



# Assemblée générale

Distr. limitée  
24 janvier 2019  
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-septième session  
New York, 1<sup>er</sup>-5 avril 2019

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

### Financement par des tiers

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	2
II. Financement par des tiers . . . . .	2
A. Définition et cadre juridique . . . . .	2
1. Définition et champ d'application du financement par des tiers . . . . .	2
2. Cadre juridique . . . . .	4
B. Principales questions . . . . .	5
1. Conflits d'intérêts et communication d'informations . . . . .	6
2. Contrôle et influence exercés par les tiers . . . . .	7
3. Confidentialité et privilèges juridiques . . . . .	7
4. Coûts et garanties pour frais . . . . .	8
5. Incidence sur les demandes abusives . . . . .	9
III. Questions à examiner . . . . .	10



## 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. 99 et 100).
2. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a entrepris d'examiner les préoccupations relatives au RDIE, en se fondant sur le document [A/CN.9/WG.III/WP.149](#), qui présentait dans les grandes lignes la liste des problèmes et le cadre de discussion visés aux points i) et ii) ci-dessus, ainsi que sur les documents [A/CN.9/WG.III/WP.150](#) à [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), qui fournissaient des informations générales sur l'uniformité des décisions arbitrales rendues par les tribunaux de RDIE et les questions connexes, sur l'indépendance, l'impartialité et les mécanismes de nomination des arbitres, ainsi que sur le coût et la durée des procédures de RDIE<sup>1</sup>.
3. À cette même session, le Groupe de travail a également pris note d'observations en rapport avec le financement par des tiers, notamment des préoccupations exprimées à ce sujet, et a décidé d'examiner à sa session suivante l'opportunité pour la CNUDCI d'entreprendre une réforme sur cette question ([A/CN.9/964](#), par. 134 et 136).
4. La présente note vise à fournir des informations supplémentaires pour aider les États en ce qui concerne l'ampleur des problèmes que soulève le financement par des tiers. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, elle a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet et ne cherche pas à exprimer un avis quant au bien-fondé de réformes, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner<sup>2</sup>.

## II. Financement par des tiers

### A. Définition et cadre juridique

#### 1. Définition et champ d'application du financement par des tiers

5. Le financement par des tiers est généralement défini comme le fait pour une entité (le « tiers financeur ») qui n'est pas partie à un litige d'accepter de fournir à une partie à ce litige (habituellement le demandeur ou un cabinet juridique le représentant) des fonds ou un autre appui matériel, en contrepartie d'une rémunération qui dépend de l'issue du litige. Cette rémunération peut être de toute forme, mais il s'agit le plus souvent d'un multiple du montant du financement, d'un pourcentage du produit, d'un montant déterminé, ou d'une combinaison de ces options.

<sup>1</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler que le document [A/CN.9/WG.III/WP.150](#) traitait de l'uniformité et des questions connexes, les documents [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) et [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) de questions relatives aux arbitres et aux décideurs dans le RDIE, et le document [A/CN.9/WG.III/WP.153](#) du coût et de la durée des mécanismes de RDIE.

<sup>2</sup> La présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet, notamment de celles figurant dans : le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international (avril 2018) ; le manuel intitulé *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, de Nikolaus Pitkowitz (éditeur) ; et l'article intitulé « Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform », de Rachel Denae Thrasher (*Boston College Law Review*, vol. 59, n° 8, *Reforming International Investment Law*, 2018).

6. Le financement par des tiers couvre généralement la totalité ou une partie du coût de la procédure, par exemple les frais juridiques (ainsi que les frais d'experts, les frais d'arbitres et les frais demandés par l'institution arbitrale) et les coûts engendrés ultérieurement par les mesures d'exécution ou les appels. Il peut porter sur une seule demande, lorsque le financement concerne une affaire particulière, ou sur un portefeuille de demandes<sup>3</sup>.

7. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail s'est vu présenter des informations selon lesquelles le recours au financement par des tiers était en voie d'expansion dans le cadre du RDIE (A/CN.9/935, par. 89). On assiste ces dernières années à un développement de ce mécanisme, tant pour ce qui est du nombre de financements et de bailleurs de fonds en activité que du montant des capitaux disponibles.

