

*McGill Journal of Dispute Resolution*



*Revue de règlement des différends de McGill*

**Volume 8 (2020-2021), Number 1**

**Trends in International Arbitration**

**Technology, COVID-19 and third-party  
funding expected to fuel disputes in 2022:  
Freshfields' Top Trends in International  
Arbitration in 2022**

By Ryan Hicks\*

---

\* Ryan Hicks (BA '06 and JD/BCL '20) is an Associate in the International Arbitration Group at Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP in New York. He is also a former award-winning journalist with the Canadian Broadcasting Corporation.

## Technology, COVID-19 and third-party funding expected to fuel disputes in 2022: Freshfields' Top Trends in International Arbitration in 2022

Disputes related to technology and COVID-19 measures are expected to pick up steam in 2022, while companies increasingly turn to third-party funders in order to free up capital to finance international arbitration, according to Freshfields Bruckhaus Deringer's [Top Trends in International Arbitration](#) report.

The annual report, authored by 37 international arbitration lawyers across Freshfields, identifies ten trends that they predict will influence the arbitration landscape in the year ahead, including:

- The rising significance of environmental, social and governance (ESG) expectations
- Investment protection within the European Union (EU)
- Emerging behavioural standards
- The drive towards greater efficiency and greener practices

“This time last year, we hoped that 2021 would see the beginning of the end of the COVID-19 pandemic and the start of a global economic recovery. At the beginning of 2022, despite widespread vaccination programs, the pandemic and resulting economic disruption continue to interfere with many fundamental aspects of life and business across the globe,” write the report’s editors, international arbitration lawyers Nigel Blackaby QC, Boris Kasolowsky and Ashley Jones.

- [Click here](#) to read Freshfields’ full 2021 International Arbitration Top Trends report

## The rise of tech-related investor-state disputes

Technology companies are traditional in the sense that they often turn to litigation to resolve their disputes. However, “tech companies are becoming more aware of investment treaty protections and are also turning to arbitration for disputes involving cryptocurrency, blockchain, and artificial intelligence,” write lawyers Elliot Friedman, Sofia Klot and Annie Pan.

Recent high-profile examples include Uber’s January 2020 threat to bring a claim against Colombia under the *US-Colombia Trade Promotion Agreement* after the Colombian competition authority imposed a nationwide ban on the ride-hailing app. Even more recently, Canadian and US investors filed claims against Mexico under NAFTA and CUSMA following Mexico City’s cancellation of a concession to replace all analog taximeters with digital ones and develop an accompanying ride-hailing app.

A number of recent investment treaty cases also implicate countries’ attempt to regulate data, security and cybersecurity. For instance, a Chinese company filed an arbitration against Ukraine following the blocking of a takeover of an aerospace company that allegedly owns sensitive technology,

and Huawei notified a dispute against Sweden under the Sweden-China Bilateral Investment Treaty after being banned from the country's 5G rollout amid allegations of spying.

Friedman, Klot and Pan expect more of these disputes in the coming years, as tech companies increasingly become aware of the availability and power of investment treaties, and governments expand regulation in the tech sector. "These cases are also set to raise interesting questions relating to how investment treaties protect purely digital or delocalized platform investments, since treaties typically protect investments 'in the territory' of the host state," they write.

## **COVID-19 will continue to shape the arbitration landscape**

The pandemic has given rise and is likely to continue to give rise to new disputes, ranging from the consequences of business interruption across a wide range of sectors to the impact of COVID-19-related measures implemented by States on investors, write John Choong, Lluís Paradell, Alexandra van der Meulen and Olivier André.

COVID-19 has continued to be invoked as part of *force majeure*, frustration, and economic impossibility arguments. However, "the threshold to rely on these defenses is becoming increasingly high with courts and arbitral tribunals taking the view that the second and subsequent waves of COVID-19 (and the attendant recurring lockdowns and restrictions) are not sufficiently 'unforeseeable,'" they write.

Government emergency measures adopted during the pandemic are likely to lead to an increase in the number of COVID-19-related investor-State disputes, write Choong, Paradell, van der Meulen and André. Proceedings have already been commenced in the air travel sector, including arising out of Chile's alleged failure to provide relief to an airport's concession; Moldova's claimed use of COVID-19 as justification for terminating a concession; and Cabo Verde's nationalization of an airline. Disputes have also been threatened in relation to energy reforms prompted by COVID-19 and pension fund withdrawal measures.

## **Pandemic effects likely to catalyze interest in third-party funding**

Liquidity management continues to be a central focus in companies' strategies for resilience against the pandemic. This focus is coming into sharper relief as companies prepare for rising interest rates and the impending withdrawal of government stimulus programmes, write Noiana Marigo, Caroline Richard, Noah Rubins QC and Samantha Tan.

One key tool for liquidity management is capital allocation strategy, and third-party funding of legal claims appears complementary to this strategy, according to the authors. “Users cite the freeing up of working capital, taking cost liability off the balance sheet, and risk management as the top three key benefits of litigation funding. There is now even a growing market for the sale and purchase of arbitration awards, through which claimants can monetize awards in their favour without incurring the risk and cost of enforcement,” they write.

