

Atelier de réflexion

TIERS PAYEURS FINANCEURS : FINANCIARISATION OU ACCÈS À LA JUSTICE ?

Compte rendu de l'atelier du 1er juillet 2016

Le financement par les tiers de l'arbitrage international d'investissement se présente dans un contexte spécifique du fait que ce type de différends oppose des investisseurs à des États. La base juridique de ces litiges réside dans des traités conclus par des États, dont les bénéficiaires sont des investisseurs privés. Le demandeur entamant la procédure est motivé par un préjudice subi et a donc pour objectif d'en obtenir la réparation, l'État est dans la position de défendeur et ne peut obtenir rien d'autre que de ne pas payer de dommages-intérêts. L'insertion du tiers payeur introduirait un nouveau déséquilibre. Il crée de plus une financiarisation du possible résultat d'une sentence arbitrale.

La raison d'être du financement par les tiers s'explique par les coûts très élevés de l'arbitrage d'investissement. Le régime dispose de sa propre jurisprudence, un peu mystérieuse pour les entreprises qui n'en sont pas familières. Ce mode de financement des litiges peut donc contribuer à les rendre plus compétentes sur le contentieux en matière d'investissement. Néanmoins, les fonds offrant les ressources financières nécessaires font face à certains défis : les États sont souvent de mauvais payeurs ; les frais de procédure ne sont remboursables que si l'investisseur obtient gain de cause ; les investisseurs faisant appel à ce mode de financement peuvent dissimuler des agissements criminels. En vue d'obtenir la confiance des fournisseurs de capitaux à long terme, il est donc indispensable aux fonds d'examiner le mérite des dossiers soumis au règlement par la voie de l'arbitrage.

En France, une autre entrave potentielle pourra émaner du projet de loi Sapin II, notamment de l'article 24 visant à retourner à une pratique précédente d'après laquelle les États pourront jouir d'une immunité de mesure considérable vis-à-vis de l'exécution des sentences les frappant.

Le financement par les tiers peut promouvoir l'accès à la justice, apporter une contribution à la qualité de la sortie de la procédure et surveiller l'évolution des frais. Ces avantages sont cependant complétés par certains inconvénients. Si l'investisseur cache des documents pertinents, le fond peut devenir victime. En effet, la mauvaise foi de la part de l'investisseur n'est décelée fréquemment qu'à une étape tardive. Si l'État défendeur est informé des limites financières du demandeur, celui-là est poussé par son intérêt à recourir à des actions dilatoires.

L'une des questions cruciales de ce mode de financement des litiges est le conflit d'intérêt des avocats qui peut être résolu par la séparation de la représentation de l'investisseur de celle du fond couvrant les frais de la procédure, qui peut cependant constituer un obstacle en termes de coopération. Bien que la raison d'être du financement par les tiers provienne des coûts élevés d'accès à la justice, nous observons paradoxalement une inflation de ces coûts demandés par les tiers payeurs financeurs en raison de l'accroissement du marché. Le fond n'entre dans le

processus que si le montant des dommages et intérêts potentiels est en mesure d'assurer la rentabilité, et que les frais ne s'avèrent pas disproportionnels.

L'activité du tiers payeur financeur a des effets considérables sur le déroulement du litige. La présence de cette entité empêche par exemple de nommer un arbitre qui est son avocat dans une autre procédure. En revanche son existence ne permet pas au tribunal de lui enjoindre de verser les dépens si l'État défendeur obtient gain de cause. Le tiers payeur financeur intensifie le procès, mais il n'est pas certain que cela change la nature du procès en tant que tel. D'autre part, cela affecte le comportement des parties. Enfin, le tiers payeur financeur n'est plus désintéressé par la justice, il n'est plus impartial mais au contraire, il devient intéressé dans la justice dans sa dimension économique.

En conclusion, par l'existence du tiers payeur financeur, la logique économique entre dans le litige, ce qui multiplie notamment l'interférence et modifie le comportement des parties qui est un élément important de la preuve dans le système de la commonlaw américaine.