

ARBITRAGE

670

Demandes manifestement excessives et demandeur impécunieux à l'arbitrage : quels remèdes ?

POINTS-CLÉS → Il est fréquent de croiser, notamment dans le secteur minier, des sociétés ne disposant pas des capacités techniques et financières pour conduire un projet minier selon les standards internationaux, qui initient des procédures d'arbitrage abusives contre les États d'accueil, en se faisant financer par des tiers, et qui sollicitent des dommages-intérêts exorbitants → Afin d'éviter que le défendeur ne soit lésé dans ce processus, il peut solliciter en début de procédure la fixation de provisions distinctes et l'octroi d'une garantie sur les frais et coûts de l'arbitrage

Introduction. - L'arbitrage est un mode de règlement des différends par lequel la mission de trancher le litige est confiée par les parties à une ou plusieurs personnes dites « arbitres » (Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage* : LGDJ, 1987 : « L'arbitrage est « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. » - R. David, *L'arbitrage dans le commerce international* : Economica, 1982, p. 9 : « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'État »).

Contrairement à la justice étatique caractérisée par la gratuité, l'arbitrage a un coût : outre les honoraires des conseils, les parties doivent payer ceux des arbitres et les frais du centre qui administre l'arbitrage, lorsqu'elles optent pour un arbitrage institutionnel. Certains considèrent même que le recours à l'arbitrage est une renonciation à la gratuité de la justice (F.-X. Train, *Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage internatio-*



Thierry Lauriol, avocat au barreau de Paris, associé du cabinet Jeantet, Département « Arbitrage, Énergie et Mines », docteur d'État en droit, enseignant à l'université Paris II Panthéon-Assas

Joséphine Hage Chahine, avocate aux barreaux de Paris et de Beyrouth, collaboratrice cabinet Jeantet, Département « Arbitrage, Énergie et Mines », docteur en droit, enseignante à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et à l'EFB

nal. À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli : *Rev. arb.* 2012, p. 267).

À titre d'illustration, une récente étude approfondie sur le coût de l'arbitrage indique que chaque partie à une procédure d'arbitrage d'investissement dépense environ 1,4 million de dollars par an pour les avocats et que les frais d'avocats engagés par

l'ensemble des parties sur toute la durée de la procédure sont en moyenne de 10,7 millions de dollars US (Susan D. Franck, *Arbitration Costs : Myths And Realities In Investment Treaty Arbitration* : Oxford University Press 2019, p. 203, 210).

Même si les arbitres peuvent à la fin de la procédure faire supporter l'intégralité des coûts de l'arbitrage à la partie qui succombe, au début de toute procédure arbitrale, les coûts de l'arbitrage doivent être financés par toutes les parties impliquées en constituant des provisions, dont le défaut de paiement entraîne le retrait des demandes.

Dans le secteur minier, et singulièrement en Afrique, des entreprises souvent impécunieuses, mécontentes de se voir retirer leur permis d'exploration/d'exploitation par l'État d'accueil, initient des procédures arbitrales contre l'État, en invoquant une perte alléguée de profits futurs qui auraient dû être générés par un projet minier n'ayant jamais vu le jour. Ces entreprises vont même jusqu'à réclamer des dommages-intérêts exorbitants lorsqu'on les compare au produit intérieur brut de l'État d'accueil. Pire encore, ces sociétés, alors qu'elles n'ont pas les capacités financières et techniques de conduire elles-

mêmes un projet minier, sont créées dans un but spéculatif, engagent quelques travaux et gonflent artificiellement leurs résultats.

Afin d'initier une procédure arbitrale contre l'État d'accueil, ces entreprises ont recours à un tiers financeur. Pour rappel, le tiers financement est un procédé par lequel un tiers, non partie à l'arbitrage, et en contrepartie d'un pourcentage qu'il percevra sur les dommages-intérêts alloués par la sentence arbitrale, prend en charge une partie ou la totalité des coûts de la procédure (*H. Gharravi, Le financement par un tiers dans l'arbitrage d'investissement in Annet van Hooft and Jean-François Tossens (eds), b-Arbitra | Belgian Review of Arbitration, Kluwer 2017, Vol. 2017-1, p. 67*).

