

Rapport du Club des juristes

Financement du procès par les tiers



Juin 2014

**FINANCEMENT
DU PROCES PAR LES TIERS
RAPPORT DU CLUB DES JURISTES**

Commission financement
de procès par les tiers
Juin 2014



Composition de la commission

Président :

Jean-Pierre ANCEL

Président de la Chambre honoraire de la Cour de cassation

Rapporteurs :

Philippe PINSOLLE

Avocat associé, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Paris

Maximin DE FONTMICHEL

Maître de conférences, Université de Versailles - Saint-Quentin

Membres :

Louis D'AVOUT

Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas

Jean-Georges BETTO

Avocat associé, betto seraglini, Paris

Thomas CLAY,

Professeur, Université de Versailles - Saint-Quentin

Louis DEGOS

Avocat associé, KL&Gates, Paris.

Jean-Yves GARAUD

Avocat associé, Cleary Gottlieb, Paris

Jean-Pierre GRANDJEAN

Avocat associé, Clifford Chance, Paris

Marc HENRY

Avocat associé, Hugues & Hubbard, Paris

Emmanuel JEULAND

Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Elie KLEIMAN

Avocat associé, Freshfields Bruckhaus Deringer

Laurent LEVY

Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler, Genève

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
I. LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES DU CONTRAT DE FINANCEMENT DE PROCES.....	12
II. ANALYSE DE CERTAINES CLAUSES ET SITUATIONS PROBLEMATIQUES	19
III. L'ARTICULATION DE L'OPERATION DE FINANCEMENT DE PROCES AVEC LE MONOPOLE BANCAIRE FRANÇAIS	25
IV. LE FINANCEMENT DE PROCES PAR LES TIERS A L'EPREUVE DES REGLES DEONTOLOGIQUES DE LA PROFESSION D'AVOCAT	32
V. LES PRINCIPALES DIFFICULTES LIEES A L'ARBITRAGE	40
 ANNEXE 1	
Résumé des principales propositions de la commission.....	67
 ANNEXE 2	
Personnes auditionnées par la commission.....	70

INTRODUCTION

Un nouveau phénomène à la lisière du monde financier et juridique est en train de faire évoluer notre science du procès. Il s'agit de l'éclosion de sociétés ou de fonds spécialisés dans le financement de procès. Exposé simplement, il s'agit pour ce tiers de prendre à sa charge toutes les factures d'une partie au procès, en échange de quoi il récupère un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue du procès. Il investit dans l'action en justice, que celle-ci soit judiciaire ou extra-judiciaire, en échange d'un résultat du procès.

Historiquement, le phénomène de financement de procès par un investisseur spécialisé s'est d'abord développé en Allemagne et dans les pays de Common Law sous la dénomination de « *Third-Party Funding* » ou « *Third-Party Funder* »¹ (TPF). Né en Australie au début des années

(1) J. Lyon, « Revolution in Progress : Third-Party Funding of American Litigation », *UCLA L. Rev.*, 2010. 571 ; C. J. Hendel, « Third Party Funding », *Spain Arb. Rev.*, 2010.67 ; J. Beisner, J. Miller et G. Rubin, « Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party Funding in the United States », *U.S. Chambers Institute for Legal Reform*, 2009 ; « Case Notes on Third-Party Funding, GAR, n°1 2008 p. 34 ; D. Wehrli, « Contingency Fees – Pactum de Palmario, Civil Law Approach », *Bull. ASA*, 2008.241 ; « Legal and Ethical Issues Regarding Third Party Funding », *Los Angeles Lawyer*, 2009 ; *Varii autoris*, « Improved Access to Justice – Funding Options & Proportionate Costs. The Future of Funding Litigation – Alternative Funding Structures », Civil Justice Council, Juin 2007 disponible à : www.costsdebate.civiljusticecouncil.gov.uk/ ; R. Mulheron et P. Cashman, « Third Party Funding of Litigation : A Changing Landscape », *Civ. Just. Q.*, 2008.312. A. Charlton, « Kicking (all) the Tyres », 2 déc. 2010, disponible à : <http://kluwerarbitrationblog.com/blog> ; Ph. Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011.385 ; E. Bertrand, « The Brave New World of Arbitration : Third-Party Funding », *Bull. ASA* 2011.607 ; M. de Morpurgo, « A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding », *Cardozo J. Int'l and Comp. L.*, 2011.343 ; A. J. Sebok, « Betting on Tort Suits after the Event : from Champerty to Insurance », *DePaul L. Rev.* 2011.453 ; M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. soc.* 2012.279 ; G. Gharavi, « Le financement par un tiers », in W. Ben Hamida et Th. Clay (dir), *L'argent dans l'arbitrage*. Lextenso, 2013, p. 33.

