



Assemblée générale

Distr. limitée
2 août 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-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019

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

Financement par des tiers – solutions possibles

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Financement par des tiers	2
A. Préoccupations recensées et cadre juridique	2
1. Préoccupations recensées.	2
2. Cadre juridique	3
B. Options de réforme possibles	4
1. Définition du financement par des tiers	5
2. Interdiction du financement par des tiers	6
3. Réglementation du financement par des tiers	7
C. Mise en œuvre d'une réforme du financement par des tiers.	12



I. Introduction

1. À sa trente-septième session, le Groupe de travail a conclu qu'il était souhaitable que la CNUDCI entreprenne des réformes pour répondre aux préoccupations relatives à la définition du financement par des tiers, ainsi qu'au recours à ce type de financement et à sa réglementation dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) (A/CN.9/970, par. 25). En conséquence, le Secrétariat a été prié d'engager des travaux préparatoires sur le financement par des tiers dans le cadre des différends relatifs aux investissements en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.157 et de proposer des solutions, compte tenu des différentes questions de politique générale (A/CN.9/970, par. 84).

2. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet et ne cherche pas à exprimer un avis sur les options de réforme présentées, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner¹.

II. Financement par des tiers

A. Préoccupations recensées et cadre juridique

1. Préoccupations recensées

3. À la trente-septième session du Groupe de travail, il a été souligné que le phénomène du financement par des tiers était un sujet de préoccupation majeur et qu'il devait faire l'objet de réformes, compte tenu en particulier du manque actuel de transparence et de réglementation en la matière (A/CN.9/970, par. 18).

4. Un certain nombre de préoccupations ont été recensées au cours des délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/970, par. 18 et 19). Certaines concernaient l'incidence du financement par des tiers sur différents aspects de la procédure de RDIE, notamment l'absence ou l'absence apparente d'indépendance des arbitres et leur impartialité, le coût des procédures de RDIE et la garantie pour frais. D'autres avaient trait à l'incidence du financement par des tiers sur le système actuel de protection des investissements et le RDIE proprement dit. À cet égard, il a 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 (A/CN.9/970, par. 19).

5. Les préoccupations suivantes ont été mentionnées au cours des délibérations du Groupe de travail :

¹ La présente note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet, notamment 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 (Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, avril 2018) ; le manuel intitulé Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowitz (dir. publ., 2018) ; Third-Party Funding in International Arbitration, Chapter 14 – Third-Party Funding in Investor-State Arbitration, Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon Sahani (2017) ; The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, Brooke Guven et Lise Johnson, mai 2019, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Working Paper 2019. Voir également une communication conjointe du Columbia Center on Sustainable Investment de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) et de l'Institut international du développement durable (IIDDD) : Draft Text Providing for Transparency and Prohibiting Certain Forms of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement, 15 juillet 2019 ; des publications de membres du Forum académique, consultables à l'adresse : <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>, notamment de Stavros Brekoulaki et de Catherine Rogers, 'A Framework for Understanding Practice and Policy Regarding Third-Party Financing in ISDS', *Academic Forum on ISDS Working Paper*. Des membres du Groupe de professionnels ont également été consultés.

Incidence du financement par des tiers sur la procédure

- Conflits d'intérêts des arbitres résultant du financement par des tiers ;
- Influence du financement par des tiers sur la décision relative à la répartition des frais (engagement des frais et renversement éventuel de la charge de la preuve) ;
- Pertinence du financement par des tiers pour la prise de décision sur la garantie pour frais ;
- Protection des informations protégées divulguées à un tiers financeur et mesure dans laquelle celui-ci est lié par des obligations de confidentialité ;
- Contrôle exercé par les tiers financeurs sur le processus d'arbitrage et effet négatif sur le règlement à l'amiable des différends.

Incidence du financement par des tiers sur le système de RDIE

- Incidence du financement par des tiers sur l'augmentation du nombre d'affaires de RDIE et de demandes abusives ;
- Incidence du financement par des tiers sur la promotion et la protection des investissements ;
- Déséquilibre créé par la pratique du financement par des tiers, les États défendeurs n'y ayant généralement pas accès.

6. Il a également été dit au cours des délibérations qu'il fallait définir clairement le champ d'application de toute solution à élaborer et trouver un équilibre adéquat en la matière, afin que les solutions proposées n'aient pas pour effet de limiter l'accès à la justice, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (A/CN.9/970, par. 22).

