

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

Dans la procédure d'arbitrage entre

HOPE SERVICES LLC

Demanderesse

et

RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN

Défenderesse

Affaire CIRDI ARB/20/2

ORDONNANCE DE PROCÉDURE NO. 4

**DÉCISION SUR LA DEMANDE DE *SECURITY FOR COSTS* DE
LA DÉFENDERESSE**

Membres du Tribunal

Mme le Professeur Maxi Scherer
M. le Professeur Nassib G. Ziadé
M. le Professeur Pierre Mayer

Secrétaire du Tribunal

M. Benjamin Garel

Date d'envoi aux Parties : 12 mai 2021

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

REPRÉSENTATION DES PARTIES

Représentant la Demanderesse :

Me Alexandra Munoz
Me Saadia Bhatti
Me Naël Hamza
Gide Loyrette Nouel
15, rue de Laborde
75008 Paris
France

Représentant la Défenderesse :

Mme Nadia Darwazeh
Me Sophie Grémaud
Me Sarah Lucas
Me Antoine Lerosier
Mme Dilara Khamitova
Clyde & Co
134, boulevard Haussmann
75008 Paris
France

et

M. Roger Bafakan
Conseiller Technique No. 3
Ministère de l'Économie, de la Planification et
de l'Aménagement du Territoire
B.P. 660
Yaoundé
République du Cameroun

et

M. Mougna Sidi
Directeur des Affaires Juridiques et des
Engagements Internationaux de l'État
Ministère des Relations Extérieures
Yaoundé
République du Cameroun

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE PROCÉDURAL

1. Cette décision concerne la demande de garantie de paiement des frais (*security for costs*) de la Défenderesse du 12 mars 2021¹. Le résumé qui suit ne se veut pas exhaustif et porte uniquement sur les éléments de procédure pertinents relatifs à la demande de *security for costs*.
2. Le 19 décembre 2019, Hope Services LLC (« **Hope** » ou la « **Demanderesse** ») a soumis une Requête d'arbitrage au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« **CIRDI** » ou le « **Centre** ») contre la République du Cameroun (le « **Cameroun** » ou la « **Défenderesse** »), conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « **Convention CIRDI** »). Cette requête était accompagnée des pièces factuelles C-1 à C-194, des pièces juridiques CL-1 à CL-15, d'un rapport d'expertise de Juliette Fortin et des pièces FTI-1 à FTI-29.
3. Le 13 janvier 2020, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Requête d'arbitrage.
4. Le 25 juin 2020, le Secrétaire général du CIRDI a, conformément à l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage CIRDI, notifié aux Parties que le Professeur Maxi Scherer, le Professeur Pierre Mayer et le Professeur Nassib G. Ziadé avaient accepté leur nomination et que le Tribunal était donc réputé constitué à cette date. M. Benjamin Garel, Conseiller juridique au CIRDI, a été désigné Secrétaire du Tribunal.
5. Le 12 mars 2021, la Défenderesse a déposé sa Demande de *Security for Costs*, accompagnée des pièces juridiques RL-111 à RL-118 (la « **Demande** »). La Défenderesse y proposait également un calendrier pour les écritures des Parties relatives à sa Demande.

¹ Le terme anglais « *security for costs* », utilisé par les Parties dans leurs écritures, sera utilisé dans la décision.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

6. Le 16 mars 2021, le Tribunal a invité la Demanderesse à soumettre ses commentaires sur le calendrier proposé par la Défenderesse en relation avec sa Demande.
7. Le 18 mars 2021, la Demanderesse a fait part de ses observations concernant le calendrier proposé par la Défenderesse.
8. Le 19 mars 2021, la Défenderesse a présenté ses observations sur la communication de la Demanderesse du 18 mars 2021.
9. Le 23 mars 2021, le Tribunal a établi un calendrier pour la soumission par les Parties de leurs écritures relatives à la Demande de la Défenderesse.
10. Le 9 avril 2021, la Demanderesse a déposé sa Réponse à la Demande de *Security for Costs*, accompagnée des pièces factuelles C-206 à C-209 et des pièces juridiques CL-183 à CL-202 (la « **Réponse** »).
11. Le 16 avril 2021, la Défenderesse a déposé sa Réplique sur la Demande de *Security for Costs*, accompagnée des pièces juridiques RL-119 à RL-125 (la « **Réplique** »).
12. Le 23 avril 2021, la Demanderesse a déposé sa Duplique à la Demande de *Security for Costs*, accompagnée des pièces factuelles C-210 et C-211 et des pièces juridiques CL-203 à CL-207 (la « **Duplique** »).

II. POSITIONS DES PARTIES

13. L'objet de cette section est d'offrir un résumé de la position de chacune des Parties et non de fournir un compte-rendu exhaustif de tous les arguments soulevés par celles-ci. Le Tribunal a examiné l'ensemble des soumissions déposées par les Parties et renvoie à celles-ci.