1990², il s'est ensuite développé dans le reste des pays anglo-américains, en particulier aux Etats-Unis et, beaucoup plus récemment, au Royaume-Uni, où la plupart des SFP sont cotées dans le marché boursier des capitaux alternatifs de Londres. Au départ, à l'exception de l'Allemagne, l'essor de ces sociétés dans les pays de tradition civiliste n'a pas été important, en raison notamment du coût plus faible d'une action en justice et de l'interdiction d'accorder des dommages punitifs³. Toutefois, elles se sont peu à peu développées dans quelques pays de droit romano-germanique (Autriche, Suisse)⁴. Ainsi, en Suisse, le Tribunal Fédéral a décidé d'écarter une disposition législative visant à interdire le financement du contentieux par des tiers, au nom de la liberté du commerce⁵, faisant de ce pays une terre d'accueil des SFP. Cette activité s'implante à présent en France, notamment à travers le marché du financement de l'arbitrage international⁶. Si la plupart de ces sociétés sont d'origine étrangère, deux sociétés françaises ont pour objet désormais cette activité d'un type un peu particulier⁷. On comptabilise encore peu de tiers investisseurs dans le procès en France, que ce soit en matière de contentieux ou d'arbitrage. Toutefois, la place de Paris comme capitale de l'arbitrage international conduit nos juridictions à connaître de ces contrats de financement d'un type un peu particulier.

(2) M. de Morpurgo, « A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding », préc. p. 360. Les SFP australiennes actives sur le marché du financement de procès : IMF Ltd (<http://www.imf.com.au>); Litigation Lending Services Ltd (<http://www.litigationlending.com.au>); LCM Litigation Fund (<http://www.lcmlitigation.com.au>).

(3) Ch. Toggenburger, « Financing Private Litigation – A European Alternative to Contingency Fees », *Eur. J. Law Reform*, 2002.603 spéc. p. 620.

(4) Citons par exemple en Allemagne : Allianz Prozessfinanzierung (<http://www.allianz-profi.de>) ; FORIS Finanziert Prozesse (<http://www.foris.de>). En suisse : Processfinanz (<http://www.processfinanz.ch>) ; JuraPlus (<http://jura-plus.ch>).

(5) V. « Cases Notes on Third-Party Funding », préc. p. 37.

(6) *La Française AM* (<http://www.lafrancaise-am.com/>).

(7) *La Française AM et Alter Litigation*.

Le champ d'étude de ce rapport cible cette activité controversée de recherche de rentabilité financière sur le procès par des tiers investisseurs. Sont exclus du champ d'étude de ce rapport d'autres procédés de financement de procès par les tiers plus traditionnels et dont les modalités de rémunération de la mise à disposition des fonds diffèrent. En effet, les tiers financeurs financent la procédure en contrepartie d'un intéressement, plus ou moins grand, aux résultats en cas de succès. Dès lors, sont écartées de notre étude, les assurances sous toutes leurs formes : c'est le cas des contrats d'assurance dits « Protection juridique », où la compagnie d'assurance prend en charge les frais de défense du plaideur en cas de survenance d'un litige en contrepartie du versement d'une prime mensuelle ; c'est le cas également des contrats dits *Insurance After Event* qui ne couvrent les frais du procès que si l'assuré a perdu. Sont écartés également de l'analyse les contrats de prêt qui obligent à une restitution des sommes avancées ou encore les honoraires de résultat par les avocats qui posent des questions déontologiques spécifiques et qui ne constituent qu'une modalité de rémunération de leur activité.

L'enjeu de la Commission. Le financement du contentieux par un tiers-financeur implique une évolution de la vision classique que l'on a en France du procès décorrélé de toute idée de profit. Il perturbe également certaines de nos règles classiques de droit processuel lorsque le financeur ne se contente pas d'un rôle strictement financier mais s'implique stratégiquement dans la conduite du procès. Il met en cause la politique de financement public de la justice civile et commerciale⁸ et pose la question du rôle du monde de la finance et d'institutions privées dans l'accès à la justice et sa qualité. **Aujourd'hui les réclamations sont perçues par les sociétés de financement de procès comme une classe d'actifs financiers. Certaines réclamations individuelles se sont donc transformées en portefeuilles d'actifs pouvant faire l'objet de techniques de financement modernes.** La question est celle de la compatibilité de cette stratégie d'investissement avec le droit français.

(8) V. G. Canivet et D. Hascher, « L'incidence sur la politique judiciaire des Etats », in *Le Financement du contentieux par un tiers*, sous la dir. de C. Kessedjan, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2012 p. 117.