8. À cette même session, il a également été indiqué que le financement par des tiers était un sujet complexe et qu'il existait différents types ou formes de financement (A/CN.9/935, par. 90). En effet, la portée de la définition des tiers financeurs et du financement par des tiers dans le contexte de l'arbitrage international varie selon les sources, qui comprennent des dispositions législatives, des traités, des institutions et des instruments de droit souple<sup>4</sup>. Cette définition continue de faire l'objet de nombreux débats, étant donné que le financement par des tiers peut être fourni par des structures diverses<sup>5</sup>. Entrent en jeu les questions de la réglementation et de la portée de l'obligation d'information.

9. Pour illustrer la diversité des formes ou types de financement, on notera qu'un large éventail de mécanismes ont été élaborés pour apporter un soutien aux parties à des litiges, tels que les accords d'honoraires conditionnels, l'assurance responsabilité, le financement de portefeuilles, le financement de cabinets juridiques, les assurances

<sup>3</sup> Il existe deux grands types de financement de portefeuilles : le financement axé sur un cabinet juridique, les demandeurs pouvant alors être différents clients du cabinet ; et le financement axé sur une société qui est partie à plusieurs litiges en qualité de demandeur (voir le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international, p. 38).

<sup>4</sup> Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des définitions du financement par des tiers figurant dans les travaux de certaines organisations ou dans des codes de conduite spécialisés à l'intention des bailleurs de fonds en matière de résolution des litiges ; par exemple, le groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international définit le « financement par des tiers » comme le fait pour une entité non partie au litige d'accepter de fournir à une partie, à un associé de cette partie, ou à un cabinet juridique la représentant, a) des fonds ou un autre appui matériel pour financer intégralement ou partiellement le coût de la procédure, soit à titre particulier, soit dans le cadre d'un ensemble déterminé d'affaires, et b) cet appui ou ce financement est fourni soit en échange d'une rémunération ou d'un remboursement qui dépend entièrement ou partiellement de l'issue du litige, soit sous la forme d'une subvention ou en contrepartie du paiement d'une prime ; voir également la Règle générale 6 b) des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ; comme illustration supplémentaire, voir le Code volontaire de conduite de l'Angleterre et du Pays de Galles à l'intention des bailleurs de fonds en matière de résolution des litiges, publié par l'Association of litigation funders, qui dispose que : « Le financement d'un litige désigne le fait pour un tiers de fournir des ressources financières afin de permettre la tenue d'une procédure contentieuse ou arbitrale coûteuse. La partie au litige concernée obtient d'une entité commerciale privée, qui finance la résolution de litiges et n'a pas d'intérêt direct dans la procédure, la totalité ou une partie des fonds dont elle a besoin pour couvrir ses frais juridiques. En contrepartie, si elle obtient gain de cause, le bailleur de fonds reçoit une part convenue du produit de l'affaire. En cas de rejet de la demande, celui-ci perd son argent et la partie au litige ne lui doit rien. »

<sup>5</sup> Les approches divergent également, par exemple, pour ce qui est de savoir si la définition devrait se limiter au financement motivé par un intérêt économique direct ou inclure également les bailleurs de fond à but non lucratif ; voir le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international, p. 46 ; voir également *Third-Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives*, de M. Scherer, A. Goldsmith et C. Flechet, disponible à l'adresse <https://www.transnational-dispute-management.com/news/20120312.pdf>.

de protection juridique antérieures ou postérieures à la survenue d'un litige (en anglais BTE et ATE pour « before-the-event » et « after-the-event »), les prêts destinés au financement de procédures juridiques, et les dispositifs basés sur la philanthropie. Certaines définitions du financement par des tiers englobent tous ces types de financement<sup>6</sup>, tandis que d'autres suivent une approche plus étroite, en excluant, par exemple, les bailleurs de fonds non commerciaux (tels que les particuliers), le financement gracieux, et les assurances antérieures ou postérieures à la survenue d'un litige. Dans la seconde approche, les définitions excluent des formes de financement qui sont généralement réglementées par d'autres régimes juridiques<sup>7</sup>. Outre ces formes existantes de financement, de nombreux autres modèles de financement ont été créés plus récemment et évoluent rapidement, offrant des solutions d'une diversité et d'une complexité croissantes. Certaines définitions mettent l'accent sur l'acceptation des risques par les tiers financeurs lors de l'octroi d'un financement, ainsi que sur le niveau de contrôle qu'ils exercent sur les affaires, plutôt que sur les formes de financement.