Grâce au tiers financement, l'impécuniosité du demandeur n'est plus un obstacle à la soumission d'une demande d'arbitrage : la fourniture des fonds par le tiers financeur lui permet d'accéder à la justice, lequel espère réaliser un investissement lucratif.

1. Les provisions pour frais et coûts d'arbitrage

La règle et l'injustice que les provisions peuvent engendrer. - La plupart des règlements d'arbitrage prévoient que les provisions sont calculées proportionnellement au montant des demandes formulées par les parties et sont dues à parts égales par le demandeur et le défendeur. Il s'agit d'une provision « globale », calculée sur l'ensemble des demandes (principales et reconventionnelles).

Dans un schéma qui consiste à financer les demandes exorbitantes d'un demandeur impécunieux par un tiers, ce dernier ne court aucun risque. En effet, financé par un tiers financeur pour les besoins de ces procédures d'arbitrage, lequel paye la quote-part de la demanderesse, il est aussi indirectement financé par le défendeur (l'État d'accueil), lequel se trouve contraint de verser la seconde quote-part, alors qu'il ne soumet aucune demande reconventionnelle (et se contente de contrer les allégations adverses), ou du moins de très faible montant.

De ce fait, le défendeur subit deux injustices :

- payer à concurrence de moitié la provision pour frais d'arbitrage, laquelle est le plus souvent calculée sur la seule base des demandes excessives formulées par le demandeur ;

- courir le risque de ne pas pouvoir récupérer ces sommes à l'encontre de la demanderesse impécunieuse ayant succombé à l'arbitrage, celle-ci disparaissant (à la suite d'une liquidation) car n'exerçant aucune autre activité et ne disposant d'aucun actif.

Le défendeur attrait abusivement à l'arbitrage peut soit accepter de payer une provision exorbitante ou refuser de payer de telles sommes au risque de contrevenir au principe du respect de la parole donnée. En acceptant la clause d'arbitrage, le défendeur a accepté le règlement du centre d'arbitrage, lequel prévoit que la provision doit être payée à parts égales.

La recherche d'un palliatif : la fixation de provisions distinctes. - Pour se prémunir du risque de devoir payer à concurrence de moitié la provision pour frais d'arbitrage, une troisième voie est possible : celle de solliciter la fixation de deux provisions distinctes, calculées sur la base des demandes respectives de chacune des parties. Concrètement, une première provision sera calculée sur la base du montant des demandes formulées par la demanderesse et une seconde provision sera calculée sur la base du montant des demandes formulées par la défenderesse.

La plupart des règlements d'arbitrage (notamment les règlements suivants : CCI, CCJA, CIRDI, DIAC, ICDR, SCC, SCCA, SIAC, KKIAC), prévoient la possibilité de solliciter la fixation de provisions distinctes, lorsque certaines conditions sont remplies, à savoir :

- une disproportion entre les demandes principales et les demandes reconventionnelles ;
- des demandes reconventionnelles dissociables des demandes principales, de sorte que si une partie non diligente ne paye pas la provision distincte, sa demande sera retirée, mais le tribunal arbitral serait alors en mesure de trancher exclusivement les demandes de la partie diligente.

