines questions d'entraide en matière pénale (*Djibouti* c. *France*)[59].

Organisation mondiale du commerce

72. L'OMC est dotée d'un mécanisme de règlement des différends qui découlent de ses accords[60]. Elle indique des délais cibles pour chaque étape de la procédure, à savoir 60 jours pour les consultations/la conciliation/la médiation, 45 jours pour l'établissement d'un groupe spécial et la nomination de ses membres, 6 mois pour le rapport final du groupe spécial et 3 mois pour sa diffusion aux membres de l'Organisation. En l'absence d'appel, l'ORD est censé adopter le rapport du groupe spécial dans les 60 jours, ce qui signifie que le différend peut être résolu en l'espace de 12 mois environ. En cas d'appel, l'Organe d'appel est censé établir son rapport

---

[52] Voir le résumé de l'affaire à l'adresse http://www.icj-cij.org/fr/affaire/137.

[53] Voir le résumé de l'affaire à l'adresse http://www.icj-cij.org/fr/affaire/87.

[54] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément nº 4* (A/72/6, sect. 7), par. 2.

[55] Ibid., *Supplément nº 4* (A/72/4), paras. 23 à 26. Voir aussi résolution 71/272 de l'Assemblée générale. Un montant supplémentaire de 120 000 dollars a été affecté à la nomination d'experts dans une affaire concernant la délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (*Costa Rica* c. *Nicaragua*).

[56] Ibid., par. 27. Les avis consultatifs sont des décisions non contraignantes sur des questions de droit international qui sont soumises à la Cour par les organes de l'ONU ou les institutions spécialisées.

[57] Le Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général a été créé en 1989 pour encourager le règlement pacifique des différends en fournissant une assistance financière aux États afin de les encourager à soumettre leurs différends à la CIJ. Il opère sur la base de contributions volontaires. L'assistance financière est octroyée à la condition d'être utilisée par l'État qui la reçoit pour couvrir les dépenses qu'il engage pour porter son différend à la Cour et exécuter un arrêt de la Cour. On trouvera des informations supplémentaires à l'adresse http://www.un.org/law/trustfund/trustfund.htm.

[58] Rapport de la CIJ à l'Assemblée générale : Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice (A/59/372), par. 5.

[59] Rapport de la CIJ à l'Assemblée générale : Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice (A/63/229), par. 4.

[60] Voir Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (annexe 2 de l'Accord instituant l'OMC).

dans les 60 à 90 jours. L'ORD adopte alors ce rapport dans les 30 jours, si bien que le différend est résolu dans un laps de temps d'un an et trois mois environ.

73. Selon des études récentes, ces délais sont rarement respectés. Ainsi, des statistiques indiquent que pour les demandes de consultation soumises entre 2007 et 2011, le délai moyen jusqu'à l'adoption d'un nombre total de 40 rapports par l'ORD (27 rapports de groupes spéciaux et 13 rapports de l'Organe d'appel) était de 28 mois. Par ailleurs, il ressort de ces statistiques que 32 % des différends étaient résolus en moins de 2 ans, 50 % nécessitant entre 2 et 3 ans[61]. Une analyse plus détaillée révèle que la durée moyenne des consultations (depuis la demande jusqu'à l'établissement du groupe spécial) était de 6,6 mois, elle était de 15,1 mois pour l'examen par le groupe spécial et de 3,3 mois pour la procédure d'appel[62].

74. Il est difficile de déduire du budget de l'OMC le montant alloué au mécanisme de règlement des différends, mais le budget pour 2016 de l'Organe d'appel de l'OMC était de 7,5 millions de francs suisses environ. Tout comme celui de la CIJ, le budget de l'Organe d'appel est couvert par les contributions effectuées par les membres de l'Organisation et les parties au différend ne paient d'autres frais que leurs contributions régulières.

75. Bien que des cabinets d'avocats privés participent à la préparation des communications écrites des parties à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel, il n'y pas d'informations disponibles sur ces frais de représentation. Les États ne communiquent généralement pas le montant des frais encourus pour une affaire donnée. De plus, certains ont internalisé le coût des procédures auprès de l'OMC, si bien qu'il est encore plus difficile d'évaluer les coûts supportés par les parties. Les montants maximums qui peuvent être facturés par le Centre consultatif sur la législation de l'OMC donnent toutefois une indication à cet égard. Ainsi, le Centre peut facturer entre 72 000 et 144 000 francs suisses pour l'examen par un groupe spécial, et entre 43 000 et 85 000 francs suisses pour une procédure devant l'Organe d'appel[63].

