

**PROJETS DE DISPOSITIONS RELATIVES AUX QUESTIONS DE
PROCEDURES ET AUX QUESTIONS TRANSVERSALES :
FINANCEMENT PAR UN OU DES TIERS ET GARANTIE DE PAIEMENT DES FRAIS**

**Réunion francophone informelle en ligne préparatoire aux prochaines sessions du
Groupe de travail III de la CNUDCI**

23 juin 2025, 14h30 - 16h (UTC+2)

Synthèse des discussions¹

Dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), l'évolution des règles de procédure est considérée comme un élément central pour répondre aux préoccupations recensées par le Groupe de travail III. Ses membres ont identifié une série de questions de procédures et de questions transversales pour lesquelles des projets de dispositions sont en cours de discussion. Ces dispositions pourraient compléter le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), voire s'appliquer à tout autre règlement (notamment les règles CIRDI), ou être intégrées sous forme de dispositions conventionnelles dans des accords existants ou futurs.

Afin de soutenir ses Etats et gouvernements membres dans la préparation de leurs contributions aux discussions sur la réforme du RDIE, l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) a organisé le 23 juin 2025, en collaboration avec la CNUDCI, une réunion francophone informelle en ligne pour examiner deux projets de dispositions apparaissant particulièrement importantes pour les Etats, notamment en développement : le financement par un ou des tiers et la garantie de paiement des frais.

Ces deux questions touchant au financement des procédures arbitrales répondent à des enjeux cruciaux, à savoir l'accès à la justice, limiter les abus de procédures et réduire le risque financier pesant sur les Etats le plus souvent défendeurs aux procédures arbitrales.

Cette réunion a permis de dégager les considérations suivantes.

¹ Cette note a été rédigée avec la collaboration de Monsieur Antoine Lerosier. Elle a pour objectif de refléter les propos tenus lors la réunion, et ne représente pas nécessairement le point de vue de l'auteur.

I. Etat actuel des projets de dispositions relatives au financement par un ou des tiers et à la garantie de paiement des frais

• Financement par un ou des tiers

S'agissant du financement par un ou des tiers, il a été indiqué que cela correspond à tout financement direct ou indirect apporté à une partie à une procédure d'arbitrage par une personne physique ou morale qui n'est pas elle-même partie à la procédure, mais qui conclut un accord avec cette partie en vue de lui fournir ce soutien financier. Cette définition se veut volontairement large afin d'assurer une divulgation suffisante et de prévenir d'éventuels conflits d'intérêts.

Le projet de disposition vise à encadrer la pratique du financement par des tiers. Ainsi le projet adopte une approche double : une approche permissive, reconnaissant l'existence du financement par des tiers et imposant une obligation de divulgation ; et une approche restrictive, permettant au tribunal de limiter ou d'interdire ce type de financement dans certaines circonstances. Cette double approche découle des débats tenus au sein du Groupe de travail III, notamment lors de la 49^e session en septembre 2024, où les opinions étaient partagées entre partisans d'une simple transparence et ceux souhaitant une régulation plus stricte.

Il a été souligné que cette divergence de points de vue reflète des considérations opposées. D'un côté, le financement par un ou des tiers est vu comme un instrument d'accès à la justice, en particulier pour les petites et moyennes entreprises qui n'auraient pas les ressources pour initier une procédure d'arbitrage. D'un autre côté, il est perçu comme un facteur de déséquilibre, qui pourrait faire peser des risques supplémentaires sur les Etats défendeurs, allonger les procédures et favoriser l'ingérence du tiers financeur dans la stratégie du demandeur, ce qui pourrait soulever des préoccupations en matière d'influence et de corruption.

Enfin, il a été expliqué que les différents paragraphes de la disposition précisent notamment :

- (i)** les informations à divulguer en énumérant les informations que la partie bénéficiaire doit fournir, comme l'identité du tiers financeur et les modalités de l'accord, et en permettant au tribunal arbitral de demander des informations supplémentaires si les circonstances de l'affaire le justifient ;
- (ii)** les modalités de divulgation, précisant que la divulgation doit se faire le plus tôt possible dans la procédure afin de ne pas perturber son déroulement par une révélation tardive, et que la divulgation est soumise à une obligation de mise à jour, en indiquant que toute nouvelle information concernant le financement par un ou des tiers doit être transmise sans délai par la partie concernée ;
- (iii)** les cas dans lesquels le tribunal peut restreindre ou interdire le financement par un ou des tiers, notamment si des informations ont été dissimulées ou falsifiées, ou si le tiers financeur exerce une influence excessive sur la conduite de la procédure ; et
- (iv)** les sanctions en cas de non-respect des obligations de divulgation comme la répartition des frais de procédure ou l'exigence d'une garantie de paiement.