2. Cadre juridique

7. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le financement par des tiers dans le cadre du RDIE demeure pour une large part non réglementé. Ce type de financement a toujours été interdit dans la législation nationale de nombreux pays de *common law* en vertu des doctrines du soutien délictueux, du pacte de *quota litis*, de la baraterie ou de l'usure². Certains États de droit romain interdisent les ententes sur des honoraires conditionnels³. Toutefois, récemment, quelques pays, dont Singapour, Hong Kong et le Nigéria, ont pris des mesures pour libéraliser le cadre juridique applicable au financement par des tiers dans l'arbitrage commercial⁴.

8. En particulier, plusieurs traités d'investissement récents contiennent des dispositions relatives au financement par des tiers. Les définitions du financement par des tiers figurant dans ces traités sont relativement larges et couvrent généralement le financement des procédures par une tierce partie ayant un intérêt économique dans l'issue de l'affaire, y compris les accords avec des conseillers juridiques et des

² 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. 6.

³ Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowitz (dir. publ.), p. 7.

⁴ Le 10 janvier 2017, Singapour a modifié la loi portant Code civil afin d'établir un cadre pour le financement par des tiers dans l'arbitrage commercial international (voir <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/legal-industry-newsletters/note-by-senior-minister-of-state-for-law--indranee-rajah-s-c---o13.html>). La législation de Hong Kong sur l'arbitrage et la médiation de 2017 telle que modifiée dispose que le financement par des tiers n'est pas interdit en vertu des doctrines, en *common law*, du soutien délictueux et du pacte de *quota litis* (voir <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>). Voir également le projet de loi nigérian sur l'arbitrage et la conciliation (abrogation et réadoption) de 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/03/jumping-tpf-bandwagon-nigerias-new-arbitration-bill-embraces-third-party-funding/>.

compagnies d'assurance⁵. Certains traités interdisent entièrement le financement par des tiers⁶. Plusieurs traités d'investissement ont introduit des obligations d'information, exigeant pour l'essentiel la divulgation de l'existence et de l'adresse du tiers financeur à l'autre partie au différend et au tribunal⁷. Un autre traité prévoit que le tribunal doit tenir compte du financement par des tiers lorsqu'il statue sur la garantie pour frais⁸.

9. Le financement par des tiers dans le cadre du RDIE est également abordé dans le Processus d'amendement des règlements du CIRDI actuellement en cours, l'accent étant mis sur la prévention des conflits d'intérêts entre les arbitres et les tiers financeurs⁹. Le projet de disposition à l'examen exige la divulgation de l'existence d'un financement par des tiers et du nom du financeur. Une disposition sur le cautionnement des frais (art. 51) est également à l'étude, mais ne mentionne pas actuellement le financement par des tiers comme critère¹⁰.

B. Options de réforme possibles

10. Comme l'a demandé le Groupe de travail, la présente section donne un aperçu des options de réforme possibles, à la lumière des suggestions formulées au cours des délibérations du Groupe à sa trente-septième session. Les options de réforme examinées jusqu'à présent comprennent : i) l'interdiction totale du financement par des tiers dans le cadre du RDIE ; et ii) la réglementation du financement par des tiers, par exemple en instaurant des mécanismes visant à assurer un certain niveau de transparence, notamment au moyen de l'obligation d'information (ce qui pourrait également contribuer à assurer l'impartialité des arbitres), en fixant des sanctions pour non-respect de l'obligation d'information et en prévoyant des règles applicables aux tiers financeurs et relatives aux modalités temporelles de leurs apports de fonds

⁵ Voir l'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), art. 8.1 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), art. 3.28 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018), art. 3.1 ; l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (en vigueur depuis le 5 février 2019), art. G-23 *bis* ; le modèle slovaque de traité d'investissement bilatéral (cité 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, p. 62).

⁶ Voir l'Accord entre l'Argentine et les Émirats arabes unis sur la promotion et la protection réciproques des investissements (signé le 16 avril 2018), art. 24 qui dispose que le financement par des tiers n'est pas autorisé.

⁷ Voir l'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), art. 8.26 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), art. 3.37 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018), art. 3.8 ; l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (en vigueur depuis le 5 février 2019), art. G-23 *bis* ; le modèle slovaque de traité d'investissement bilatéral (cité 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, p. 62). Voir également un document officieux français, Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs, mai 2015, consultable à l'adresse https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf. Voir également l'Accord entre le Rwanda et les Émirats arabes unis sur la promotion et la protection réciproque des investissements (2017), art. 18.