10. Les bénéficiaires du financement par des tiers comprennent aussi bien des petites et moyennes que de grandes entreprises. Il convient de noter que le RDIE offre un contexte particulier pour cette pratique, les États étant toujours dans le rôle de défendeur et les investisseurs privés dans celui de demandeur. Ainsi, le financement par des tiers apparaît comme un mode de financement unilatéral en faveur des investisseurs, ce qui crée un déséquilibre.

## 2. Cadre juridique

11. Les définitions rencontrées dans différentes sources de droit illustrent les diverses approches mentionnées ci-dessus et les évolutions qui ont eu lieu dans l'arbitrage international.

### *Législation interne*

12. Le financement par des tiers a débuté dans le contexte du contentieux et de l'arbitrage internes, avant d'être utilisé dans l'arbitrage international relatif au commerce et aux investissements. Alors que quelques pays ont déjà mis en place un cadre juridique pour le financement de la résolution des litiges<sup>8</sup>, cette pratique continue d'apparaître et de se développer dans d'autres pays<sup>9</sup>. Toutefois, nombreux sont les pays où le financement par des tiers dans le contentieux et l'arbitrage internationaux n'est soumis à aucune réglementation, et la question de savoir si et dans quelle mesure cette pratique devrait être autorisée ou réglementée fait l'objet de débats.

### *Traités d'investissement*

13. La mise au point d'une définition du financement par des tiers a été entreprise dans des traités d'investissement récents, selon une approche généralement large<sup>10</sup>, cette définition devant servir de base à l'examen d'éventuels conflits d'intérêts.

<sup>6</sup> Voir le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international, chap. 3 (Définitions) ; et les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.

<sup>7</sup> Voir le paragraphe 2 de la loi singapourienne de 2017 portant modification de la loi sur le droit civil, qui définit le tiers financeur comme une entité « ayant pour activité principale, à Singapour ou ailleurs, de financer les coûts de procédures de résolution de litiges auxquelles elle n'est pas partie » et « disposant d'un capital libéré d'au moins 5 millions de dollars singapouriens ou d'un montant équivalent en monnaie étrangère en avoirs sous gestion ».

<sup>8</sup> Ces pays comprennent l'Australie, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

<sup>9</sup> Par exemple, Singapour, la Chine (Région administrative spéciale de Hong Kong) et des pays d'Amérique latine et d'Europe.

<sup>10</sup> Par exemple, l'article 2 des accords de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et le Viet Nam dispose que : « Le financement par un tiers désigne tout financement émanant

*Règlements d'arbitrage*

14. À quelques exceptions près<sup>11</sup>, les institutions arbitrales ne prévoient pas de dispositions qui définissent ou abordent expressément le financement par des tiers.

15. On observe des évolutions notables en ce qui concerne les règlements du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). En octobre 2016, le Secrétariat du CIRDI a lancé un processus d'amendement de ces règlements<sup>12</sup>. Dans sa proposition d'amendements, il a inclus une définition du financement par un tiers<sup>13</sup>, ainsi qu'une obligation continue de lui communiquer le nom de tout tiers financeur<sup>14</sup>. Cette proposition traite également de l'effet du financement par des tiers sur la garantie du paiement des frais (voir ci-dessous, par. 33).

**B. Principales questions**

16. À la trente-cinquième session du Groupe de travail, il a été dit que la pratique du financement par des tiers soulevait des questions éthiques et risquait d'avoir des

---

d'une personne physique ou morale qui n'est pas partie au différend mais qui conclut un accord avec l'une des parties à celui-ci afin de financer intégralement ou partiellement les frais de la procédure en échange du versement d'une rémunération dont le montant est fonction de l'issue de l'affaire, ou tout financement octroyé par une personne physique ou morale qui n'est pas partie au différend sous la forme d'un don ou d'une subvention. » Voir également l'article 8.1 de l'Accord économique et commercial global (AECG ou CETA en anglais), conclu entre l'Union européenne et le Canada : « Le financement par un tiers désigne tout financement fourni par une personne physique ou morale qui n'est pas une partie au différend mais qui conclut avec une partie au différend une convention en vertu de laquelle elle prend en charge l'ensemble ou une partie des coûts de la procédure au moyen d'un don ou d'une subvention, ou en contrepartie d'une rémunération conditionnée par l'issue du différend. »