“What is key is that today, with third-party funding, companies struggling with the prolonged effects of the pandemic can still bring arbitration claims without impacting their liquidity,” says Noiana Marigo, a partner in the firm’s New York office, head of the firm’s International Arbitration practice in the Americas and co-head of the firm’s Latin America practice.

Additional trends to watch for in 2022:

- Growing environmental, social and governance (ESG) expectations of business and the implementation of broader climate change goals are expected to lead to an increase in ESG-related disputes being referred to arbitration, not least in the energy and construction sectors as companies strive to implement net zero and global energy transition programmes over the coming years.
- In the EU, the European Court of Justice has sought to further curtail investment protection. The European Court of Justice has extended the historic decision in *Achmea*, which had declared arbitration clauses in intra-EU bilateral investment treaties incompatible with EU law, to intra-EU Energy Charter Treaty arbitration and ad hoc arbitration clauses. As a result, investors will seek to protect themselves going forward.
- Continued skepticism of investor-state dispute settlement (ISDS) has led to renewed efforts at pushing reform. The long-awaited revised International Centre for Settlement Investment Disputes (ICSID) Rules are due to be launched in 2022 with novel features such as a new fast-track arbitration procedure designed for investor-State disputes. Reform in the ISDS sphere follows extensive procedural reforms of rules aimed at making commercial arbitration more efficient and cost effective over recent years.

To read the full *Freshfields Top Trends in International Arbitration 2022*, [click here](#).

## **La technologie, la COVID-19 et le financement par des tiers devraient conduire à une augmentation des litiges en 2022 :**

### **Les principales tendances de Freshfields en matière d'arbitrage international en 2022**

Les litiges liés à la technologie et aux mesures COVID-19 devraient s'accroître en 2022, tandis que les entreprises se tournent de plus en plus vers les tiers financeurs afin de libérer des capitaux pour financer l'arbitrage international, selon le rapport [Top Trends in International Arbitration](#) de Freshfields Bruckhaus Deringer.

Le rapport annuel, rédigé par 37 avocats spécialisés en arbitrage international au sein de Freshfields, identifie dix tendances qui, selon eux, influenceront le paysage de l'arbitrage au cours de l'année à venir, notamment :

- L'importance croissante des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG)
- La protection des investissements au sein de l'Union européenne (UE)
- Les nouvelles normes de comportement
- La recherche d'une plus grande efficacité et de pratiques plus écologiques

« L'année dernière, à la même époque, nous espérions que 2021 marquerait le début de la fin de la pandémie de COVID-19 et le début d'une reprise économique mondiale. Au début de l'année 2022, malgré des programmes de vaccination généralisés, la pandémie et les perturbations économiques qui en résultent continuent d'interférer avec de nombreux aspects fondamentaux de la vie et des affaires dans le monde entier », écrivent les rédacteurs du rapport, les avocats spécialisés en arbitrage international Nigel Blackaby QC, Boris Kasolowsky et Ashley Jones.

- [Cliquez ici](#) pour lire le rapport complet de Freshfields sur les principales tendances de l'arbitrage international en 2021.

### **L'essor des différends liés à la technologie entre investisseurs et États**

Les entreprises technologiques sont traditionnelles dans le sens où elles se tournent souvent vers le contentieux pour résoudre leurs litiges. Cependant, « les entreprises technologiques sont de plus en plus conscientes des protections que peuvent offrir les traités d'investissement et se tournent

également vers l'arbitrage pour les litiges impliquant les crypto-monnaies, le blockchain et l'intelligence artificielle », écrivent les avocats Elliot Friedman, Sofia Klot et Annie Pan.

Parmi les exemples récents très médiatisés, citons la menace d'Uber, en janvier 2020, d'intenter une action contre la Colombie en vertu de l'accord de promotion du commerce entre les États-Unis et la Colombie, après que l'autorité colombienne de la concurrence ait imposé une interdiction nationale à l'application de covoiturage. Plus récemment encore, des investisseurs canadiens et américains ont intenté des procédures contre le Mexique en vertu de l'ALENA et de l'ACEUM après l'annulation par la ville de Mexico d'une concession visant à remplacer tous les taximètres analogiques par des taximètres numériques et à développer une application de covoiturage.

Un certain nombre d'affaires récentes liées à des traités d'investissement concernent également les tentatives de certains pays de réglementer les données, la sécurité et la cybersécurité. Par exemple, une entreprise chinoise a commencé un arbitrage contre l'Ukraine à la suite d'un blocage du rachat d'une entreprise aérospatiale censée détenir des technologies sensibles. Huawei a également commencé une procédure contre la Suède dans le cadre du traité bilatéral d'investissement Suède-Chine après avoir été interdit de participer au déploiement 5G dans le pays en raison d'allégations d'espionnage.