⁸ Voir l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), art. 3.37 : « Lors de l'application de l'article 3.48 (Garantie relative aux dépens), le tribunal tient compte de l'existence éventuelle d'un financement par un tiers. Lorsqu'il statue sur les dépens en application de l'article 3.53 (Sentence provisoire), paragraphe 4, le tribunal prend en considération le respect ou non des exigences prévues aux paragraphes 1 et 2 du présent article. »

⁹ Voir la liste des thèmes d'éventuels amendements des règlements du CIRDI, consultable à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/amendments> ; Processus d'amendement des règlements du CIRDI, Document de travail 2, Vol. 1, par. 128.

¹⁰ Processus d'amendement des règlements du CIRDI, Règlement d'arbitrage du CIRDI modifié, Document de travail 2, Vol. 1, art. 13.

(A/CN.9/970, par. 20). On trouvera également des propositions de réforme dans le domaine du financement par des tiers dans les communications des États¹¹.

1. Définition du financement par des tiers

11. Il a été indiqué que, pour qu'une réforme soit efficace, une définition claire du terme « financement par des tiers » (ou « tiers financeur ») devrait être élaborée (A/CN.9/970, par. 21)¹². Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il existe divers types de financement par des tiers et que leur définition varie selon les différentes sources de droit¹³.

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions ci-après lorsqu'il élaborera les éléments d'une définition du financement par des tiers :

- Financement assuré par l'avocat de la partie au différend à titre gracieux ou dans le cadre d'un accord d'honoraires conditionnels¹⁴ ;
- Différentes formes de polices d'assurance, y compris l'assurance postérieure à la survenue du différend ;
- Prise de participation par les tiers financeurs.

13. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner les définitions du financement par des tiers qui figurent dans plusieurs traités d'investissement récents¹⁵.

¹¹ A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain ; A/CN.9/WG.III/WP.162, Communication du Gouvernement thaïlandais ; A/CN.9/WG.III/WP.163, Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; A/CN.9/WG.III/WP.164 et A/CN.9/WG.III/WP.178, Communications du Gouvernement costaricien ; A/CN.9/WG.III/WP.174, Communication du Gouvernement turc ; A/CN.9/WG.III/WP.176, Communication du Gouvernement sud-africain ; A/CN.9/WG.III/WP.177, Communication du Gouvernement chinois ; A/CN.9/WG.III/WP.179, Communication du Gouvernement de la République de Corée.

¹² Voir également la note du Secrétariat sur le financement par des tiers, document A/CN.9/WG.III/WP.157, par. 5 à 10 et document A/CN.9/935, par. 90.

¹³ 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. 17.

¹⁴ Les avocats sont généralement soumis à des obligations d'information professionnelle et à des règles déontologiques.

¹⁵ Ces définitions figurent dans des traités d'investissement récemment conclus à savoir :
L'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), article 8.1 : 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 » ;
L'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), article 3.28 : « i. « financement par un tiers » : tout financement émanant 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 » ;
L'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018), article 3.1, Champ d'application et définitions [...] : « 2. Sauf disposition contraire, les définitions suivantes s'appliquent à la présente section [...] : f) « financement par un tiers » : tout financement fourni par une personne physique ou morale qui n'est pas partie au différend mais qui conclut, avec l'une des parties au différend, une convention en vertu de laquelle elle prend en charge l'ensemble ou une partie des coûts de la procédure en contrepartie d'un pourcentage des sommes qui seront allouées ou pourraient être allouées à la partie au différend à l'issue de la procédure ou en contrepartie d'un autre intérêt lié aux dites sommes, ou sous la forme d'un don ou d'une subvention. » ;
L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (en vigueur depuis le 5 février 2019), art. G-23 bis : « [...] 3. Pour l'application du présent article, l'expression « financement par un tiers » désigne tout financement fourni par une personne qui n'est pas une partie contestante mais qui conclut avec une partie contestante une convention par 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. » ;

14. 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.

2. Interdiction du financement par des tiers

15. Une solution possible pour répondre aux préoccupations recensées consiste à interdire le financement par des tiers dans le cadre du RDIE (A/CN.9/935, par. 92 ; A/CN.9/970, par. 20)¹⁶. Cette option de réforme est également mentionnée dans certaines communications¹⁷. Dans le cadre de cette option, la limite potentielle de l'accès à la justice pourrait devoir être traitée par d'autres mécanismes tels qu'un mécanisme d'aide juridictionnelle.