<sup>11</sup> Voir la résolution administrative n° 18 en date du 20 juillet 2016 du Centre d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce Brésil-Canada (CAM-CCBC), qui définit le financement par des tiers comme la situation « dans laquelle une personne physique ou morale qui n'est pas partie à la procédure d'arbitrage fournit des ressources à une partie pour lui permettre de payer intégralement ou partiellement les frais d'arbitrage, et reçoit en contrepartie une part ou un pourcentage des bénéfices découlant de la sentence ou du règlement ». Voir également la note pratique du Singapore International Arbitration Centre datée du 31 mars 2017, qui définit le « financement externe » et l'« intérêt économique direct » comme étant « un intérêt dans la procédure d'arbitrage découlant de la fourniture par un tiers à une partie au litige d'un financement pour les frais de la procédure ou d'une indemnité contre la sentence devant être rendue à l'issue de celle-ci ». Voir aussi les Lignes directrices relatives au financement par des tiers dans l'arbitrage (23 mai 2016) du Centre d'arbitrage de Hong Kong de la Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), dont le paragraphe 1.2 fait référence au financement par des tiers comme suit : « Le financement par des tiers a lieu lorsqu'une tierce personne physique ou morale professionnelle fournit à une partie à l'arbitrage des fonds ou une autre forme d'appui matériel et a un intérêt économique direct dans l'indemnité devant être rendue à l'issue de l'arbitrage. »

<sup>12</sup> Voir CIRDI, Amendement des règlements du CIRDI, disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/amendments/Pages/About/about.aspx>.

<sup>13</sup> Le financement par un tiers est défini comme suit : « Apport de fonds ou de tout autre soutien matériel pour la poursuite d'une instance ou la défense contre une instance, par une personne physique ou morale qui n'est pas partie au différend ("tiers financeur"), à une partie à l'instance, une affiliée de cette partie ou un cabinet d'avocats représentant cette partie. Ces fonds ou ce soutien matériel peuvent être apportés : a) par le biais d'un don ou d'une subvention ; ou b) en contrepartie d'une prime ou en échange d'une rémunération ou d'un remboursement dépendant en totalité ou en partie de l'issue de l'instance. » Voir les Propositions d'amendement des règlements du CIRDI (2 août 2018), élaborées par le Secrétariat du CIRDI, disponibles aux adresses suivantes : [https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis\\_French.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis_French.pdf) et [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments\\_Vol\\_Two.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf).

<sup>14</sup> Voir les propositions d'amendement des règlements du CIRDI (2 août 2018), élaborées par le Secrétariat du CIRDI, disponibles aux adresses suivantes : [https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis\\_French.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis_French.pdf) et [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments\\_Vol\\_Two.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf).

incidences préjudiciables sur le RDIE. Il a également été signalé que les tiers financeurs pourraient acquérir une influence ou un contrôle excessifs sur la procédure d'arbitrage, ce qui pourrait donner lieu à des demandes abusives et faire obstacle aux règlements (A/CN.9/935, par. 89). Les questions que soulève le financement par des tiers comprennent les éventuels conflits d'intérêts, l'exercice par les tiers d'un contrôle et d'une influence sur la procédure de RDIE, et l'incidence de cette pratique sur la confidentialité, sur les coûts et les garanties pour frais, ainsi que sur les demandes spéculatives, insignifiantes et/ou abusives.

## 1. Conflits d'intérêts et communication d'informations

### *Exemples de conflits d'intérêts*

17. La question des conflits d'intérêts entre arbitres et tiers financeurs est l'une des premières à avoir appelé l'attention, du fait de ses incidences potentielles sur le caractère exécutoire des sentences arbitrales et, plus largement, sur l'intégrité du processus arbitral et la légitimité de l'arbitrage international.

18. Les situations qui peuvent donner lieu à des conflits d'intérêts incluent celle où des arbitres agissent en tant que conseillers de bailleurs de fonds et celle où un arbitre ou son cabinet juridique entretient des rapports réguliers avec un tiers financeur qui s'est intéressé à l'affaire soumise à l'arbitrage avant l'arbitre, et où l'arbitre ou son cabinet perçoit un revenu dans le cadre de cette relation.