E. Explications de l'augmentation des coûts et de la durée des procédures de RDIE et objectifs d'une réforme

1. Éléments expliquant les coûts et la durée des procédures

76. Plusieurs raisons peuvent expliquer pourquoi les procédures de RDIE sont devenues si longues et si coûteuses et pourquoi elles ont tellement augmenté ces derniers temps. Les explications varient aussi en fonction des circonstances de chaque affaire.

77. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a noté certains éléments qui pouvaient jouer un rôle dans le niveau des coûts des procédures de RDIE (A/CN.9/930/Rev.1, par. 45 à 47 et 65). La présente section tente de regrouper et de résumer ces facteurs, qui peuvent avoir contribué à l'augmentation des coûts et de la durée.

Le différend en soi

78. La première catégorie d'éléments tient au différend lui-même.

79. Le fait que la majorité des demandes découlent de traités d'investissement, et non de contrats, peut être une explication, puisque des questions de droit international

[61] Arie Reich, The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis, EUI Department of Law Research Paper No. 2017/1, disponible à l'adresse http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2997094.

[62] Louise Johannesson and Petros C. Mavroidis, The WTO Dispute Settlement System 1995-2015: A Data Set and its Descriptive Statistics, IFN Working Paper No. 1148 (2017) disponible à l'adresse http://www.ifn.se/wfiles/wp/wp1148.pdf.

[63] Informations disponibles à l'adresse http://www.acwl.ch/fees/.

sont en jeu. La complexité des affaires et la nature fragmentée des dispositions relatives à la protection des investisseurs figurant dans différents traités d'investissement peuvent aussi constituer une explication. De manière générale, la nature illimitée des questions juridiques et la nécessité d'examiner diverses sentences arbitrales antérieures et d'autres sources juridiques peuvent expliquer pourquoi les parties et les tribunaux ont besoin de davantage de temps. En raison de la complexité des affaires, il peut être nécessaire de soumettre un volume de preuves important, certains documents devant parfois être traduits. La qualité des données factuelles peut aussi avoir des incidences sur la durée globale de la procédure.

80. Le coût global d'une affaire de RDIE semble étroitement lié au montant réclamé par les investisseurs. Selon l'étude MH de 2017, le montant moyen réclamé dans les arbitrages d'investissement a sensiblement augmenté, passant de 491,7 millions de dollars, selon l'étude de 2014, à 2,37 milliards de dollars[64]. Le montant médian était de 196,4 millions de dollars, en hausse par rapport aux chiffres indiqués en 2014 (66,1 millions de dollars).

81. Selon l'étude MH de 2017, si les montants réclamés et le coût global ont augmenté, la durée moyenne des procédures a elle aussi augmenté de six mois, passant de 3,7 ans à 4,3 ans. Elle note aussi que la hausse de la durée médiane a été presque négligeable, passant de 3,6 à 3,7 ans. Cela pourrait signifier que les montants réclamés par les investisseurs n'ont pas nécessairement d'incidences sur la durée de la procédure.

Comportement des parties et de leurs conseils

82. La deuxième catégorie d'explications a trait au comportement des parties au litige et/ou de leurs représentants juridiques.

83. Ainsi, tant les investisseurs demandeurs que les États défendeurs prennent beaucoup de temps pour préparer leurs arguments et présenter leurs communications. En tant que défendeurs, les États ont généralement besoin de plus de temps pour se défendre face à une demande formée dans le cadre du RDIE, car ils peuvent avoir besoin de coordonner les efforts entre plusieurs instances et de recruter des conseils et des experts juridiques pour les défendre et réunir les preuves nécessaires. La recherche des meilleurs représentants possibles et la mise au point d'une défense appropriée expliquent les coûts et les retards, même si les États procèdent généralement à un appel d'offres pour réduire leurs coûts. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été souligné qu'il fallait donner aux États le temps nécessaire pour répondre aux demandes (A/CN.9/930/Rev.1, par. 50). Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de l'état de préparation des États pour ce qui est de répondre à ces demandes.