Interdiction du financement par des tiers

16. L'interdiction du financement par des tiers exigerait une définition claire des modes de financement interdits. En outre, les conséquences du non-respect de l'interdiction devraient être prises en considération. Il peut s'agir, par exemple, de la suspension de la procédure tant que l'interdiction n'est pas respectée, de la clôture de la procédure, du transfert des frais à la partie qui a violé l'interdiction ou de l'irrecevabilité de la demande ayant bénéficié d'un financement.

Mécanisme d'aide juridictionnelle

17. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'interdiction du financement par des tiers devrait s'accompagner d'un mécanisme d'aide juridictionnelle, afin d'examiner les incidences éventuelles sur l'accès à la justice, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (A/CN.9/970, par. 22)¹⁸. Ce mécanisme pourrait être financé par les États ou par le secteur privé selon divers moyens, y compris par des fonds spéciaux ou par le produit des affaires de RDIE.

18. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un mécanisme d'aide juridictionnelle pourrait être créé en tant que mécanisme autonome ou sous l'égide d'un centre consultatif sur le droit international de l'investissement (voir document A/CN.9/WG.III/WP.168).

Le modèle slovaque de traité d'investissement bilatéral (cité 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, p. 62) : « Une demande de consultations doit contenir l'identité de tout gouvernement, personne ou organisation qui a fourni ou accepté de fournir une aide financière ou autre à l'investisseur relativement à la demande, ou qui a un intérêt dans l'issue de la demande. »

Voir également la Règle 7 a) des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA le jeudi 23 octobre 2014, exigeant la divulgation « de toute relation directe ou indirecte entre l'arbitre et la partie (ou une autre société du même groupe ou une personne physique ayant un pouvoir de contrôle sur la partie à l'arbitrage), ou entre l'arbitre et toute personne ou entité ayant un intérêt économique direct dans la sentence arbitrale qui sera rendue dans le cadre de l'arbitrage ou, ayant une obligation d'indemniser une des parties à l'arbitrage. »

¹⁶ À titre d'exemple d'interdiction du financement par des tiers, on citera l'Accord entre l'Argentine et les Émirats arabes unis sur la promotion et la protection réciproques des investissements (signé le 16 avril 2018), article 24, qui dispose que le financement par des tiers n'est pas autorisé ; voir également *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, Brooke Guven et Lise Johnson, mai 2019, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Working Paper 2019, p. 38 et suivantes.

¹⁷ A/CN.9/WG.III/WP.176, Communication du Gouvernement sud-africain ; A/CN.9/WG.III/WP.161, Communication du Gouvernement marocain.

¹⁸ L'aide juridictionnelle est également mentionnée comme modèle possible de financement dans le manuel *Handbook on Third Party Funding in International Arbitration*, Nikolaus Pitkowitz (dir. publ.), p. 7, 117, 394 et suivantes.

19. La mise en place d'un mécanisme d'aide juridictionnelle nécessiterait l'examen d'un certain nombre d'éléments, notamment le financement du mécanisme et les conditions requises pour bénéficier de l'aide juridictionnelle (par exemple, le commencement de preuve de l'absence de ressources ou un intérêt légitime équivalent, s'agissant notamment des petites et moyennes entreprises ayant des capacités financières limitées ; les perspectives de la requête ; et l'absence de mauvaise foi).

3. Réglementation du financement par des tiers

20. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élaborer une réglementation sur le financement par des tiers dans le cadre du RDIE afin de répondre aux préoccupations recensées. La réglementation pourrait comprendre les éléments suivants, qui seront décrits plus en détail ci-après : a) limiter l'accès au financement par des tiers aux demandeurs démunis ou en cas d'intérêts légitimes équivalents ; b) exiger des parties qu'elles divulguent l'existence et l'identité du financeur ou les modalités de l'accord de financement à l'autre partie et/ou au tribunal ; c) préciser les cas dans lesquels le financement par des tiers devrait être pris en considération dans la décision sur la garantie pour frais ; d) préciser si les frais engagés pour obtenir un financement par des tiers sont des frais de l'arbitrage et s'ils doivent être pris en compte dans une décision sur les frais rendue par le tribunal. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de compléter la réglementation par e) un mécanisme d'aide juridictionnelle et/ou f) un code de déontologie pour les tiers financeurs. La réglementation sur ces questions pourrait également couvrir les conséquences juridiques en cas de non-respect.

a) Limitation du financement par des tiers aux demandeurs démunis

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la possibilité de limiter l'accès au financement par des tiers. Par exemple, il voudra peut-être se demander si le financement par des tiers dans le cadre du RDIE pourrait être limité aux affaires concernant des demandeurs qui, autrement, n'auraient pas les moyens de faire valoir leurs droits dans la procédure de RDIE. Cela peut s'appliquer en particulier aux demandeurs démunis ou aux petites et moyennes entreprises dont les capacités financières sont limitées. De telles limites pourraient exclure le financement par des tiers lorsqu'il a pour but de gérer les risques, de réduire les frais de justice et de maintenir le coût de la conduite de l'arbitrage hors bilan¹⁹. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions ci-après.