- **Garanties de paiement des frais**

Il a été rappelé que la disposition sur la garantie de paiement des frais a deux objectifs principaux. D'une part, elle vise à prévenir les procédures abusives ou spéculatives, en dissuadant les demandes introduites par des parties qui ne disposent pas des ressources nécessaires. D'autre part, elle cherche à protéger les parties défenderesses, généralement les Etats, contre le risque de supporter les frais si la partie adverse est insolvable ou refuse de payer. Cette disposition s'inscrit donc dans une logique de prévention et de sécurité juridique.

Plus précisément, il a été indiqué que la disposition prévoit qu'une partie peut demander au tribunal de rendre une ordonnance imposant une garantie de paiement des frais. La formulation actuelle laisse cependant en suspens une question importante : cette possibilité est-elle réservée au défendeur face à une demande initiale, ou peut-elle aussi bénéficier à un Etat formant une demande reconventionnelle ? Le Groupe de travail III doit encore trancher ce point.

La disposition relative à la garantie de paiement des frais prévoit la procédure applicable, notamment les délais de présentation et de décision, avec une proposition de trente jours pour que le tribunal statue, ce délai de trente jours restant encore à discuter en fonction de sa faisabilité. La disposition énumère également une liste non exhaustive de critères à prendre en compte pour évaluer la demande de garantie. Une question clé concerne l'inclusion du financement par un ou des tiers dans cette liste.

La disposition encadre également les modalités pratiques et les conséquences liées à cette garantie. Ainsi, le tribunal doit définir précisément les modalités de la garantie : forme, montant, délais. Sont prévues des sanctions en cas de non-respect, telles que la suspension ou la clôture de la procédure. Enfin, il est prévu que le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour modifier ou lever la garantie, en fonction des circonstances. Sur ce point, il a été indiqué que certains Etats préfèrent laisser une large marge d'appréciation au tribunal, tandis que d'autres plaident pour un mécanisme automatique de levée de la garantie si les conditions ne sont plus remplies. Ces aspects restent encore à débattre au sein du Groupe de travail III.

II. Discussion concernant le financement par un ou des tiers et la garantie de paiement des frais

- **Financement par un ou des tiers**

S'agissant du financement par un ou des tiers, les intervenants ont rappelé les raisons qui ont conduit le Groupe de travail III à s'intéresser au financement par un ou des tiers. Plusieurs Etats auraient identifié des problèmes systémiques liés à la présence de tiers financeurs dans l'arbitrage d'investissement, notamment le manque de cohérence et de prévisibilité des sentences, et les risques d'influence du tiers financeur sur la procédure arbitrale et sur la structure même de l'arbitrage.

Concernant la définition même du financement par un ou des tiers, il a été proposé d'élargir la notion de financement au-delà du seul tiers financeur spécialisé afin d'y inclure des entités comme les banques ou les assureurs. Plusieurs types de financement sont par ailleurs à considérer : le financement classique effectué directement par un tiers financeur au cas par cas, le financement en portefeuille (via les cabinets d'avocats), et la cession de créance dans laquelle le tiers financeur devient partie à la procédure. Toutefois, certaines formes de financement, notamment via une cession de créance, peuvent poser problème si elles donnent au tiers financeur un contrôle excessif sur la procédure ou si le tiers financeur, devenu demandeur à la procédure par effet de la cession de créance, ne dispose pas de la nationalité nécessaire pour bénéficier de la protection du traité d'investissement en cause. Enfin, il a été proposé un critère de définition additionnel visant à distinguer deux types de tiers financeurs : ceux motivés par un intérêt politique (comme dans l'affaire *Philip Morris International c. Uruguay* dans laquelle un tiers financeur a financé l'Uruguay), et ceux animés par un intérêt économique, favorisés par des traités d'investissement aux termes vagues, souvent en faveur des investisseurs.

Les intervenants ont aussi discuté l'argument selon lequel le tiers financement favorise l'accès à la justice. D'un côté, dans une logique économique, le tiers financement peut permettre à des acteurs d'introduire des recours qu'ils n'auraient pu engager seuls. Refuser ce type de financement reviendrait alors à limiter l'accès à l'arbitrage, qui est, par nature, une justice payante. D'un autre côté, il a été souligné qu'en réalité, les tiers financeurs visent plutôt les contentieux à fort rendement, et non les litiges modestes des petites et moyennes entreprises. Ainsi, le financement par les tiers ne serait pas un levier réel pour les acteurs économiques les plus vulnérables et ne résoudrait pas les barrières structurelles d'accès à l'arbitrage.