A. POSITION DE LA DÉFENDERESSE

14. La Défenderesse demande la mise en place d'une *security for costs* d'un montant de 1.500.000 euros, sous la forme d'un séquestre, d'une garantie bancaire irrévocable et inconditionnelle, d'une assurance *after event* ou sous toute autre forme que le Tribunal jugera plus appropriée. La Défenderesse soutient être exposée à un risque réel et concret de ne jamais pouvoir récupérer les frais engagés dans la présente instance².
15. La Défenderesse rappelle que le Tribunal a le pouvoir, aux termes de l'article 47 de la Convention CIRDI et de l'article 39(1) du Règlement d'arbitrage, d'ordonner toute mesure provisoire permettant la sauvegarde des droits d'une partie – même conditionnels ou hypothétiques, telle qu'une *security for costs*³.
16. Selon la Défenderesse, l'article 39(1) du Règlement d'arbitrage prévoit qu'une demande de mesure provisoire doit spécifier (i) les droits devant être préservés, (ii) les mesures sollicitées et (iii) les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires. La Défenderesse poursuit en expliquant que ces trois exigences sont satisfaites dans la mesure où (i) elle invoque le droit d'obtenir le remboursement des frais d'arbitrage et de conseil engagés dans la présente instance, (ii) elle sollicite la mise en place d'un séquestre ou d'une garantie bancaire irrévocable, et (iii) elle démontre l'existence de circonstances rendant l'octroi des mesures demandées nécessaire⁴.
17. À cet égard, la Défenderesse explique que cinq circonstances existent dans la présente instance qui justifient l'octroi d'une *security for costs*⁵ :

² Demande, paras. 1-2 ; Réplique para. 62.

³ Demande, para. 6, Réplique, paras. 8-20.

⁴ Demande, paras. 7-14.

⁵ Demande, paras. 15-16 ; Réplique, paras. 21-25.

- (i) Exclusion expresse par le tiers financeur de la prise en charge des frais d'arbitrage et de défense de la République⁶ ;
 - (ii) Doutes réels et sérieux quant à la solvabilité de la Demanderesse⁷ ;
 - (iii) Abus de droit et comportement illégal de la Demanderesse⁸ ;
 - (iv) Forte probabilité d'une décision sur les coûts en faveur de la République⁹ ; et
 - (v) La Demande de la République est nécessaire et proportionnée¹⁰.
18. La Défenderesse soutient également que sa demande de *security for costs* est urgente¹¹, nécessaire¹² et proportionnelle¹³, et que ces critères ne sont pas appréciés par les tribunaux de manière stricte et cumulative mais au contraire de manière holistique, avec une certaine flexibilité¹⁴. La Défenderesse ajoute que l'absence de préjugement n'est pas une condition de l'octroi d'une mesure provisoire, et que de par la nature et la fonction des mesures provisoires, leur octroi n'emporte pas préjugement du fond du litige¹⁵.

B. POSITION DE LA DEMANDERESSE

19. La Demanderesse explique de manière liminaire que (i) la demande de *security for costs* de la Défenderesse ignore le caractère exceptionnel d'une telle mesure¹⁶; (ii) la

⁶ Demande, para. 17 ; Réplique, paras. 26-29.

⁷ Demande, paras. 18-19 ; Réplique, paras. 26-29.

⁸ Demande, paras. 20-21 ; Réplique, paras. 30-26.

⁹ Demande, para. 22 ; Réplique, para. 37.

¹⁰ Demande, para. 23.

¹¹ Réplique, paras. 45-53.

¹² Réplique, paras. 54-56.

¹³ Réplique, paras. 57-61.

¹⁴ Réplique, paras. 39-40, 42.

¹⁵ Réplique, para. 41.

¹⁶ Réponse, paras. 3-5 ; 21-22 ; Duplique, paras. 3-12.

Défenderesse tente de faire préjuger l'affaire par le Tribunal¹⁷ ; et (iii) la demande de *security for costs* est particulièrement déraisonnable et résulterait en un déni de justice pour la Demanderesse¹⁸.

20. La Demanderesse soutient ensuite que le Tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner une *security for costs*¹⁹. Selon elle, l'article 47 de la Convention CIRDI et l'article 39(1) du Règlement d'arbitrage ne prévoient pas l'octroi de *security for costs*²⁰ et ne permettent au Tribunal que de recommander des mesures provisoires pour assurer la conservation ou la protection des droits des Parties, ce qui suppose que le droit en question doit exister au moment où la demande est formulée²¹. La Demanderesse s'appuie sur la jurisprudence de tribunaux CIRDI qui ont rejeté des demandes de *security for costs* au motif que le droit qu'elles visent à protéger – le droit à recouvrer les frais engagés – est un droit encore hypothétique jusqu'au rendu de la sentence²². La Demanderesse ajoute que « *le renvoi par la Convention CIRDI au droit interne s'agissant du régime applicable à l'exécution des sentences arbitrales démontre également la volonté des rédacteurs de la Convention d'exclure l'octroi d'une security for costs du pouvoir d'un tribunal constitué sous l'égide des règles CIRDI*²³ ».
21. La Demanderesse poursuit en rappelant les conditions – cumulatives, selon elle – d'octroi d'une *security for costs*²⁴, et en soutenant que la demande de la Défenderesse ne satisfait pas ces conditions. Selon elle,

¹⁷ Réponse, paras. 6-7.

¹⁸ Réponse, para. 8.

¹⁹ Réponse, paras. 11-19 ; Duplique, paras. 16-42.

²⁰ Réponse, paras. 11-13 ; Duplique, paras. 20-27.

²¹ Réponse, para. 14 ; Duplique, paras. 28-38.

²² Réponse, paras. 14-19 ; Duplique, paras. 99-113.

²³ Réplique, paras. 39-40.

²⁴ Réponse, paras. 23-24.