- *Comment démontrer l'absence de ressources ou l'existence d'intérêts légitimes équivalents*

22. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'admissibilité d'un financement par des tiers devrait être subordonnée à la preuve que le demandeur est démuné ou qu'il a d'autres raisons légitimes de demander un tel financement.

23. L'absence de ressources pourrait être démontrée par la divulgation volontaire de documents attestant des difficultés financières présumées du demandeur. L'admissibilité pourrait être étendue aux affaires dans lesquelles le demandeur n'est pas démuné mais où il a une raison financière légitime équivalente de recourir à un financement par des tiers. Il peut s'agir de situations dans lesquelles une petite ou moyenne entreprise est confrontée à une affaire de RDIE et où les frais de justice dépasseraient ses capacités financières. Parmi les questions à prendre en considération, on mentionnera la façon dont la limite serait appliquée et le point de savoir qui pourrait être chargé de prendre la décision si le financement par des tiers est obtenu avant la constitution du tribunal.

¹⁹ 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. 20.

- *Prise en considération des perspectives de succès de l'affaire et de la manière de démontrer qu'il n'y a pas d'abus de droit*

24. L'admissibilité du financement par des tiers peut en outre être subordonnée à la condition que l'affaire du demandeur ait des chances suffisantes de succès et ne soit pas présentée de mauvaise foi²⁰. Il convient de se demander comment cette condition préalable s'appliquerait dans la pratique.

- *Comment serait prise la décision concernant l'admissibilité du financement par des tiers*

25. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les différentes options en présence pour décider de l'admissibilité d'un financement par des tiers selon cette approche. Par exemple, la décision concernant l'admissibilité d'un financement par des tiers peut être prise par le tribunal chargé du RDIE, un mécanisme permanent ou une institution désignée sur demande d'une partie. Une telle demande peut devoir comprendre un commencement de preuve de l'absence de ressources ou d'autres raisons légitimes, les perspectives de succès de la demande, les intentions de bonne foi du demandeur ainsi que le nom et l'adresse du tiers financeur et les conditions de l'accord de financement. De plus, le moment où cette demande doit être déposée et intégrée dans la procédure de RDIE devrait être déterminé.

b) Exigence de la divulgation du financement par des tiers

26. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'obligation de mentionner le financement par des tiers afin de répondre aux préoccupations concernant les conflits d'intérêts potentiels des arbitres²¹. Cette option de réforme est également indiquée

²⁰ La demande devrait être fondée sur un commencement de preuve, ce qui peut s'avérer difficile dans la pratique.

²¹ À titre d'exemple, le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des traités d'investissement ci-après qui traitent de la question :

Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), art. 8.26 :

« 1. La partie au différend qui bénéficie du financement par un tiers divulgue à l'autre partie au différend et au Tribunal le nom et l'adresse du tiers en question. 2. La divulgation est faite au moment du dépôt de la plainte ou, si la convention de financement est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé après le dépôt de la plainte, sans retard et aussitôt que la convention est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé. » ;

Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), article 3.37 :

« 1. En cas de financement par un tiers, la partie au différend qui en bénéficie notifie l'existence et la nature de la convention de financement, ainsi que le nom et l'adresse du tiers bailleur de fonds, à l'autre partie au différend et à la formation du tribunal saisie de l'affaire ou, si une telle formation n'a pas été constituée, au président du tribunal. 2. Cette notification est effectuée lorsque le requérant introduit le recours ou, si la convention de financement est conclue ou que le don ou la subvention intervient après l'introduction du recours, sans tarder après la conclusion de la convention ou l'octroi du don ou de la subvention. » ;

Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018), article 3.8, Financement par un tiers :