84. Le fait qu'il n'existe pas de règle du précédent, et le manque de prévisibilité qui en résulte, obligent les parties et leurs conseils juridiques à faire valoir tous les arguments disponibles, que ceux-ci aient ou non déjà été acceptés ou rejetés précédemment par un tribunal (A/CN.9/930/Rev.1, par. 44). Et le fait que de nombreux points de droit ne soient pas réglés oblige les parties à investir des ressources importantes pour mettre au point leur position juridique en examinant de nombreuses sentences arbitrales antérieures[65].

85. Les parties pourront aussi être tentées de présenter toutes les demandes possibles au tribunal car i) les décisions sont rendues par le tribunal nommé pour le litige en question ; et ii) même si les tribunaux ont précédemment rendu des décisions allant dans le même sens, il se peut que le tribunal saisi du litige tranche autrement. De plus, le fait que la sentence finale ne puisse pas faire l'objet d'un appel incite les parties à soulever tous les arguments de fait et de droit. Ainsi, la CNUCED note que les gros cabinets d'avocats, qui jouent un rôle prépondérant dans le domaine du RDIE,

[64] Si l'on exclut les montants de l'affaire *Yukos*, le montant moyen réclamé passe à 1,1 milliard de dollars.

[65] CNUCED, *supra*, note 1.

ont tendance à mobiliser pour chaque affaire une équipe d'avocats qui emploient des techniques contentieuses onéreuses, y compris effectuent des recherches poussées sur chaque candidat arbitre et de vastes recherches d'éléments de preuve et développent de longs arguments sur les moindres détails de l'affaire[66].

86. Les demandes introduites par des sociétés écran, d'autres pratiques abusives et les demandes excessives ou dénuées de fondement, de même que les tactiques dilatoires employées par les parties (y compris la saisie de plusieurs instances débouchant sur des procédures concurrentes) sont d'autres facteurs susceptibles d'augmenter les coûts et la durée des procédures de RDIE. Le fait que le montant moyen réclamé par les demandeurs victorieux s'élève à 794 millions de dollars, contre 1 539 millions pour les demandeurs déboutés, indique que les demandes indues entraînent le coût des procédures de RDIE à la hausse. Dans ce contexte, les mécanismes existants qui visent à rejeter au plus tôt les demandes abusives et à réagir aux autres pratiques abusives ne sont peut-être pas satisfaisantes ou efficaces.

Composition du tribunal et conduite de la procédure

87. La troisième catégorie d'explications a trait à la composition du tribunal arbitral et à la conduite de la procédure.

88. Des retards dans la nomination ou la constitution du tribunal auront probablement des répercussions sur la durée de la procédure de RDIE[67]. On notera que les exigences en matière de divulgation peuvent aussi parfois entraîner des retards. Le Groupe de travail a aussi noté que les parties consacraient des montants importants à la nomination des membres du tribunal.

89. Le fait qu'un petit nombre d'arbitres soient fréquemment nommés dans plusieurs affaires peut aussi expliquer en partie les retards. L'incapacité des arbitres à se consacrer pleinement à une affaire en particulier (en raison de multiples nominations ou d'autres missions à titre de conseil ou d'expert) peut constituer une explication supplémentaire.

90. Comme l'a noté le Groupe de travail, la manière dont les procédures sont conduites constitue un facteur important qui contribue à la durée générale et au coût des procédures. Le mode de fonctionnement de certains tribunaux, parfois synonyme de longues délibérations et d'opinions dissidentes, peut allonger le laps de temps nécessaire pour rendre une sentence. La gestion inefficace des affaires, une mauvaise organisation et des audiences prolongées peuvent toutes contribuer à une augmentation de la durée et des coûts. Un recours insuffisant à des outils de procédure tels que calendriers et délais, ainsi que la mauvaise connaissance des technologies modernes peuvent aussi entraîner des retards et des coûts inutiles.

91. Le fait que les arbitres semblent hésiter à agir dans certaines situations, par crainte d'être récusés ou de voir la sentence annulée, peut aussi être à l'origine d'une gestion inefficace des affaires par le tribunal. Ainsi, les décisions prises en ce qui concerne l'octroi de multiples prorogations, la présentation tardive de nouveaux éléments de preuve ou le report d'audiences à la dernière minute sont parfois le reflet d'une prise en compte exagérée des considérations de régularité de la procédure ou d'une approche par trop prudente.

Raisons systémiques

92. À la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été souligné que l'augmentation des coûts était peut-être liée à des problèmes d'ordre systémique et à la structure du régime de RDIE, ou alors à l'absence de système. Il a été ajouté que ces problèmes étaient responsables du manque de cohérence et de prévisibilité

---

[66] Ibid.