19. À la trente-cinquième session du Groupe de travail, il a été noté que la question des conflits d'intérêts entre arbitres et tiers financeurs était étroitement liée à l'absence d'obligation d'information et au manque de transparence concernant les tiers financeurs. Cette question a été considérée comme aussi importante que celles des conflits d'intérêts entre un arbitre et une partie (A/CN.9/935, par. 90).

### *Obligations d'information et portée des informations communiquées*

20. Il s'agit de déterminer s'il convient de faire connaître le financement par des tiers et, le cas échéant, de fixer les modalités et la portée des informations communiquées, et de définir par qui elles doivent l'être, en vue de permettre aux arbitres, aux parties et aux institutions d'examiner les conflits d'intérêts potentiels ou réels liés aux bailleurs de fonds<sup>15</sup>. Une autre question est de savoir si un arbitre qui est en rapport avec un tiers financeur ayant un intérêt dans l'arbitrage devrait continuer à connaître de la procédure. Cette dernière question est étroitement liée à celle de l'impartialité des arbitres.

21. La question de savoir si les informations communiquées devraient se limiter à l'existence et à l'identité du bailleur de fonds ou si elles devraient inclure les termes de l'accord de financement reste l'objet de débats.

22. On observe dans la réglementation une tendance à exiger que soient communiquées l'existence d'un financement et l'identité des bailleurs de fonds, de sorte que les arbitres puissent prendre des décisions appropriées concernant les conflits d'intérêts. Les législations nouvellement adoptées en matière de financement par des tiers prévoient cette obligation d'information<sup>16</sup>. Dans le même esprit, les

<sup>15</sup> Voir l'enquête *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration* publiée par l'Université Queen Mary de Londres et le cabinet White & Case : 76 % des personnes ayant répondu à l'enquête étaient d'accord pour dire que la déclaration de l'existence d'un financement par un tiers devrait être obligatoire, tandis que 63 % estimaient que la déclaration de l'identité des bailleurs de fonds devrait être obligatoire, et 71 % que les termes de l'accord de financement ne devraient pas être communiqués dans leur intégralité.

<sup>16</sup> Voir l'ordonnance de la Région administrative spéciale de Hong Kong de 2017 sur la législation relative à l'arbitrage et à la médiation (financement par des tiers) portant modification de l'ordonnance sur l'arbitrage et de l'ordonnance sur la médiation, alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 98U ; voir également le paragraphe 2 de l'article 5B de la loi singapourienne de 2017 portant modification de la loi sur le droit civil.

traités d'investissement récents prévoient l'obligation de communiquer le nom et l'adresse du tiers financeur<sup>17</sup>. Les règlements d'arbitrage qui traitent du sujet prévoient également, dans des termes divers, la communication de ces informations, soit en autorisant le tribunal arbitral à ordonner la déclaration de l'existence et de l'identité d'un tiers financeur<sup>18</sup>, soit en imposant aux parties qui reçoivent un financement l'obligation de communiquer des informations sur l'existence et la nature de l'accord sous-jacent<sup>19</sup>. L'existence d'un financement et l'identité du bailleur de fonds ne sont généralement pas considérées comme étant soumises à un quelconque privilège juridique ; toutefois, la question de savoir comment et à quel moment la communication de ces informations devrait intervenir, et si elle devrait être systématique, reste l'objet de débats.

23. La communication des termes de l'accord conclu entre une partie et un tiers financeur permettrait de connaître la nature de l'intérêt de celui-ci, ce qui pourrait entrer en jeu dans l'évaluation de son rapport avec l'arbitre. Toutefois, cette communication pourrait soulever des questions liées à la confidentialité contractuelle et dévoiler à la partie adverse des informations d'ordre économique susceptibles de lui procurer un avantage dans les négociations en vue d'un règlement. Dans la plupart des lois internes relatives à l'arbitrage et des règlements d'arbitrage, ces questions sont, dans une large mesure, laissées à la discrétion des arbitres, qui disposent généralement d'un contrôle étendu sur la procédure dont ils sont saisis, notamment pour ce qui est de déterminer si des privilèges s'appliquent aux documents demandés, et s'il a pu être dérogé à ces privilèges<sup>20</sup>.

## 2. Contrôle et influence exercés par les tiers

24. Une question ayant également fait l'objet de débats est celle de l'influence potentielle du tiers financeur sur la procédure, notamment lors des négociations en vue d'un règlement, en particulier lorsque sa rémunération dépend de l'issue de la procédure. À cet égard, le principal élément à prendre en considération est la structure des accords de financement et l'étendue du contrôle du tiers financeur sur la gestion de la procédure.