« 1. La partie au différend qui bénéficie d'un financement par un tiers notifie le nom et l'adresse dudit tiers à la partie adverse et au tribunal. 2. Cette notification est effectuée lors de l'introduction du recours ou dès que possible après que la convention de financement par un tiers a été conclue ou que le don ou la subvention a été effectué, selon le cas. » ;

Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (en vigueur depuis le 5 février 2019), art. G-23 *bis* :

« 1. La partie contestante qui bénéficie du financement par un tiers divulguera à l'autre partie contestante et au tribunal le nom et l'adresse du tiers en question. 2. La divulgation sera faite au moment de la soumission d'une plainte ou, si la convention de financement est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé après la soumission d'une plainte, sans retard et aussitôt que la convention est conclue ou que le don ou la subvention est octroyé. »

Le modèle slovaque de traité d'investissement bilatéral (cité 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, p. 62) :

« Une demande de consultations doit contenir l'identité de tout gouvernement, personne ou

dans certaines communications²². Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions ci-après concernant l'obligation de mentionner le financement par des tiers.

- *Divulgence de l'existence et de l'identité du tiers financeur et des modalités de l'accord de financement*

27. Une obligation d'information peut porter sur l'existence d'un financement par un tiers et sur l'identité du tiers financeur²³. Il faudrait veiller à ce que l'identité du financeur ultime soit révélée. Il convient de noter qu'à mesure que les financeurs cèdent leurs investissements, l'obligation d'information pourrait devoir être permanente.

28. Parmi les questions à prendre en considération, on mentionnera les suivantes : i) l'obligation d'information doit-elle s'étendre aux modalités de l'accord de financement et, dans l'affirmative, les règlements devraient-ils également inclure des dispositions visant à protéger la confidentialité²⁴ ; ii) la portée de la divulgation de l'accord de financement doit-elle être prédéterminée ou ordonnée par le tribunal au cas par cas²⁵. L'obligation d'information sur les modalités de l'accord de financement est suggérée dans certaines communications²⁶.

- *Divulgence systématique ou simple affirmation du pouvoir du tribunal d'ordonner la divulgation*

29. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la divulgation d'information sur le tiers financeur devrait être systématique et obligatoire ou si l'affirmation du pouvoir du tribunal d'ordonner à tout moment la divulgation du financement par des tiers serait suffisante²⁷. L'obligation d'information peut également être conçue comme un modèle par étapes, moyennant la divulgation systématique de l'existence et de l'identité du financeur et l'affirmation du pouvoir du tribunal d'ordonner la divulgation des modalités de l'accord de financement au cas par cas.

organisation qui a fourni ou accepté de fournir une aide financière ou autre à l'investisseur relativement à la demande, ou qui a un intérêt dans l'issue de la demande. »

²² [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), Communication du Gouvernement marocain ; [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Communication du Gouvernement thaïlandais ; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais ; [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), Communication du Gouvernement costaricien ; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Communication du Gouvernement turc ; [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Communication du Gouvernement sud-africain ; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Communication du Gouvernement chinois.

²³ En ce qui concerne les obligations d'information existant dans les traités d'investissement, voir **par. 7** ci-dessus ; de plus, la question de la divulgation systématique de l'existence et de l'identité du tiers financeur est examinée dans le Processus d'amendement des règlements du CIRDI. Il convient de noter que les règles du Singapore International Arbitration Centre – qui ne prévoient qu'une affirmation du pouvoir du tribunal d'ordonner la divulgation du financement par des tiers – ont étendu ce pouvoir, le cas échéant, aux informations concernant l'intérêt du tiers financeur dans l'issue de la procédure, et/ou le point de savoir si celui-ci s'est ou non engagé à supporter les frais de la partie adverse.

²⁴ Voir également *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, Brooke Guven et Lise Johnson, mai 2019, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Working Paper 2019, p. 40. Cette option pourrait être particulièrement pertinente si un règlement limitait l'admissibilité du financement par des tiers aux cas des demandeurs démunis ou ayant des intérêts légitimes équivalents (voir sous **II.B.3.a.**).

²⁵ Voir par exemple *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 PCA (Permanent Court of Arbitration) n° 2013-15. En ce qui concerne la divulgation des informations concernant les arrangements financiers, voir *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Tivaret Ltd. Sti c. Turkménistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/6.

²⁶ [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), Communication du Gouvernement marocain ; [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Communication du Gouvernement thaïlandais ; [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), Communication du Gouvernement costaricien ; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Communication du Gouvernement turc ; [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Communication du Gouvernement sud-africain ; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Communication du Gouvernement chinois.