- (i) La Défenderesse ne démontre par l'existence d'une urgence²⁵ ;
- (ii) La Défenderesse ne démontre pas la nécessité d'une *security for costs*²⁶ ; selon la Demanderesse :
 - a. Son impécuniosité et le recours à un tiers financeur ne suffisent pas à justifier l'octroi d'une *security for costs*²⁷ ;
 - b. Les éléments supplémentaires liés à son comportement, dont la gravité est alléguée par la Défenderesse, ne sont pas établis et sont en tout état de cause dépourvus de pertinence²⁸ ;
 - c. Le financement des politiques publiques d'un État ne saurait justifier la nécessité d'une *security for costs*²⁹ ;
- (iii) L'imposition d'une *security for costs* créerait une entrave disproportionnée à l'accès de la Demanderesse à la justice³⁰ ; selon la Demanderesse :
 - a. La mesure de *security for costs* doit être proportionnelle, c'est-à-dire que le risque qu'elle est supposée prévenir (la non-exécution par la Demanderesse d'une obligation de rembourser les frais de la Défenderesse) doit largement surpasser l'inconvénient qu'une telle mesure ferait peser sur la partie à qui elle est imposée (l'inaccessibilité de la Demanderesse à la justice arbitrale)³¹ ;

²⁵ Réponse, paras. 26-36.

²⁶ Réponse, paras. 37-41 ; Duplique, paras. 50-89.

²⁷ Réponse, paras. 42-59 ; Duplique, paras. 52-61.

²⁸ Réponse, paras. 60-72 ; Duplique, paras. 62-85.

²⁹ Réponse, paras. 73-76.

³⁰ Réponse, paras. 77-78 ; Duplique, paras. 90-98.

³¹ Réponse, paras. 79-84.

- b. La mesure sollicitée par la Défenderesse présente un caractère disproportionné et injuste³² ; et
- (iv) La demande de *security for costs* formulée par la Défenderesse requiert du Tribunal qu'il préjuge l'affaire³³.
22. La Demanderesse explique par ailleurs que la « *forte probabilité d'une décision sur les coûts en faveur de la République* » alléguée par la Défenderesse ne justifie pas la nécessité d'une *security for costs*³⁴.
23. La Demanderesse demande donc au Tribunal de rejeter la demande de *security for costs* et réserve ses droits concernant les frais engagés en relation avec cette demande³⁵.

III. ANALYSE DU TRIBUNAL

A. DISPOSITIONS APPLICABLES

24. Article 47 de la Convention CIRDI :

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.

25. Article 39(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI :

Une partie peut à tout moment, au cours de la procédure, requérir que des mesures provisoires pour la conservation de ses droits soient recommandées par le Tribunal. La requête spécifie les droits devant être préservés, les mesures dont la recommandation est sollicitée et les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires.

³² Réponse, paras. 85-89.

³³ Réponse, paras. 90-98 ; Duplique, paras. 114-119.

³⁴ Réplique, paras. 86-88.

³⁵ Réponse, paras. 99-100 ; Duplique, paras. 120-123.

B. POUVOIR DU TRIBUNAL D'ORDONNER UNE *SECURITY FOR COSTS*

26. La Demanderesse conteste le pouvoir du Tribunal d'ordonner une *security for costs* pour trois motifs : (1) un tel pouvoir n'est pas expressément prévu par l'article 47 de la Convention et par l'article 39 du Règlement d'arbitrage ; (2) les mesures conservatoires ou provisoires prévues par ces articles n'ont pour but que de préserver un *statu quo* et requièrent donc que le droit à protéger existe ; (3) le renvoi au droit interne opéré par la Convention CIRDI en ce qui concerne les questions relatives à l'exécution des sentence exclut l'octroi d'une *security for costs*.

Le pouvoir d'ordonner une security for costs aux termes de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI

27. Le Tribunal estime que le fait que l'article 47 de la Convention et l'article 39 du Règlement d'arbitrage ne mentionnent pas spécifiquement la possibilité d'ordonner une *security for costs* ne signifie pas que le Tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner une telle mesure.

28. Tout d'abord, il convient de rappeler que les tribunaux arbitraux siégeant dans des instances régies par la Convention et le Règlement ont le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires. Le texte des articles 47 et 39 est sans ambiguïté, la jurisprudence est tout aussi claire et la Demanderesse ne conteste d'ailleurs pas ce pouvoir. Le Tribunal adopte à cet égard l'approche des nombreux tribunaux qui le précèdent et considère que si les dispositions précitées utilisent le terme « recommande », la recommandation doit être comprise comme ayant un effet contraignant³⁶.

³⁶ Voir e.g., *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. Nigeria* (ICSID Case No. ARB/13/20), Procedural Order No. 6, Decision on the Respondent's Application for Provisional Measures, 1 February 2017 (« *Interocean* »), para. 25 ; *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan* (ICSID Case No. ARB/18/35), Decision on the Respondent's Request for Security for Costs and the Claimant's Request for Security for Claim, 27 January 2020 (« *Unionmatex* »), paras. 47-48 ; *Eugene Kazmin v. Latvia* (ICSID Case No. ARB/17/5), Procedural Order No. 6, Decision on the Respondent's Application for Security for Costs, 13 April 2020 (« *Kazmin* »), para. 27 ; *Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC v. Timor-Leste* (ICSID Case No. ARB/15/2), Procedural Order No. 2, 13 February 2016 (« *Lighthouse* »), para 53 ; *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production*

29. En second lieu, le Tribunal considère que la formulation des articles 47 et 39 englobe un large éventail de mesures que les tribunaux peuvent ordonner. En effet, ces articles n'énumèrent pas de mesures en particulier et n'en excluent aucune (telles que les *security for costs*) de leur champ d'application.
30. Le Tribunal adopte à cet égard l'approche suivie par de nombreux tribunaux qui ont eu à se prononcer sur des demandes de *security for costs*.
31. Ainsi, le tribunal dans l'affaire *RSM c/ Sainte-Lucie* a considéré que :

The fact that ordering security for costs is not expressly provided for in those provisions does not exclude the Tribunal's jurisdiction to issue such measure. Rather, such provisions are phrased broadly and encompass "any provisional measures" the Tribunal, after carefully balancing the Parties' interests deems appropriate "to preserve the respective right of either party" under the given circumstances³⁷.