## 3. Confidentialité et privilèges juridiques<sup>21</sup>

25. L'obtention d'un financement par un tiers nécessite en général la communication d'informations qui devraient normalement être déclarées aux tribunaux ou à d'autres autorités, car la partie qui cherche à obtenir des fonds est susceptible de porter à la connaissance du bailleur de fonds des communications ou analyses confidentielles en rapport avec l'affaire. Il s'agit d'un motif de préoccupation, car les tiers financeurs ne sont pas nécessairement liés par des obligations de confidentialité, et rien ne leur interdit d'utiliser les informations qui

<sup>17</sup> Voir, par exemple, l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne (AECG ou CETA en anglais).

<sup>18</sup> Voir les articles 24 10) et 33-1 du Règlement du Singapore International Arbitration Centre (SIAC) relatif à l'arbitrage en matière d'investissements. Voir également la note d'orientation de la Chambre de commerce internationale (CCI) relative au Règlement d'arbitrage de la CCI, datée de 2017, qui indique que les arbitres devraient envisager de déclarer « leurs relations [...] avec une entité ayant un intérêt économique direct au litige ou une obligation de dédommager une partie pour la sentence ».

<sup>19</sup> Voir l'article 27 du Règlement de la Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC) relatif à l'arbitrage en matière d'investissements.

<sup>20</sup> Les décisions existantes montrent que les tribunaux arbitraux ont demandé aux parties de faire connaître l'existence et l'identité d'un tiers financeur (*EuroGas Inc et Belmont Resources Inc c. République slovaque*, affaire CIRDI n° ARB/14/14 ; et *South American Silver c. État plurinational de Bolivie*, affaire CPA n° 2013-15), ainsi que, dans certaines affaires, les termes détaillés de l'accord de financement (*Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Tivaret Ltd. Sti c. Turkménistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/6).

<sup>21</sup> La notion de « privilèges juridiques » comprend les obligations professionnelles de confidentialité et le secret professionnel.

leur sont transmises dans le cadre d'un autre litige faisant l'objet d'un financement, sans tenir compte d'un éventuel conflit.

26. Une question liée à la précédente est celle de savoir si le fait de communiquer des informations à un tiers financeur pourrait entraîner une levée de la confidentialité, ouvrant ainsi la possibilité de demander la communication de ces informations lors de procédures arbitrales ou de procédures judiciaires internes connexes. Des avis divergents ont été exprimés pour ce qui est de savoir si les normes juridiques applicables en matière de confidentialité dans l'arbitrage international devraient être les lois internes ou si l'on pourrait établir et appliquer un règlement international. Dans la plupart des pays, il n'y a pas de réponse claire à la question de savoir si les informations fournies à un tiers financeur seraient protégées<sup>22</sup>. En effet, la plupart des lois relatives à l'arbitrage et des règlements d'arbitrage sont muets sur les questions liées à la protection des informations confidentielles et privilégiées, qu'ils laissent généralement à la discrétion des arbitres. En outre, les solutions à ces questions varieraient d'une tradition juridique à l'autre.

#### 4. Coûts et garanties pour frais

##### *Questions liées aux coûts*

27. Le financement par des tiers peut également avoir une incidence sur les coûts<sup>23</sup> et les garanties pour frais.

28. En ce qui concerne les coûts, l'existence d'un financement par un tiers peut avoir une incidence sur la détermination des coûts recouvrables, en particulier pour ce qui est de savoir si les frais de représentation juridique et les autres frais juridiques qui ont été payés par le tiers financeur sont recouvrables. Les tribunaux arbitraux disposent généralement d'une grande latitude pour déterminer et répartir les coûts recouvrables, de sorte que les conclusions en la matière sont variables<sup>24</sup>.

29. Une autre question sur laquelle les avis divergent est celle de savoir si un tribunal arbitral devrait ordonner à un tiers financeur de payer les frais de la partie adverse en cas de rejet de la demande ayant bénéficié d'un financement. Dans la mesure où, normalement, les tiers financeurs ne sont pas partie aux conventions d'arbitrage conclues entre les parties et ne participent pas officiellement aux procédures d'arbitrage correspondantes, on pourrait avancer que les tribunaux arbitraux ne sont pas compétents pour rendre d'ordonnance de paiement des frais à leur encontre, mais certains ont défendu le point de vue opposé<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Voir le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international, p. 123.