²⁷ Voir, par exemple, le Règlement du Singapore International Arbitration Centre (SIAC) relatif à l'arbitrage en matière d'investissements 2017, règle 24.

- *Divulgence d'informations au tribunal uniquement, ou également à l'autre partie au litige*

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le financement par des tiers devrait être divulgué au tribunal uniquement, ou également à l'autre partie au litige. Bien que la divulgation d'informations à l'autre partie au litige ne soit pas nécessairement indispensable pour permettre au tribunal de recenser les conflits d'intérêts potentiels, l'autre partie peut revendiquer le droit de faire des observations sur un conflit d'intérêts potentiel. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il est souhaitable d'imposer une obligation d'information générale dans le contexte de la transparence recherchée en cas de financement par des tiers. De récents traités d'investissement prévoient la divulgation d'informations sur le financement par des tiers à l'autre partie au différend et au tribunal²⁸.

- *Conséquences du non-respect de l'obligation d'information*

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les conséquences du défaut de déclaration, qui peuvent comprendre, par exemple, la suspension de la procédure pour ordonner le respect de l'obligation d'information ou une règle de transfert des frais imposant une charge supplémentaire à la partie qui n'a pas respecté cette obligation.

- *Obligation de communiquer l'accord de financement à un registre sur la transparence*

32. À la trente-septième session, il a été proposé de prévoir un règlement pour assurer un certain niveau de transparence (A/CN.9/970, par. 20). Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'encourager la transparence au-delà d'une simple obligation d'information, par exemple en mettant à disposition les informations nécessaires sur le financement par des tiers dans le cadre du RDIE par le biais des normes de transparence élaborées par la CNUDCI, notamment le Registre sur la transparence créé en application du Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités²⁹.

c) **Possibilité de recouvrement des coûts du financement par des tiers**

33. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'adoption d'un règlement précisant dans quelle mesure le tribunal pourrait ordonner à la partie perdante de rembourser les frais engagés pour obtenir un financement par des tiers. Les questions suivantes se posent à cet égard : i) les frais engagés pour obtenir un financement par des tiers peuvent-ils être considérés comme des « frais de l'arbitrage » ; ii) les frais engagés pour obtenir un financement par des tiers seraient-ils remboursables s'ils étaient engagés de manière raisonnable ; et iii) les frais engagés pour obtenir un financement par des tiers l'ont-ils été de façon raisonnable, lorsque le financement a été obtenu par un demandeur démuné qui, autrement, n'aurait pas pu faire valoir ses droits dans le cadre du RDIE (par exemple en vertu d'un règlement tel que décrit ci-dessus sous **II.B.3.a.**).

d) **Influence du financement par des tiers sur la décision relative à la garantie pour frais**

34. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner dans quelle mesure le financement par des tiers devrait être pris en compte dans la décision relative à la

²⁸ Voir par exemple l'Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne (provisoirement en vigueur depuis le 21 septembre 2017), art. 8.26 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et le Viet Nam (signé le 30 juin 2019), art. 3.37 ; l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour (signé le 19 octobre 2018), art. 3.8.

²⁹ L'exploitation du Registre sur la transparence est assurée par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies par l'intermédiaire du Secrétariat de la CNUDCI (voir les articles 2, 3 et 8 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités) ; <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>, consulté le 27 juin 2019.

garantie pour frais et se demander qui devrait assumer la charge de la preuve. Actuellement, la base légale des ordonnances en matière de garantie pour frais dans le cadre du RDIE et les exigences connexes font l'objet d'un débat, de même que la mesure dans laquelle le financement par des tiers peut être envisagé³⁰. Lorsqu'elle est acceptée, la charge de la preuve incombe généralement à la partie qui demande que la garantie soit ordonnée³¹.

35. Dans le cas de demandeurs démunis, le financement pourrait être considéré comme un indicateur solide du fait que la partie bénéficiant d'un financement ne paraît guère être en mesure de payer les frais de la partie adverse. Par conséquent, si l'admissibilité du financement par des tiers est limitée aux cas des demandeurs démunis (voir ci-dessus sous **II.B.3.a.**), le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il serait approprié de renverser la charge de la preuve de sorte que la partie bénéficiant d'un financement soit tenue de prouver que la garantie pour frais ne devrait pas être ordonnée.