32. Le tribunal dans l'affaire *Eskosol c/ Italie* a décidé que :

As a threshold matter, nothing in the Convention or the Rules, addressing an ICSID tribunal's authority to recommend provisional measures, suggests that this authority is limited only to certain types of measures, or alternatively stated, excludes certain types of measures. Requests for measures regarding security for costs are therefore not ipso facto beyond the scope of a tribunal's powers³⁸.

33. Le Tribunal dans l'affaire *Pey Casado* a estimé que si:

Corporation v. Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6), Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010 (« *Grynberg* »), para. 5.16.

³⁷ *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* (ICSID Case No. ARB/12/10), Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, 13 August 2014 (« *RSM* »), para. 54.

³⁸ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ABR/15/50), Procedural Order No. 3 Decision on Respondent's Request for Provisional Measures, 12 April 2017 (« *Eskosol* »), para. 31.

*l'absence de tout texte sur la garantie du paiement des dépens, sans être décisive à elle seule, semble entraîner une certaine présomption que la mesure n'est pas prévue ou autorisée*³⁹ [...]

*compte tenu des observations générales qui précèdent sur les mesures conservatoires (cf. I, n° 15) et de l'absence de réponse indiscutable résultant des textes, il n'y a pas lieu d'exclure la faculté pour un Tribunal Arbitral du CIRDI de recommander dans des circonstances particulières, le dépôt d'une garantie propre à protéger la Partie défenderesse contre le non-paiement d'éventuels dépens en cas d'insolvabilité de la Partie demanderesse*⁴⁰.

34. Enfin, pour le Tribunal dans l'affaire *Interocean c/ Nigéria* :

*[...] it has been accepted by a number of tribunals that an order to post security for costs falls within the provisional measures within a tribunal's competence, even though the measure is not expressly mentioned in the ICSID Convention and Rules. The Tribunal agrees with that approach. The fact that security for costs is not mentioned in Article 47 of the ICSID Convention or in ICSID Arbitration Rule 39 cannot exclude a tribunal's power or jurisdiction in that regard. These provisions do not list any specific type of provisional measure, but refer broadly to "any provisional measures." If tribunals could only order measures that are specifically listed in these provisions, they could not order any provisional measures*⁴¹.

Les mesures prévues par les articles 47 et 39 doivent viser la préservation ou la conservation des droits des parties

35. Il résulte de l'article 47 de la Convention et de l'article 39 du Règlement d'arbitrage que les mesures ordonnées doivent viser la préservation ou la conservation des droits des parties⁴². Le champ et la portée de ces mesures soulèvent néanmoins d'importantes

³⁹ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/98/2), Decision on Provisional Measures, 25 September 2001, para. 86.

⁴⁰ *Id.*, para. 88.

⁴¹ *Interocean*, para. 25.

⁴² Duplique, paras. 28-32.

questions qu'il convient d'adresser afin de déterminer si le Tribunal a le pouvoir d'ordonner une mesure de *security for costs*.

36. En premier lieu, les droits devant être protégés ou conservés par les mesures provisoires sont-ils limités à des droits d'ordre substantiel, c'est-à-dire présentant un lien avec l'objet du différend, ou peuvent-ils également être des droits purement procéduraux ?
37. Le Tribunal a pris note de la position du tribunal dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne*, selon laquelle :

*Any preliminary measure to be ordered by an ICSID arbitral tribunal must relate to the subject matter of the case before the tribunal and not to separate, unrelated issues or extraneous matters*⁴³.

38. Cette position semble cependant isolée et le Tribunal ne peut l'adopter. Il est en effet accepté par de nombreux tribunaux que les droits procéduraux peuvent faire l'objet de mesures conservatoires, telles que par exemple des mesures destinées à préserver l'existence ou l'intégrité de preuves⁴⁴.
39. Le Tribunal souligne, en particulier, et fait sienne la position du tribunal dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie* :

The rights to be preserved [under Article 47 and Rule 39] must relate to the requesting party's ability to have its claims considered and decided by the Arbitral Tribunal and for any arbitral decision

⁴³ *Emilio Augustin Maffezini v. Royaume d'Espagne* (ICSID Case No. ARB/97/7), Procedural Order No. 2, 28 October 1999 («*Maffezini*»), paras. 22-25.

⁴⁴ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Order of the Tribunal on the Claimant's Request for Urgent Provisional Measures, 6 September 2005 («*Plama*»), para. 40 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 1, 31 March 2006, para. 71 ; *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (PetroEcuador)* (ICSID Case No. ARB/08/05), Procedural Order No. 1 on Burlington Oriente's Request for Provisional Measures, 29 June 2009 («*Burlington*»), para. 60.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

*which grants to the Claimant the relief it seeks to be effective and able to be carried out*⁴⁵.