[67] À cet égard, il faudrait examiner le rôle des autorités de nomination et de désignation, traité plus en détail dans le document A/CN.9/WG.III/WP.152. On notera aussi que les parties jugent généralement cette étape trop brève.

des résultats, élément important pour les États défendeurs en particulier (A/CN.9/930/Rev.1, par. 46).

2. Objectifs d'une réforme

93. Lorsqu'un différend survient entre un investisseur et un État, l'objectif des parties est de régler leur différend de manière équitable et efficace. Compte tenu des informations présentées ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être convenir des objectifs d'une réforme dans le domaine du RDIE axée principalement sur les coûts et la durée, y compris en s'interrogeant sur la manière de répondre aux préoccupations qui ont été recensées. On pourrait par exemple envisager un mécanisme permettant aux parties de régler leurs différends de manière raisonnable, équitable et efficace. L'accent pourrait être mis sur la nécessité, pour le tribunal, de rendre une sentence « régulière », ainsi que sur la qualité de la sentence ou des résultats et, en fin de compte, le caractère exécutoire de la sentence (A/CN.9/930/Rev.1, par. 59 et 71). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi confirmer qu'il faudrait accorder suffisamment de temps tant aux investisseurs demandeurs qu'aux États défendeurs pour préparer la procédure, ainsi qu'au tribunal arbitral pour examiner l'affaire en détail et rendre une sentence.

94. À la réunion du Groupe de travail, il a été souligné que l'on pourrait établir une distinction entre, d'une part, une durée et des coûts dits « excessifs » ou « injustifiés » et, d'autre part, une durée et des coûts jugés « nécessaires » ou « justifiés ». On a toutefois aussi dit que même une durée et des coûts justifiés pouvaient faire peser une lourde charge sur les pays en développement et les petites et moyennes entreprises.

95. À la trente-quatrième session, il a été dit que les surcoûts pouvaient résulter en partie de pratiques abusives, de l'existence de procédures parallèles, de l'absence de règles de procédure claires et de l'absence de mécanisme efficace permettant de rejeter très rapidement les demandes abusives (A/CN.9/930/Rev.1, par. 46). Pour ce qui est de la durée, il a été dit que la nomination des membres du tribunal, la recherche ou la production de pièces et le prononcé des sentences arbitrales étaient les étapes qui prenaient le plus de temps et étaient responsables de la longueur des procédures de RDIE (A/CN.9/930/Rev.1, par. 65).

96. Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être aussi se rappeler qu'il a été dit, à sa trente-quatrième session, qu'il fallait examiner la question de la durée et des coûts de manière globale. Les différents éléments s'articulaient de différentes manières, si bien qu'une fois que les divers points à aborder auraient été recensés, il serait nécessaire de les examiner de manière systémique (A/CN.9/930/Rev.1, par. 59). Dans ce contexte, le Groupe de travail pourra examiner la question de savoir si les éventuelles réformes devraient être abordées à l'échelle multilatérale.

F. Efforts visant à réduire les coûts et la durée : bien-fondé d'une réforme

Avis préliminaires exprimés par les États

97. Sans préjuger de ses travaux futurs dans ce domaine, le Groupe de travail a indiqué par le passé quelques solutions possibles pour répondre aux préoccupations concernant la durée et le coût des procédures. On a aussi appelé l'attention sur la nécessité d'examiner ces questions dans le contexte plus général des innovations apportées dans les traités d'investissement et les règlements d'arbitrage. Dans ce contexte, les paragraphes qui suivent donnent un aperçu des mesures qui pourraient être prises pour améliorer l'efficacité en termes de coûts et de durée des procédures de RDIE.

98. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les efforts fournis à ce jour, qui peuvent témoigner de l'opportunité ou de la nécessité des réformes, n'ont pas toujours spécifiquement visé le RDIE et ont pu tenter, plus généralement, de remédier aux insuffisances de l'arbitrage international. De plus, si le Groupe de travail a souligné

la nécessité de faire la distinction entre la durée et les coûts justifiés et injustifiés, les efforts fournis n'ont pas tenu compte de cette distinction.