Les intervenants se sont accordés sur l'importance de préserver l'intégrité de la procédure et sur l'existence de risques d'influence du tiers financeur sur l'arbitrage. A cet égard, ils ont souligné la nécessité d'imposer une obligation de divulgation concernant le recours à un tiers financeur pour éviter les conflits d'intérêts. D'une part, l'idée d'une obligation de divulgation équilibrée a été avancée, reconnaissant l'utilité de divulguer l'identité du tiers financeur et certaines clauses du contrat pour prévenir les conflits d'intérêts, mais alertant sur les risques de compromettre l'impartialité du tribunal si celui-ci accède à des documents internes comme l'analyse des risques effectuée par le tiers financeur. D'autre part, il a été proposé de renforcer le pouvoir du tribunal dans la mise en œuvre de l'obligation de divulgation, et suggéré notamment que le projet de disposition, qui indique que le tribunal « peut » demander certaines informations, devienne plus impératif, en indiquant que le tribunal « demande » ces informations.

Au-delà de l'obligation de divulgation, dans le même objectif d'assurer l'intégrité de la procédure, des questions inédites ont été soulevées, telles que la vérification de l'origine des fonds utilisés par le tiers financeur et son bénéficiaire effectif (notamment vis-à-vis du blanchiment d'argent, du financement du terrorisme, des sanctions internationales ou des embargos), et la vérification de la solvabilité du tiers financeur.

Un des points du projet de disposition qui prévoit que le tribunal peut contrôler le caractère

raisonnable de la rémunération du tiers financeur a ensuite été questionné. La faisabilité juridique et pratique d'un tel contrôle est apparue peu réaliste, rappelant qu'un tribunal arbitral ne peut pas valablement imposer de limites à un contrat externe à la procédure arbitrale, le tiers financeur n'étant pas partie au litige.

De manière plus large, il existe pour certains des risques que le financement par un ou des tiers ne renforce les logiques de rente autour du système d'arbitrage d'investissement, le tiers financeur pouvant chercher à maximiser les dommages subis par l'investisseur pour rentabiliser son investissement. A titre d'exemple, une affaire a été citée dans laquelle la majeure partie des dommages et intérêts accordés à l'investisseur a servi à rembourser le tiers financeur (voir, *Odyssey Marine Exploration c. Mexique*). Pour éviter tous les risques précédemment évoqués ainsi qu'une complexification supplémentaire de l'arbitrage d'investissement, une approche qui consisterait à ne pas autoriser le financement par un ou des tiers sauf cas bien définis, plutôt que l'approche choisie de l'autorisation a priori sauf situations bien définies, a été soumise à la réflexion.

Enfin, il a été souligné qu'il est urgent d'éviter des solutions simplistes et appelé à un changement d'approche plus structurel et global, que les solutions actuellement discutées qui se limitent souvent à des ajustements procéduraux.

- **Garanties de paiement des frais**

Concernant la garantie de paiement des frais, il a été rappelé de façon générale son utilité pour protéger les Etats défendeurs contre les procédures abusives. Il a également été recommandé que le projet de disposition commence par une définition claire de ce concept pour éviter toute interprétation erronée ou soupçon de partialité du tribunal. En effet, il a été soutenu qu'il existe un risque que le mécanisme de garantie de paiement des frais soit perçu comme une mesure discriminatoire à l'encontre du demandeur si elle n'est pas bien encadrée. Aussi, la garantie de paiement des frais ne devrait être requise que dans des circonstances clairement définies afin de ne pas compromettre le droit fondamental d'accès à la justice.

Suivant une approche différente, il serait préférable selon certains qu'une garantie de paiement des frais soit automatiquement décidée par le tribunal chaque fois qu'il y a un financement par un ou des tiers. Cela permettrait notamment aux Etats, défendeurs dans les procédures d'arbitrage, de se prémunir contre l'insolvabilité de l'investisseur lorsque l'Etat souhaite récupérer les frais engagés dans la procédure arbitrale.

Par ailleurs, une autre solution, afin d'anticiper les conséquences de l'insolvabilité du demandeur à l'instance, serait que le tribunal s'assure ou vérifie si une assurance de paiement des frais en cas de perte du contentieux a été prise ou non par le demandeur.