40. En effet, l'efficacité des décisions arbitrales nécessite de garantir non seulement les droits substantiels, mais également les droits procéduraux. Le Tribunal considère donc que ces derniers peuvent faire l'objet de mesures conservatoires ou provisoires.
41. En second lieu, les droits devant être protégés par une mesure conservatoire doivent-ils nécessairement exister et être établis au moment où la demande de mesure conservatoire est formulée, ou les mesures peuvent-elles au contraire porter sur des droits dits « hypothétiques » ?
42. Le Tribunal note à nouveau que le tribunal dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne* a indiqué que des droits hypothétiques ne peuvent faire l'objet de mesures conservatoires⁴⁶.
43. Le Tribunal ne peut adopter cette position. Le Tribunal estime que les droits faisant l'objet d'une demande de mesures conservatoires au titre des articles 47 et 39 doivent exister en principe, mais leur existence n'a pas besoin d'être prouvée ou établie au moment où la demande est formulée. L'une des caractéristiques des mesures provisoires et conservatoires est que les droits dont une partie demande la préservation ne sont ni existants ni établis à ce stade de l'instance.
44. Le Tribunal estime néanmoins que la partie qui demande qu'une mesure conservatoire soit prononcée doit être capable de montrer que les droits dont elle demande la protection pourraient exister. Comme le tribunal dans l'affaire *Interocean c/ Nigéria* l'a indiqué :

*The question of whether provisional measures can only relate to existing rights or also to conditional or future rights has also been addressed in previous decisions. For reasons specific to this case and discussed below, the Tribunal does not need to address extensively the question here. It is sufficient to mention that **an order***

⁴⁵ *Plama*, para. 40.

⁴⁶ *Maffezini*, paras. 16-21.

for provisional measures requires that, at the very least, the right to be preserved is able to materialize at some point⁴⁷. (caractères gras ajoutés)

45. Dans cette affaire, la demande de *security for costs* de la défenderesse avait été rejetée par le tribunal parce que ses conseils la représentaient *pro bono*. Le Tribunal avait conclu :

Given that the Respondent is represented and advised in this proceeding at no costs, then the Respondent – on the basis of the facts and evidence currently before the Tribunal – cannot claim, at this stage of the proceeding, to have costs to recover. As a consequence, the Respondent cannot claim to have a right to recover costs that would need to be preserved by the ordering of a provisional measure.

*In reaching this conclusion, the Tribunal considered it necessary to draw a distinction between a right that may already exist at the time the measure is sought and a right that cannot exist at the time the measure is sought. **This is because provisional measures require that the relevant right be capable of being preserved, and as a matter of logic one can only preserve what already exists, will exist or has at least a chance or possibility to exist.** In the present circumstances, the *pro bono* arrangement in place between the Respondent and its counsel makes it impossible, at the time the provisional measure is sought, for a right to recover costs to arise, since there are no costs for the Respondent⁴⁸. (caractères gras ajoutés)*

46. Le Tribunal adhère à ce raisonnement : une mesure provisoire doit être justifiée par l'existence – actuelle ou dépendante d'une future décision du Tribunal – de droits devant être préservés.

⁴⁷ *Interocean*, para. 29.

⁴⁸ *Id.*, 7, paras. 37-38.

47. Le droit devant être préservé par une *security for costs*, c'est-à-dire le droit à recouvrer les frais engagés au cours d'une instance, satisfait-il cette exigence ? Le Tribunal, comme d'autres tribunaux avant lui, répond par l'affirmative.
48. Le tribunal dans l'affaire *Interocean* précitée l'a indiqué, certes *a contrario*, de manière claire : la défenderesse ne justifiait pas d'un droit à préserver pour appuyer sa demande de *security for costs* car il était certain qu'elle n'avait pas engagé de frais au cours de l'instance. Le Tribunal avait ajouté :

*The Tribunal's determination is based on the facts and evidence presented to it and could perhaps have been different if the pro bono arrangement described to the Tribunal provided that the Respondent would pay its counsel costs and expenses in case a costs order is ordered in its favour*⁴⁹.

[...]

*Should a change in the fee arrangement in place between the Respondent and its counsel be implemented and evidenced, the Tribunal cannot exclude the existence of a right to be preserved. This is a matter to be addressed if and when the situation changes*⁵⁰.

49. Le tribunal dans l'affaire *RSM c/ Sainte-Lucie* l'a affirmé de manière positive et tout aussi claire :

*[...] the (conditional) right to reimbursement of legal costs qualifies as a right to be protected within the meaning of Article 47 ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 39(1)*⁵¹.

50. Certains tribunaux, tels que ceux siégeant dans les affaires *Lao Holdings c/ Laos* ou *Eskosol c/ Italie* ont considéré qu'une mesure de *security for costs* a pour objet la préservation du droit à obtenir un remboursement concret et effectif (« *right to effective relief* ») ou, en

⁴⁹ *Interocean*, para. 39.

⁵⁰ *Id.*, para. 41.

⁵¹ *RSM*, paras. 72-73.

d'autres termes, du droit à ce que des actifs soient disponibles pour assurer l'exécution de toute sentence ordonnant le remboursement des frais⁵². Or, pour ces tribunaux, les questions de l'exécution effective des décisions et sentences des tribunaux CIRDI et des risques pesant sur une partie victorieuse de ne pas pouvoir obtenir le paiement des sommes qui lui ont été allouées (y compris le remboursement de ses frais juridiques et d'arbitrage) ne sont ni envisagées ni régies par la Convention ou le Règlement. Ces derniers renvoient aux droits nationaux des pays membres du CIRDI dans lesquels l'exécution est mise en œuvre⁵³.