99. Jusqu'à présent, les efforts fournis pour accroître l'efficacité de la procédure ont été le fait des États, à travers leurs traités d'investissement, des institutions d'arbitrage, à travers la révision de leurs règlements [68] ou d'autres documents d'orientation, et des tribunaux qui ont exercé leur liberté d'appréciation dans la gestion des affaires. De son côté, la CNUDCI a révisé son Règlement d'arbitrage en 2010 pour accroître l'efficacité de l'arbitrage, et en 2013 pour y incorporer le Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

100. À la trente-quatrième session, il a été dit que les parties au litige pouvaient aussi influencer la durée globale d'une procédure de RDIE (A/CN.9/930/Rev.1, par. 49). Il a été mentionné qu'elles pouvaient choisir d'autres formes de règlement des litiges que l'arbitrage (négociation, consultations, efforts diplomatiques ou médiation). Par ailleurs, les parties au litige pouvaient contrôler tant la durée que le coût de la procédure, à la fois par le biais d'une gestion des affaires efficace[69] et par les décisions qu'elles prenaient, y compris pour ce qui était de choisir des conseils et des experts, de choisir les arbitres et l'institution d'arbitrage qui traiteraient l'affaire, de convenir d'un calendrier procédural, de décider ou non d'une bifurcation de la procédure et de demander un rejet rapide de la demande, lorsque cela était possible (A/CN.9/930/Rev.1, par. 51).

Mesures pouvant remédier aux préoccupations relatives à la durée et aux coûts

101. On trouvera ci-après une liste non exhaustive des mesures qui pourraient être prises pour remédier aux préoccupations exprimées au sujet de la durée et des coûts, et pour améliorer l'efficacité du RDIE, liste qui pourra être examinée par le Groupe de travail. Ce dernier voudra peut-être, en particulier, tenir compte des efforts de réforme engagés par le CIRDI pour répondre à ces préoccupations (marqués par un *)[70] :

1) Remédier à la charge excessive imposée aux parties dans le cadre d'une procédure de RDIE

- Promotion de politiques de prévention des différends
- Autres modes de règlement des différends que l'arbitrage, comme la médiation* ou l'ombudsman
- Développement de procédures accélérées et/ou simplifiées pour les demandes portant sur de faibles montants
- Recours au financement par des tiers pour les demandeurs et exploration de cette voie pour les États
- Mise en place de centres consultatifs, à l'image du Centre consultatif sur la législation de l'OMC, ou de fonds pour aider les parties (en particulier les pays en développement et les PME), à l'image du Fonds d'affectation spéciale établi aux fins de la CIJ

---

[68] Ainsi, le Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) a élaboré un règlement séparé portant sur la conduite de l'arbitrage d'investissement international. Voir SIAC, « SIAC Announces Official Release of the SIAC Investment Arbitration Rules » (30 décembre 2016) à l'adresse http://www.siac.org.sg/69-siac-news/505-siac-announces-official-release-of-the-siac-investment-arbitration-rules. Le texte du Règlement d'arbitrage d'investissement de 2017 peut être consulté à l'adresse http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules.

[69] Voir par exemple, CCI, Effective Management of Arbitration – A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives, disponible à l'adresse http://iccwbo.org/publication/effective-management-of-arbitration-a-guide-for-in-house-counsel-and-other-party-representatives/.

[70] CIRDI, *supra*, note 11.

2) *Fixer des calendriers plus stricts pour raccourcir la durée des procédures*

- Introduction de délais précis et mise en œuvre de calendriers plus stricts pour les parties et pour le tribunal, de manière à rationaliser la procédure*
- Amélioration de la constitution du tribunal (en priant, par exemple, le demandeur de nommer son arbitre dans sa notification de demande initiale)
- Délai de 20 jours pour le dépôt d'une demande de récusation*
- Délais pour les moyens préliminaires/exceptions d'incompétence et décision rapide par les tribunaux
- Non-prise en compte des mesures prises par une partie après l'expiration d'un délai, à moins qu'elle ne puisse invoquer des circonstances exceptionnelles justifiant le retard. Une demande de prorogation de délai doit être motivée et sera uniquement accordée si elle est présentée avant l'expiration du délai*
- Déploiement par les tribunaux de tous les efforts possibles pour tenir les délais pour les ordonnances, les décisions et la sentence, avec une nouvelle obligation consistant à informer les parties d'un éventuel retard et de la date à laquelle le tribunal prévoit que l'ordonnance, la décision ou la sentence sera rendue*[71]
- Discussion par le tribunal, avec les parties, de la question de la production de documents pendant la première session et énumération des considérations pertinentes pour le règlement de tout différend découlant de la demande de production de documents*
- Prononcé de la sentence dans les 60 jours à compter des dernières écritures relatives à une objection pour défaut manifeste de fondement juridique, dans les 180 jours à compter des dernières écritures concernant une objection préliminaire et dans les 240 jours à compter des dernières écritures pour toutes les autres questions*