<sup>23</sup> Le lien de causalité entre l'augmentation des coûts de l'arbitrage international et la pratique du financement par des tiers reste inconnu.

<sup>24</sup> Voir *Supplier c. First distributor, Second distributor* (affaire CCI n° 7006), sentence finale (1992), Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol. n° 4 (mai 1993), affaire dans laquelle un tribunal de la CCI a estimé que les frais juridiques d'un défendeur qui avaient été payés par un tiers financeur (assureur) auraient été recouvrables si le défendeur avait obtenu gain de cause ; *Essar Oilfields Services Ltd c. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, Queen's Bench Division (Commercial Court), 15 septembre 2016, [2016] EWHC 2361 (Comm), affaire dans laquelle la Haute Cour de justice anglaise a déclaré que, dans la loi sur l'arbitrage de 1996, l'arbitre était libre d'interpréter les termes « autres coûts » et « frais de l'arbitrage », figurant respectivement au paragraphe 1 c) de l'article 59 et au paragraphe 3 de l'article 63, comme incluant les coûts de financement ; *Kardassopoulos et Fuchs c. République de Géorgie* (affaires CIRDI n°s ARB/05/18 et ARB/07/15), sentence (3 mars 2010), affaire dans laquelle le tribunal arbitral a affirmé qu'« il n'exist[ait] pas à sa connaissance de principe selon lequel un tel accord de financement par un tiers devrait être pris en considération pour déterminer le montant des coûts recouvrables par les demandeurs ».

<sup>25</sup> Voir le document de consultation final de la Commission de la réforme législative de Hong Kong (2015).

30. Un certain nombre d'autres questions font l'objet de débats, par exemple celle de savoir si un tribunal peut et devrait répartir les coûts liés à l'obtention d'un financement par un tiers.

#### *Garanties pour frais*

31. S'agissant des garanties pour frais, la principale question est de savoir si le financement par des tiers devrait avoir une incidence sur le prononcé d'une ordonnance de garantie pour frais. Le fait qu'un demandeur ait recours au financement par un tiers peut être une indication de son manque de ressources. Toutefois, on notera que cette pratique est aussi fréquemment utilisée comme outil de gestion des risques par des parties qui, bien que disposant de ressources suffisantes qu'elles pourraient utiliser pour introduire une demande, choisissent de recourir à un financement externe, pour réduire leurs risques au minimum, par exemple, et d'utiliser leurs fonds pour leurs priorités principales et commerciales.

32. Les tribunaux arbitraux ont le pouvoir d'ordonner une garantie pour frais, conformément à des lois relatives à l'arbitrage et/ou des règlements leur conférant expressément ce pouvoir, ou à des dispositions générales sur les mesures provisoires (voir A/CN.9/WG.III/WP.153, par. 33 à 37). Lorsqu'un tribunal arbitral est saisi d'une demande de garantie pour frais, il met généralement en balance, d'une part, l'intérêt du demandeur à avoir accès à l'arbitrage, et, d'autre part, l'intérêt du défendeur à recouvrer ses coûts s'il obtient gain de cause. Les observateurs ont noté que les tribunaux avaient tendance à exiger des preuves suffisantes pour conclure que le demandeur se trouvait dans une situation financière telle qu'il ne serait pas en mesure de payer les frais du défendeur à l'issue de la procédure<sup>26</sup>.

33. On notera que dans le document de travail sur les propositions d'amendement des règlements du CIRDI, élaborées par le Secrétariat du CIRDI, il est prévu ce qui suit : « Le projet d'article 51 AR sur la garantie du paiement des frais est un nouvel article. Il ne traite pas de l'effet du [financement par un tiers], mais exige que le Tribunal tienne compte de la capacité du défendeur à se conformer à une décision le condamnant à payer les frais ainsi que de toutes autres circonstances pertinentes. Par conséquent, le simple fait de recourir au [financement par un tiers], sans preuve suffisante d'une incapacité à se conformer à une décision de condamnation à payer les frais, restera insuffisant pour obtenir, en vertu du projet d'article 51 AR, une ordonnance imposant que la garantie pour le paiement des frais soit fournie. Néanmoins, l'existence d'un [financement par un tiers], associée à d'autres circonstances pertinentes, peut faire partie des circonstances factuelles pertinentes qu'un Tribunal prend en compte pour rendre une telle ordonnance. Il s'agira d'une détermination au cas par cas fondée sur des données factuelles. »<sup>27</sup>