Cette deuxième condition a été posée après la jurisprudence dite *Pirelli* (*Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-27.770 : JurisData n° 2013-005254 ; JCP G 2013, 559, note J. Béguin et H. Wang ; Rev. arb. 2013, p. 746 (1^{re} esp.), note*

F.-X. Train). Dans cette affaire, le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI avait considéré les demandes reconventionnelles du défendeur comme retirées pour absence de paiement de la quote-part de provision y afférente. Si la cour d'appel de Paris (*CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2011, n° 09/24158, 10/19144, 10/18561 : Rev. arb. 2012, p. 267*) a annulé la sentence arbitrale pour « atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties » sur le fondement des articles 1520, 4° et 5° du Code de procédure civile, la Cour de cassation a censuré cette décision en considérant que l'annulation de la sentence (pour atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties) n'est encourue qu'à condition de caractériser l'indissociabilité des demandes principales et reconventionnelles, ces dernières participant alors de l'exercice des droits de la défense (une demande reconventionnelle pouvant servir par exemple à éteindre une dette par compensation). Il ressort d'une analyse *a contrario* de cette décision (*laquelle fut confirmée par CA Paris, pôle 1, ch. 1, 26 févr. 2013, n° 12/12953, SARL Lola Fleurs c/ Sté Monceau Fleurs et a.*) que si les demandes sont indissociables, le retrait d'une demande pour défaut de paiement porterait atteinte aux droits de la défense.

Conseil du praticien

→ Il suffit aux conseils d'un défendeur attrait abusivement à une procédure arbitrale par des sociétés impécunieuses spéculatrices, de solliciter auprès du centre qui administre la procédure arbitrale, la fixation de provisions distinctes en établissant que les conditions précitées se trouvent réunies ; le centre conservant naturellement toute discrétion pour décider de la fixation ou non de provisions distinctes.

2. La possibilité de solliciter l'octroi d'une garantie sur les coûts

Concernant le risque de ne pas pouvoir récupérer les coûts de l'arbitrage à l'encontre de la demanderesse impécunieuse ayant succombé à l'arbitrage, une solution existe également.

Les tribunaux arbitraux disposent du pouvoir d'ordonner des mesures de garantie pour frais d'arbitrage, également appelées

cautio judicatum solvi ou *security for costs*, et ce, même lorsque le règlement d'arbitrage ne le prévoit pas expressément (J. D. M. Lew, Loukas A. Mistelis et Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, § 23-53).

Les conditions à réunir. - Les deux critères principaux qui doivent être réunis afin qu'une telle mesure soit octroyée sont l'urgence et le risque de préjudice irréparable pour la partie la sollicitant, en l'occurrence le défendeur attrait abusivement à une procédure d'arbitrage par un demandeur impécunieux (Redfern et O'Leary, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, p. 410).

S'agissant de l'urgence, celle-ci se trouve caractérisée du simple fait que la question ne peut être laissée en suspens jusqu'au règlement définitif du litige, car il sera alors trop tard. Autrement dit, une garantie pour les frais doit être fournie avant qu'une sentence ne soit rendue.

S'agissant du risque de préjudice irréparable pour la partie qui sollicite la mesure de garantie, celui-ci consiste en une impossibilité de pouvoir obtenir le remboursement de ses frais d'arbitrage. L'existence d'un tel risque peut être établie par référence à la situation financière du demandeur ; en démontrant qu'il n'est qu'une société fictive sans actifs propres ; qu'il est soumis à une procédure d'insolvabilité ou qu'il a pris des mesures pour dissimuler son patrimoine (Redfern et O'Leary, *Why it is time for international arbitration to embrace security for costs*, p. 411).

La présomption en faveur du défendeur en présence d'un tiers financeur - Lorsque le demandeur recourt à un tiers financeur, cela constitue un indice de son impécuniosité et donc du risque pour le défendeur de ne pas pouvoir récupérer ses frais d'arbitrage.