51. Ces tribunaux ont dès lors relevé – sans la résoudre – l'importante question de savoir, dès lors, s'il existait un droit pour une partie à un arbitrage CIRDI d'obtenir une assurance ou une garantie qu'elle pourra obtenir le paiement des obligations pécuniaires qui pourraient lui être accordées par le tribunal⁵⁴.
52. Le Tribunal considère que la raison d'être des mesures conservatoires ou provisoires revient non seulement à préserver l'existence théorique d'un droit – procédural ou substantiel – mais également à garantir que ce droit pourra être exercé ou mis en œuvre de manière effective. Sans mise en œuvre effective du droit en question, sa préservation deviendrait vaine.
53. Par exemple, une mesure provisoire destinée à préserver l'existence ou l'intégrité d'éléments de preuve a pour but de garantir que le droit de soumettre des preuves devant le tribunal soit exercé de manière effective. Si la preuve en question venait à être détruite, le droit de présenter des preuves serait dépourvu d'efficacité.

⁵² *Eskosol*, paras. 33-34 ; *Lao Holdings N.V. and Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/16/2), Procedural Order No. 6, Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 26 July 2018 (« *Lao Holdings* »), paras. 33-34.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, paras. 35-36.

54. Une mesure de *security for costs* a, elle, pour but de garantir que le droit (conditionnel et procédural) pour une partie de demander le remboursement de ses frais juridiques et d'arbitrage par l'autre partie puisse être mis en œuvre de manière effective, c'est-à-dire que en fin de compte, cette partie puisse obtenir paiement des sommes allouées.
55. Le Tribunal considère donc qu'il a le pouvoir d'ordonner une mesure de *security for costs* pour autant que certaines conditions soient remplies (cf. section C. ci-dessous).
56. Le Tribunal note que sa position est conforme à la jurisprudence majoritaire sur cette question. Seul un tribunal, dans l'affaire *Maffezini c/ Espagne*, en a décidé autrement. Certaines opinions contraires ou douteuses ont également été exprimées au fil des affaires, mais sous forme d'*obiter dicta* (dans les affaires *Lao Holdings c/ Laos* et *Eskosol c/ Italie* ou d'opinions dissidentes (comme dans l'affaire *RSM c/ Sainte-Lucie*).
57. De nombreuses autres décisions sur la question ont admis, de manière expresse ou implicite, le pouvoir des tribunaux d'ordonner des mesures de *security for costs*⁵⁵. Pour ne citer que le Comité *ad hoc* dans l'affaire *RSM c/ Sainte-Lucie* qui a estimé :

*the Committee is not convinced that ordering a provisional measure that required RSM to post security for costs constituted a manifest excess of power. Article 47 imposes no limitation on the nature of the rights to be preserved and thus does not exclude rights that may be contingent. Thus, the fact that costs have yet to be ordered does not preclude an order for security of those costs*⁵⁶.

58. Le Tribunal, à l'instar de ces décisions, doit donc maintenant se pencher sur les conditions qui doivent être remplies pour justifier l'octroi d'une mesure de *security for costs*.

⁵⁵ *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, 23 June 2008 («*Libananco*»), para. 57; *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/3), Decision on Provisional Measures, 5 November 2008 («*Anderson*»), para. 17; *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A. v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/11/18), Procedural Order No. 2, 3 May 2012 («*Burimi*»), para. 42; *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, (PCA Case No. 2013-15), Procedural Order No. 10, 11 January 2016 («*SASL*»), para. 52; *Kazmin*, para. 27.

⁵⁶ *RSM*, para. 179.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

C. LES CONDITIONS D'OCTROI D'UNE MESURE DE *SECURITY FOR COSTS*.

59. Aux termes des articles 47 de la Convention et 39 du Règlement, une demande de mesure conservatoire doit indiquer « *les droits devant être préservés, les mesures dont la recommandation est sollicitée et les circonstances qui rendent ces mesures nécessaires* ».
60. Les deux premières conditions ne posent pas de problème particulier (au-delà des questions qui ont été discutées dans la section précédente) et le Tribunal se concentrera donc sur les circonstances qui rendent les mesures nécessaires.
61. Si les articles 47 et 39 ne contiennent aucune indication quant à ces circonstances, la jurisprudence des tribunaux CIRDI a établi au fil des affaires un ensemble de conditions et circonstances qui doivent être établies pour justifier l'octroi de la mesure demandée. Ainsi, la partie demandant la mesure doit établir que : (1) la mesure est nécessaire pour prévenir un dommage irréparable ; (2) la mesure est requise de manière urgente ; et (3) la mesure sollicitée revêt un caractère proportionné⁵⁷.
62. Les tribunaux évaluent le caractère approprié d'une mesure provisoire en mettant en balance les intérêts des deux parties : si le préjudice qui menace la partie demandant la mesure surpasse le coût ou l'inconvénient pour la partie affectée par la mesure, celle-ci peut être considérée comme nécessaire et proportionnée⁵⁸.
63. Les mesures conservatoires sont des mesures « extraordinaires » qui ne peuvent être ordonnées que dans ces circonstances limitées et exceptionnelles⁵⁹. Il convient donc de

⁵⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), Decision on Provisional Measures, 17 August 2007 (« **Occidental** »), para. 59 ; *Perenco Ecuador Ltd v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6), Decision on Provisional Measures, 8 May 2009, para. 43 ; *Burlington*, para. 51 ; *Burimi*, para. 34.

⁵⁸ *City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/21), Decision on Provisional Measures, 19 November 2007, para. 72. Voir également *Burlington*, para. 82 ; *Occidental*, para. 93 ; *Burimi*, para. 35.