36. Si la réglementation du financement par des tiers dans le cadre du RDIE devait consister en une simple obligation d'information (voir ci-dessus sous **II.B.3.b.**), les parties susceptibles de bénéficier d'un financement conserveraient une large marge de manœuvre et l'existence d'un financement ne pourrait peut-être pas servir d'indicateur de la situation financière des parties en question. Dans ce cas, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'attribuer la charge de la preuve à la partie requérante.

37. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un règlement devrait prévoir expressément que le financement par des tiers peut être envisagé dans la décision relative à la garantie pour frais comme un des facteurs à retenir parmi d'autres circonstances pertinentes³². Par ailleurs, la décision relative à la pertinence d'un financement par des tiers pourrait être laissée au tribunal³³.

38. En outre, une garantie pour frais pourrait être exigée à titre de règle en cas de financement par des tiers, comme cela est proposé dans une communication³⁴.

e) Mécanisme d'aide juridictionnelle

39. Une limitation du financement par des tiers au moyen d'une réglementation pourrait être complétée par un mécanisme d'aide juridictionnelle afin de compenser toute limite d'accès à la justice pour les demandeurs démunis ou les petites et moyennes entreprises dont les capacités financières sont limitées (voir également ci-dessus sous **II.B.2.**).

f) Code de déontologie à l'intention des tiers financeurs

40. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'élaboration d'un ensemble de règles régissant la profession des tiers financeurs dans le cadre du RDIE,

³⁰ 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. 172 et suiv.

³¹ Voir en particulier *Manuel García Armas et consorts c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CPA n° 2016-08.

³² Voir, par exemple, l'Accord entre l'Union européenne et le Viet Nam sur la protection des investissements (signé le 30 juin 2019), qui dispose à l'article 3.37 que le tribunal tient compte de l'existence d'un financement par un tiers lorsqu'il statue sur la garantie relative aux dépens (art. 3.37, Financement par un tiers [...] : « 3. Lors de l'application de l'article 3.48 2018 (Garantie relative aux dépens), le tribunal tient compte de l'existence éventuelle d'un financement par un tiers. Lorsqu'il statue sur les dépens en application de l'article 3.53 (Sentence provisoire), paragraphe 4, le tribunal prend en considération le respect ou non des exigences prévues aux paragraphes 1 et 2 du présent article »).

³³ C'est l'approche actuellement débattue dans le cadre du Processus d'amendement des règlements du CIRDI, voir Document de travail 2, vol. 1, par. 363.

³⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Communication du Gouvernement sud-africain.

par exemple sous la forme d'un code de déontologie³⁵. Ces règles pourraient prévoir une norme minimale de qualification professionnelle, de transparence et de confidentialité.

41. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un tel code devrait également inclure des règles limitant l'influence des tiers financeurs sur la procédure d'arbitrage, en particulier en ce qui concerne des questions sensibles telles que le choix des arbitres et les négociations relatives au règlement³⁶, et éventuellement fixer une limite pour la rémunération des financeurs, comme suggéré dans une communication³⁷.

C. Mise en œuvre d'une réforme du financement par des tiers

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les divers moyens de mettre en œuvre une réforme du financement par des tiers dans les différends relatifs aux investissements³⁸. Une interdiction ou une réglementation du financement par des tiers pourrait être élaborée en vue d'être intégrée dans les règlements d'arbitrage, sous la forme de clauses types avec des variantes pour les traités d'investissement ou à travers une convention d'acceptation qui pourrait s'inspirer de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (Convention de Maurice sur la transparence) et de la Convention multilatérale de l'OCDE pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices³⁹. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre se demander s'il serait nécessaire d'élaborer des dispositions législatives types en la matière.

³⁵ Voir par exemple un document officiel du Gouvernement français, Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs, mai 2015, consultable à l'adresse https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf.

³⁶ Les tiers financeurs exercent une influence sur la procédure arbitrale non seulement sur la base de droits contractuels, mais aussi en fonction de la configuration du suivi de l'affaire et des droits applicables en matière de budgétisation et de résiliation, 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. 74 et suiv. Voir également un document officiel du Gouvernement français, Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs, mai 2015, consultable à l'adresse https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf.

³⁷ Dans la communication du Gouvernement turc (A/CN.9/WG.III/WP.174), il est proposé de limiter la rémunération des tiers financeurs « à une part raisonnable de l'indemnisation ».

³⁸ Voir également la note du Secrétariat sur l'éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) (A/CN.9/WG.III/WP.166).

³⁹ Voir également A/CN.9/WG.III/WP.174, Communication du Gouvernement colombien ; A/CN.9/WG.III/WP.175, Communication du Gouvernement équatorien.