La pratique se montre favorable à l'octroi d'une garantie sur les coûts en présence d'un tiers financeur, ce, afin d'éviter l'asymétrie sinon l'iniquité permettant à ce dernier de récolter les bénéfices d'une sentence favorable sans que lui-même ou la partie demanderesse ne supporte le risque d'une perte. Selon Philippe Pinsolle, en l'absence d'une telle garantie, la demande-

Bibliographie

- CCI Frais et honoraires de l'arbitrage 1998, A contribution by the ITA Board of Reporters : *Kluwer Law International 1998*.
- X. Favre-Bulle, Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie. Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais? : *Bull. ASA 2001*, p. 227.
- C. Dupeyron, F. Poloni, Procédure de liquidation d'une partie, arbitrage et droit d'accès à la justice : l'impossible équation? : *Bull. ASA 2012*, p. 467.
- W. Kirtley and K. Wietrzykowski, Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding? : *Journal of International Arbitration*, 2013, Vol. 30 Issue 1, p 17.
- F.-X. Train, Le contrôle a posteriori et in concreto des conséquences de l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage : *Rev. arb.* 2013, p. 751.
- M. Boucaron-Nardetto, Retour sur les critères de contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : *Rev. arb.* 2016, p. 853.
- J.-P. Moyano Garcia, Impecuniosity and the Courts. Approach to the Validity of the Arbitration Agreement', in Maxi Scherer (ed) : *Journal of International Arbitration*, 2017, Volume 34 Issue 4 p. 631.
- S. Anukaran, Security for Costs in International Commercial Arbitration : Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third-Party Funding in Stavros Brekoulakis (ed), *Arbitration : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2018, Volume 84 Issue 1, p. 77.
- J. Fellas, Chapter 7: Third-Party Funding: The Award of Costs and Security for Costs in Sherlin Tung, Fabricio Fortese, et al. (eds), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*, Kluwer Law International 2019, p. 107.
- S. Bachmann, "The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests in International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and how third-party funding should be considered under the Swiss lex arbitri", in Matthias Scherer (ed) : *ASA Bulletin*, 2020, Volume 38 Issue 4, p. 842.
- M. Carvalho Engholm Cardoso, "Impecunious parties in international commercial arbitration", in William W. Park (ed) : *Arbitration International, Oxford University Press 2020*, Volume 36 Issue 1) p. 123.
- S. Nataf, L'obligation de contribuer au paiement de la provision pour frais de l'arbitrage et l'accès à la justice (arbitrale ou étatique), note sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 juin 2020 : *Rev. arb.* 2020, p. 1108.
- "How To... apply for security for costs", *The Resolver : Kluwer Law International 2021*, Volume 2021 Issue 3, p. 22.

resse pourra, en cas d'insuccès, s'abriter le moment venu derrière son impécuniosité pour refuser de payer les frais, alors qu'elle aura pu faire prospérer sa réclamation grâce aux fonds du tiers. La partie demanderesse bénéficierait ainsi des meilleurs des deux mondes, ce qui ne semble pas une solution souhaitable (Ph. Pinsolle, *Third Party Funding and Security for Costs*, 2 : *Cahiers de l'Arbitrage* 399 (2013), § 40).

Par ailleurs, l'octroi d'une garantie ne causerait pas un préjudice significatif pour la demanderesse soutenue par un tiers financeur, lequel serait en mesure de financer ce type de garantie, aux lieu et place de la demanderesse.

Ainsi le défendeur dans une hypothèse de financement d'une procédure arbitrale par un tiers bénéficiera d'un avantage probatoire : l'apparence d'impécuniosité et l'existence d'un recours à un tiers financeur créent une présomption en faveur de l'octroi

de mesures de garantie qu'il appartient à la demanderesse de renverser, notamment en produisant le contrat de financement et tout autre élément permettant d'apprécier leur solvabilité.

Conseil du praticien

→ Le défendeur pourra aisément soumettre une demande d'octroi de garantie sur les coûts au tout début de la procédure arbitrale : sa charge de la preuve est très allégée, puisque le caractère urgent de sa demande est sous-entendu et l'impécuniosité de la partie adverse est présumée du fait qu'elle a eu recours à un tiers financeur.

L'arbitrage ne doit pas devenir pour certains opérateurs un coup de poker à jouer contre les États d'accueil. Dès lors et pour maintenir à l'arbitrage ses lettres de noblesse, ces facultés de solliciter la fixation de provisions distinctes et une garantie sur les coûts gagneraient à être mieux exploitées. ■