⁵⁹ *Maffezini*, para. 10. Voir également *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7), Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, para. 175 ; *Burimi*, para. 34 ; *EuroGas Inc. & Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/14/14), Procedural Order No. 3, 23 June 2015 (« **EuroGas** »), para. 121 ; *Interocean*, para. 26 ; *Libananco*, para. 57.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

déterminer si ces circonstances limitées et exceptionnelles existent dans la présente instance.

Nécessité

64. Le Tribunal estime que les difficultés financières de la Demanderesse et l'intervention d'un tiers financeur, qu'elles soient prises individuellement ou collectivement, ne constituent pas nécessairement des circonstances justifiant l'octroi de la mesure provisoire sollicitée.
65. L'impécuniosité d'un demandeur n'est pas, en elle-même, suffisante pour justifier l'octroi d'une mesure de *security for costs*⁶⁰.
66. Le Tribunal adhère à la position adoptée par le tribunal arbitral dans l'affaire *EuroGas*, qui a estimé que l'existence de difficultés financières pesant sur le demandeur et la présence d'un tiers financeur dans la procédure ne constituaient pas nécessairement, en soi, des circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi d'une mesure de *security for costs* :

*[...] financial difficulties and third party-funding – which has become a common practice – do not necessarily constitute per se exceptional circumstances justifying that the Respondent be granted an order of security for costs*⁶¹.

67. Le Tribunal rejoint également les conclusions du tribunal arbitral dans l'affaire *Orlandini c/ Bolivie* qui a considéré que la présence d'un tiers financeur dans la procédure et l'existence de difficultés financières, en tant qu'éléments qui viendraient justifier l'octroi d'une mesure de *security for costs*, devaient être analysés à la lumière de tous les éléments découlant du contexte du litige :

*The Tribunal observes that other factors, such as third-party funding or a claimant's serious and proven financial difficulties, may also play a role in the assessment of whether security for costs should be ordered. **However, those factors should be assessed in***

⁶⁰ *SASL*, para. 63 ; *Lighthouse*, paras. 60-61 ; *Interocean*, para. 46. Voir également *Grynberg*, para. 5.19.

⁶¹ *EuroGas*, para. 123.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

the context of all other relevant circumstances and would typically not, in and of themselves, constitute a sufficient basis for such an order⁶². (caractères gras ajoutés)

68. Le Tribunal n'est pas non plus convaincu par les autres éléments avancés par la Défenderesse au soutien de sa demande de *security for costs*.
69. D'une part, l'exclusion de la prise en charge des frais de la partie adverse dans le contrat de financement conclu entre la Demanderesse et son tiers financeur est une pratique courante qui ne peut justifier l'octroi d'une mesure de *security for costs*. Si tel était le cas, chaque contrat de financement contenant une telle clause aboutirait à l'octroi d'une telle mesure.
70. Le Tribunal a noté qu'une telle exclusion avait justifié l'octroi d'une mesure de *security for costs* dans l'affaire *Unionmatex c/ Turkmenistan*⁶³. Le Tribunal a cependant également noté que cette décision n'avait pas été rendue à l'unanimité et, surtout, que le tribunal l'avait révoquée au motif que la mesure de *security for costs* octroyée affectait le droit d'accès à la justice du demandeur.
71. D'autre part, l'abus de droit et le comportement illégal que la Défenderesse reproche à la Demanderesse ne sont pas établis à ce stade de l'instance. Le Tribunal reconnaît, comme nombre de tribunaux qui l'ont précédé, la nécessité de prendre en compte certains comportements d'une partie tels que le refus habituel de se conformer à une décision de remboursement des frais juridiques de la partie adverse dans des instances précédentes⁶⁴,

⁶² 1. *The Estate of Julio Miguel Orlandini-Agreda*, 2. *Compañía Minera Orlandini Ltda. v. The Plurinational State of Bolivia* (PCA Case No. 2018-39), Decision on the Respondent's Application for Termination, Trifurcation and Security for Costs, 9 July 2019 («*Orlandini*»), para. 144.

⁶³ *Unionmatex*, paras. 57-60.

⁶⁴ *RSM*, paras. 82, 86.

- le comportement inapproprié dans l'instance en cours⁶⁵, ou encore les transferts ou la dissimulation d'actifs⁶⁶.
72. Dans la présente instance, la Défenderesse allègue que la Demanderesse a versé de faux documents dans la procédure⁶⁷, et qu'elle a une tendance certaine à dissimuler des fonds⁶⁸.
73. Ces comportements n'ont cependant pas été prouvés par la Défenderesse et seront débattus, parmi d'autres sujets, lors de l'audience sur la compétence.
74. Les tribunaux qui ont eu à se prononcer sur une demande de mesures provisoires ou de *security for costs* ont insisté sur l'importance de ne pas préjuger les questions litigieuses entre les parties en se prononçant sur les mesures sollicitées⁶⁹.
75. Le Tribunal partage cette prudence et ne peut, à ce stade, se prononcer en faveur de la Défenderesse sans avoir à préjuger les arguments qu'elle invoque au soutien de sa demande de *security for costs*.
76. En effet, s'agissant de l'utilisation alléguée de faux documents, les deux Parties ont déposé leurs écritures, ainsi qu'un rapport d'expert présenté par la Défenderesse, sur cette question. Elles seront entendues, ainsi que l'expert concerné, le cas échéant, lors de l'audience. La question n'est donc pas en état, à ce stade de l'instance, d'être décidée par le Tribunal.
77. Par ailleurs, s'agissant de la tendance alléguée qu'aurait M. Foumbi à dissimuler ses actifs, celui-ci a déposé une déclaration de témoin, et la Défenderesse et le Tribunal ont la

⁶⁵ *Orlandini*, para. 143 ; *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/17), Annulment Proceedings, Decision On El Salvador's Application for Security for Costs, para. 53.