3) *Mesures de gestion des coûts*

- Établissement d'un budget au début de l'affaire
- Introduction de barèmes de frais, y compris pour les arbitres[72]
- Plafonnement du coût global
- Fourniture aux parties d'informations améliorées et en temps réel sur l'état d'avancement d'une affaire, y compris le budget

4) *Amélioration de la gestion de la procédure*

- Consultations entre le tribunal et les parties concernant l'organisation de la procédure, y compris tenue précoce de conférences de gestion d'instance
- Utilisation de calendriers procéduraux
- Demande de communication d'exposés ou de mémoires détaillés
- Recours à la bifurcation avec indication des règles pertinentes

---

[71] CIRDI, rapport annuel 2017, p. 38. Selon l'étude 2015 sur l'arbitrage international établie par la Queen Mary University of London et le cabinet White & Case, l'innovation procédurale tendant à réduire la durée et le coût de l'arbitrage qui a été reçue de la manière la plus positive par les participants consistait à exiger des tribunaux qu'ils établissent un calendrier pour les délibérations et le prononcé de la sentence finale, le notifient aux parties et s'engagent à le respecter. Les personnes interrogées dans le cadre de l'étude ont dit qu'elles ne recevaient souvent aucune information quant à la date à laquelle la sentence serait rendue et qu'elles apprécieraient d'être mieux informées.

[72] Voir informations pertinentes à l'adresse http://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx.

- Recours aux technologies modernes (par exemple, présentations multimédia et transcriptions électroniques pendant les audiences, visioconférence, stockage de documents dans le nuage, analyse de données et examen de documents avec assistance technologique)[73]
- Tenue par le tribunal de consultations juste avant les audiences et de délibérations en personne juste après[74]
- Formation des arbitres à la gestion d'instances[75]

5) *Demandes abusives ou dénuées de fondement*

- Mise à disposition d'un mécanisme efficace de rejet rapide[76]

6) *Règles relatives à la répartition des coûts*

- Définition de règles claires et immuables relatives à la répartition des coûts, les tribunaux rendant des décisions intérimaires relatives aux coûts de manière à sensibiliser les parties à la question* et étant davantage disposés à appliquer une répartition proportionnelle
- Dans la répartition des coûts, le tribunal examine certains facteurs spécifiques, comme l'issue de la procédure, la conduite des parties, la complexité des questions et le caractère raisonnable ou non des frais réclamés*, ainsi que le recours au financement par des tiers

7) *Règles relatives à la garantie du paiement des frais*

- Règles claires relatives à la garantie du paiement des frais[77] avec éventuelle suspension de la procédure en cas de non-respect*

8) *Rationalisation des procédures de recours après la sentence*

- Rationalisation de la procédure pour l'interprétation, la révision et l'annulation de la sentence, et fixation de calendriers stricts pour la procédure applicable à une

---

[73] Voir étude 2018 sur l'arbitrage international de la Queen Mary University of London et du cabinet White & Case : l'évolution de l'arbitrage international, p. 31 à 33.

[74] CIRDI, *supra*, note 71.

[75] Ainsi, la CCI et d'autres institutions d'arbitrage forment les arbitres à la gestion d'instances.

[76] Ainsi, l'article 41-5 du Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit un mécanisme permettant de traiter, pendant les étapes préliminaires de l'arbitrage, les demandes manifestement dénuées de fondement juridique. Plus de 20 demandes de rejet de ce type ont été introduites, et l'on est arrivé à la conclusion que lorsqu'une telle demande aboutissait, on économisait du temps et de l'argent. Par contre, dans le cas contraire, des délais et des coûts supplémentaires étaient encourus (A/CN.9/930/Rev.1, par. 58). Plusieurs institutions d'arbitrage ont adopté des dispositions relatives au « rejet rapide » dans leurs règlements les plus récents. En août 2016, le Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) a introduit l'article 26 dans son règlement d'arbitrage, qui prévoit le rejet rapide des demandes et des moyens de défense manifestement dénués de fondement juridique ou qui sortent manifestement du champ de compétence du tribunal. En janvier 2017, la Chambre de commerce de Stockholm a introduit à l'article 39 une procédure simplifiée qu'un tribunal peut adopter (sur demande d'une partie) en relation avec des allégations de fait ou de droit qui sont manifestement irrecevables ou se prêtent, pour toute autre raison, à être tranchées par voie de procédure simplifiée. En octobre 2017, la CCI a publié des orientations visant à préciser la portée du rejet immédiat de demandes ou de moyens de défense manifestement dénués de fondement juridique conformément à l'article 22 du Règlement d'arbitrage de 2017. Certains traités d'investissement prévoient également une procédure similaire.