## **5. Incidence sur les demandes abusives**

34. Une question souvent soulevée est celle de l'incidence potentielle du financement par des tiers sur le nombre de demandes d'arbitrage relatives à des investissements introduites à l'encontre d'États, notamment de demandes spéculatives, insignifiantes et/ou abusives. Une étude est parvenue à la conclusion que le financement par des tiers conduisait dans l'ensemble à une augmentation du nombre de demandes introduites dans le cadre du RDIE. Il ressort de la même étude que les affaires dans lesquelles interviennent des tiers financeurs soulèvent de nouvelles questions et concernent des demandes plus risquées et plus incertaines<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Voir le rapport du groupe de travail du Conseil international pour l'arbitrage commercial et de l'Université Queen Mary sur le financement par des tiers dans l'arbitrage international, p. 180.

<sup>27</sup> Voir les propositions d'amendement des règlements du CIRDI (2 août 2018), élaborées par le Secrétariat du CIRDI, par. 267 et 530 ; disponibles aux adresses suivantes : [https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis\\_French.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis_French.pdf) et [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments\\_Vol\\_Two.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf).

<sup>28</sup> Voir D. L. Chen, « Can Markets Stimulate Rights? », RAND Journal of Economics, vol. 46, n° 1 (2015), p. 23 et p. 42.

Toutefois, une autre étude suggère que l'accroissement des fonds disponibles n'entraîne pas d'augmentation du nombre total de demandes<sup>29</sup>.

### III. Questions à examiner

35. La présente note décrit certains aspects du financement par des tiers, ainsi que des préoccupations exprimées au sujet de cette pratique. À partir des informations disponibles, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait souhaitable que la CNUDCI entreprenne des réformes afin de répondre à ces préoccupations, compte tenu en particulier de l'équilibre à trouver entre, d'une part, le besoin apparent de financement, et, d'autre part, la protection de l'intégrité du processus arbitral et du caractère exécutoire des décisions rendues par les tribunaux de RDIE.

36. À titre d'informations générales, on rappellera que lors des délibérations du Groupe de travail à ses sessions précédentes, s'il a été estimé que le financement par des tiers pourrait être un moyen utile de garantir l'accès à la justice, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, des préoccupations ont été exprimées concernant son incidence sur le coût et la durée des procédures de RDIE, et sur les questions liées au manque réel ou apparent d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Il a été indiqué que ce mode de financement affectait différents aspects du RDIE, à propos desquels le Groupe de travail avait déjà décidé que des réformes seraient souhaitables (A/CN.9/964, par. 120). Il a également été dit que le financement par des tiers introduisait un déséquilibre structurel dans le régime de RDIE, car les États défendeurs n'y avaient généralement pas accès. Dans ce contexte, les mesures prises par les États et les institutions (y compris le CIRDI) pour répondre aux préoccupations exprimées à ce sujet ont été mentionnées (A/CN.9/935, par. 44 et 91 ; et A/CN.9/964, par. 80 et 120).

37. À des fins d'examen ultérieur, il a été proposé les solutions potentielles suivantes : i) interdire totalement le financement par des tiers dans les affaires de RDIE ; ii) réglementer le financement par des tiers, par exemple en adoptant des mécanismes visant à assurer la transparence des arrangements (ce qui pourrait également contribuer à garantir l'impartialité des arbitres). Il a été généralement convenu d'inclure la question du financement par des tiers et les questions liées au manque de transparence et à la non-communication d'informations ainsi qu'aux garanties pour le paiement des frais dans la liste des préoccupations à prendre en considération (A/CN.9/935, par. 92).

---

<sup>29</sup> Voir M. G. Faure, T. Hartlief et N. J. Philipsen, « Funding of Personal Injury Litigation and Claims Culture: Evidence from the Netherlands », *Utrecht Law Review*, vol. 2, n° 1 (2006) (selon cette étude, entre 1999 et 2003, le nombre de polices d'assurance souscrites pour la couverture de frais juridiques a augmenté de plus de 30 %, mais le nombre d'actions en réparation de préjudices personnels est resté stable).