⁶⁶ *Id.* ; *Lighthouse*, paras. 60-61 ; *BSG Resources Limited (in administration), BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/14/22), Procedural Order No. 3, para. 78.

⁶⁷ Demande, para. 20.

⁶⁸ Réplique, para. 35.

⁶⁹ *Maffezini*, paras. 20-21; *Anderson*, para. 25 ; *Kazmin*, para. 62.

possibilité de l'appeler à comparaître à l'audience. De nouveau, le Tribunal ne peut, sans préjuger cette question, décider au stade de la demande de *security for costs* que cette tendance à dissimuler des fonds serait établie.

78. Le Tribunal n'est, à cet égard, pas convaincu par l'argument de la Défenderesse selon lequel il suffit, pour que la mesure demandée soit justifiée, que les preuves des circonstances invoquées (à savoir, le comportement illégal et abusif) rendent le risque pesant sur le droit devant être protégé plus probable qu'improbable (ou, en d'autres termes, que ces circonstances soient simplement établies *prima facie*)⁷⁰. Le Tribunal estime que le standard de preuve requis de la part de la Défenderesse quant au comportement prétendument illégal et abusif de la Demanderesse est plus élevé que le standard de preuve *prima facie*, et que la Défenderesse ne l'a, en l'espèce, pas satisfait.
79. Le Tribunal n'a par ailleurs pas connaissance d'autres circonstances qui laisseraient penser que la Demanderesse a eu un comportement inapproprié dans le cadre de la présente instance. Celle-ci n'a en effet pas manqué à ses obligations pécuniaires dans la présente instance ou dans d'autres instances. Au contraire, la Demanderesse a versé sa part de l'avance sur les frais initiaux dans les délais impartis, contrairement à la Défenderesse qui a mis plus de sept mois à s'acquitter de sa part.

Urgence

80. Le Tribunal n'est pas convaincu que le critère de l'urgence soit primordial dans le contexte d'une demande de *security for costs*. Il est suffisant que la garantie demandée ne puisse attendre la décision du Tribunal sur l'allocation des frais.
81. Le Tribunal ne considère pas non plus que la demande de *security for costs* de la Défenderesse doit être rejetée pour le seul motif qu'elle a été formulée trop tard.

⁷⁰ Réplique, paras. 30-36.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

82. En revanche, le Tribunal se doit d'indiquer qu'il a en effet été surpris pas le délai avec lequel la Défenderesse a soumis sa demande. La Défenderesse connaissait depuis septembre 2020 l'existence d'un accord de financement par un tiers et de la clause excluant la prise en charge des frais de la partie adverse.
83. La Défenderesse a pourtant attendu jusqu'au mois de mars 2021 pour déposer sa demande, ce qui, malgré de courts délais établis pour la soumission des écritures des Parties, a abouti à une décision devant être prononcée moins d'un mois avant la date prévue du début de l'audience sur la compétence.
84. À ce stade de l'instance, et même si le Tribunal devait ordonner la mesure de *security for costs*, la grande majorité des frais relatifs à la phase actuelle de l'instance (sur la compétence) a donc déjà été encourue par les Parties. Le Tribunal estime devoir prendre en compte cet élément dans sa décision rejetant la demande de la Défenderesse.
85. Si le Tribunal devait se déclarer compétent pour examiner le fond du différend, la Défenderesse pourrait, si elle le souhaitait, formuler une nouvelle demande de *security for costs* qui serait examinée en son temps.

Proportionnalité

86. Le Tribunal considère, comme d'autres tribunaux avant lui, que l'exigence de proportionnalité est un élément essentiel de l'examen d'une demande de *security for costs*, tout particulièrement si la mesure demandée devait affecter la capacité d'une partie à faire valoir ses droits, en demande ou en défense, dans une instance⁷¹.
87. Le Tribunal doit donc mettre en balance le préjudice causé à la partie sollicitant la demande de *security for costs* si celle-ci devait être rejetée, et celui causé à l'autre partie si la mesure

⁷¹ *Eskosol*, paras. 36, 38. Voir également *Kazmin*, para. 61 ; *Unionmatex*, para. 64.

Ordonnance de procédure no. 4
Décision sur la Demande de *security for costs* de la Défenderesse

devait être accordée. Le Tribunal considère que la balance penche en l'espèce en faveur de la Demanderesse.

88. Dans ce contexte, certaines décisions, notamment dans les affaires *Unionmatex c/ Turkmenistan* et *Orlandini c/ Colombie*, ont relevé comme particulièrement pertinent l'argument (si celui-ci – sans préjuger du fond du différend – n'est pas totalement infondé ou arbitraire) selon lequel l'impécuniosité de la Demanderesse a pu être causée par la Défenderesse⁷². Le Tribunal partage cette approche mais n'a cependant pas besoin de se prononcer sur ce point dans la mesure où d'autres critères suffisent à le convaincre de rejeter la demande de *security for costs*.

IV. DÉCISION

89. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Tribunal rejette la demande de *security for costs* de la Défenderesse.
90. Le Tribunal réserve la question des coûts relatifs à cette demande et cette décision à une phase ultérieure de l'instance.

Pour le Tribunal

[SIGNATURE]

Professeur Maxi Scherer
Présidente

Date : 12 mai 2021

⁷² *Unionmatex*, para. 78 (position minoritaire); *Orlandini*, para. 145.