[77] Voir par exemple l'article 22-1 du projet d'accord de libre-échange Viet Nam-Union européenne (janvier 2016), qui prévoit que le tribunal peut ordonner au demandeur de constituer une garantie pour tout ou partie des frais s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il risque de ne pas être en mesure d'honorer une éventuelle décision sur les frais rendue à son encontre. L'article 22-2 énonce spécifiquement les conséquences du non-respect d'une telle ordonnance, avec la possibilité que le tribunal ordonne la suspension ou la fin de la procédure. Voir, plus généralement, Christine Sim, Security for Costs in Investor-State Arbitration, Arbitration International, Vol. 33, Issue 1, p. 427 à 495, à l'adresse http://doi.org/10.1093/arbint/aix014.

décision supplémentaire ou une rectification, ou à une demande en interprétation, révision ou annulation*

9) Autres

- Autorisation des demandes reconventionnelles par les États défendeurs[78]
- Mesures pour faire face aux demandes abusives et aux procédures multiples ou concurrentes[79]
- Dispositions sur la jonction d'instances[80]

---

[78] Il arrive fréquemment, dans le RDIE, que l'État défendeur inclue, dans sa défense face à une demande découlant d'un traité, une ou plusieurs critiques visant la conduite sous-jacente de l'investisseur. Pourtant, si ce genre d'arguments sont souvent présents dans la défense des États, ils sont rarement présentés comme des demandes reconventionnelles visant à obtenir une réparation positive. Cela peut s'expliquer par la préférence instinctive des États à présenter toute demande reconventionnelle devant leurs propres tribunaux, mais aussi par les limites perçues de la compétence des tribunaux internationaux à entendre les demandes reconventionnelles des États. Les traités d'investissement récents contiennent des dispositions relatives aux demandes reconventionnelles. Certaines règles en matière d'arbitrage, comme l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI relatif aux demandes accessoires, prévoient également cette possibilité. Si le fait d'autoriser les États défendeurs à introduire une demande reconventionnelle peut permettre, à terme, le règlement plus rapide de tous les litiges concernés, le fait que le tribunal doive examiner ces demandes peut aussi entraîner une augmentation des coûts et de la durée de la procédure. Voir Jean E. Kalicki, Counterclaims by States in Investment Arbitration, disponible à l'adresse http://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/. Voir aussi deux décisions récentes du CIRDI concernant la question de la compétence pour connaître de demandes reconventionnelles présentées par des États : *Spyridon Roussalis* c. *Roumanie*, affaire CIRDI nº ARB/06/1 (disponible à l'adresse http://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/1) et *Antoine Goetz et consorts* c. *République du Burundi*, affaire CIRDI nº ARB/01/2 (disponible à l'adresse http://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/2).

[79] Les dispositions conventionnelles interdisant les abus de procédure pourraient donner aux tribunaux arbitraux les moyens de rejeter les demandes abusives et encourager ainsi les investisseurs à s'entendre sur un for unique pour le règlement de leurs demandes. Voir Hanno Wehland, « The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes », *ICSID Review* Vol. 31, Issue 3 (octobre 2016).

[80] Dans les traités d'investissement, on trouve également de plus en plus souvent des dispositions relatives à la jonction (voir A/CN.9/881, par. 32 à 34). Selon les indications fournies aux tribunaux arbitraux dans certains traités d'investissement, le tribunal doit, lorsqu'il examine s'il convient ou non de joindre des procédures, juger dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des demandes. La jonction peut également s'effectuer en vertu d'un règlement d'arbitrage institutionnel applicable. Par contre, il n'est généralement pas possible de joindre des procédures ouvertes en vertu de règlements différents et/ou administrées par des institutions d'arbitrage différentes.