Friedman, Klot et Pan s'attendent à ce que ces litiges se multiplient dans les années à venir, les entreprises technologiques prenant conscience des protections importantes qu'offrent les traités d'investissement dans le secteur technologique de plus en plus réglementé par les États. « Ces affaires soulèveront également des questions intéressantes sur la façon dont les traités d'investissement protègent les investissements purement numériques ou les investissements dans des plateformes délocalisées, puisque les traités protègent généralement les investissements 'sur le territoire' de l'État hôte », écrivent-ils.

## **La COVID-19 continuera à influencer le paysage de l'arbitrage**

La pandémie a donné et continuera probablement à donner lieu à de nouveaux litiges, allant des conséquences des interruptions d'activité dans un large éventail de secteurs à l'impact sur les investisseurs des mesures liées à la COVID-19 mises en œuvre par les États, écrivent John Choong, Lluís Paradell, Alexandra van der Meulen et Olivier André.

La COVID-19 a continué d'être invoquée dans le cadre d'arguments de force majeure, de frustration et d'impossibilité économique. Cependant, « les critères d'application de ces défenses sont de plus en plus élevés, les cours et les tribunaux arbitraux considérant que la deuxième vague de COVID-19 et les vagues suivantes (ainsi que les blocages et restrictions récurrents qui en découlent) ne sont pas suffisamment 'imprévisibles' », écrivent-ils.

Les mesures d'urgence adoptées par les gouvernements pendant la pandémie entraîneront probablement une augmentation du nombre de litiges liés à la COVID-19 entre investisseurs et États, écrivent Choong, Paradell, van der Meulen et André. Des procédures ont déjà été entamées dans le secteur du transport aérien, notamment en raison de l'incapacité présumée du Chili à fournir une aide à la concession d'un aéroport, de l'utilisation présumée de la COVID-19 par la Moldavie pour justifier la résiliation d'une concession et de la nationalisation d'une compagnie aérienne par le Cap-Vert. Les réformes énergétiques liées à la COVID-19 et les mesures de retrait des fonds de pension pourraient également conduire à des litiges.

## **Les effets de la pandémie sont susceptibles de catalyser l'intérêt pour le financement des litiges par des tiers**

La gestion des liquidités reste un élément central des stratégies de résilience des entreprises. Cet aspect est d'autant plus important que les entreprises se préparent à la hausse des taux d'intérêt et à l'arrêt imminent des programmes de relance gouvernementaux, écrivent Noiana Marigo, Caroline Richard, Noah Rubins QC et Samantha Tan.

L'un des outils clés de la gestion des liquidités est la stratégie d'allocation des capitaux, et le financement par des tiers des litiges semble complémentaire de cette stratégie, selon les auteurs. « Les utilisateurs citent la libération du fonds de roulement, le fait de sortir les coûts de la responsabilité du bilan et la gestion des risques comme les trois principaux avantages du financement des litiges. Il existe même aujourd'hui un marché croissant pour la vente et l'achat de sentences arbitrales, grâce auquel les demandeurs peuvent monnayer les sentences en leur faveur sans encourir le risque et le coût de l'exécution », écrivent-ils.

« Ce qui est essentiel, c'est qu'aujourd'hui, grâce au financement par des tiers, les entreprises aux prises avec les effets prolongés de la pandémie peuvent encore introduire des demandes d'arbitrage sans que cela n'ait d'incidence sur leurs liquidités », explique Noiana Marigo, associée du bureau de New York, responsable de la pratique de l'arbitrage international dans les Amériques et coresponsable de la pratique de l'Amérique latine au

cabinet.

Autres tendances à surveiller en 2022 :

- Les attentes croissantes des entreprises en matière d'environnement, de société et de gouvernance (ESG) et la mise en œuvre d'objectifs plus larges en matière de changement climatique devraient entraîner une augmentation du nombre de litiges liés à l'ESG soumis à l'arbitrage, notamment dans les secteurs de l'énergie et de la construction, car les entreprises s'efforcent de mettre en œuvre des programmes « net zéro » et de transition énergétique globale.
- Dans l'UE, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a cherché à restreindre davantage la protection des investissements. La CJUE a étendu la décision historique rendue dans l'affaire *Achmea*, qui avait déclaré les clauses d'arbitrage des traités bilatéraux d'investissement intra-UE incompatibles avec le droit communautaire, à l'arbitrage intra-UE du Traité sur la Charte de l'énergie et aux clauses d'arbitrage ad hoc. Par conséquent, les investisseurs chercheront à se protéger à l'avenir.
- Le scepticisme persistant à l'égard du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) a conduit à un regain d'efforts pour pousser à la réforme. Les règles révisées du Centre International pour le Règlement des Différends relatif aux Investissements (CIRDI), attendues depuis longtemps, devraient être lancées en 2022 et comporter des éléments nouveaux, tels qu'une nouvelle procédure d'arbitrage accélérée conçue pour les différends entre investisseurs et États. La réforme dans le domaine de RDIE fait suite aux vastes réformes procédurales des règlements, ces dernières années, visant à rendre l'arbitrage commercial plus efficace et économique.

*Pour lire l'intégralité du rapport Fresh ields Top Trends in International Arbitration 2022, [cliquez ici](#).*