Objectifs de la Commission. Le recours à des fonds révèle nombre de dangers. La Commission a fait le choix de les affronter et de n'occulter aucune question délicate. L'objectif n'est pas d'interdire cette activité s'incriminant dans une logique de financement qui peut éventuellement présenter une utilité pour la justice civile et commerciale par l'option supplémentaire de financement qu'elle offre. L'objectif de cette Commission a été d'analyser le phénomène tel qu'il se présente en pratique, de vérifier la compatibilité de cette activité avec les réglementations impératives françaises, dans la mesure du possible de proposer une qualification, et d'identifier certaines questions relatives à l'arbitrage international qui est présenté par les financeurs comme un domaine de développement de leur activité en France.

Méthode de travail de la Commission. Les travaux de la Commission se sont déroulés entre le mois de mars et de décembre 2013. Au cours de cette période, les membres de la Commission ont travaillé collectivement lors de séances mensuelles et individuellement, par la remise de notes et de documentation diverse. Par ailleurs, la Commission a auditionné des spécialistes de cette activité, qu'ils soient tiers-financeur, arbitre ou avocat, pour éclairer les travaux de la Commission. Les obligations et contraintes des uns et des autres ont empêché d'être au complet pour certaines séances. Néanmoins, chaque réunion a fait l'objet d'un procès-verbal transmis ensuite à l'ensemble des membres pour permettre à tous les membres, présents ou absents, lors d'une séance de prendre part au débat. Que ce soit dans le cadre des procès verbaux ou de la rédaction du rapport, l'anonymat des prises de position respectives des membres a été respecté scrupuleusement. Le présent rapport n'engage individuellement aucun d'entre eux mais reflète un consensus majoritaire au sein de la Commission. Des objections ou des oppositions ont été formulées entre les membres. Néanmoins, chaque point en discussion a fait l'objet d'un travail de synthèse permettant d'aboutir à des conclusions et des propositions uniformes.

Annnonce de plan : ce rapport se propose d'analyser l'activité de financement de procès sous le prisme du droit français. A ce titre, il fait force de propositions d'abord en matière contractuelle, en abordant l'épineuse

question de la qualification de l'opération **(I)** et en analysant certaines clauses ou situations problématiques **(II)**. Ensuite, le rapport aborde les difficultés d'articulation avec le monopole bancaire français en matière d'opération de crédit **(III)** et avec les règles déontologiques des avocats **(IV)**. Enfin, le rapport consacre des développements substantiels et spécifiques sur les difficultés que pose l'activité de financement de procès en droit de l'arbitrage **(V)**.

I. LES QUALIFICATIONS JURIDIQUES DU CONTRAT DE FINANCEMENT DE PROCES

Les auteurs ayant envisagé le mécanisme de financement par les tiers au plan du droit civil ont analysé diverses qualifications : principalement celles de prêt, assurance, apport en société, prestation de service, contrat composite ou contrat *sui generis*⁹. Cette dernière analyse, *sui generis*, ne peut être retenue qu'en dernier lieu, si aucun contrat nommé du Code civil n'apparaît adapté, seul ou conjointement à d'autres. Les membres de la Commission ont donc analysé en premier lieu les qualifications en principe exclues **(1)** avant de proposer en second lieu une qualification possible de l'opération de financement **(2)**.

(9) La notion de *dominus litis* n'est guère utilisable pour qualifier l'activité du tiers financeur tant en raison de son contenu que de ses incertitudes. Elle n'est qu'une expression et non une catégorie juridique précise, elle n'a donc pas de qualité procédurale particulière, ni de statut ou régime défini. Sa nature juridique est diverse : le *dominus litis* peut être un avocat, une partie, ou autre. Il s'agit simplement d'une expression servant à désigner la personne qui maîtrise réellement un dossier, par opposition à une autre, lorsque plusieurs personnes participent à la défense d'une partie, d'un dossier, ou plus généralement d'une cause. V. sur cette notion, en particulier, J.-C. Woog, M.-C. Sari, S. Woog et C. Goudineau, *Pratique professionnelle de l'avocat*, 4e éd., Litec, 2001, n° 1.6.8 ; M-L Demeester, « Avocat (responsabilité) », *Rép. Dalloz Civ.* n°86 ; N. Cayrol « Action en justice », *Rép. Dalloz Proc. Civ.*, n°452 ; F.-J. Pansier, « Frais et dépens », *Rép. Dalloz Proc. Civ.*, n°90.

1) Les qualifications en principe exclues

Certaines qualifications sont peu probables eu égard à l'économie normale de l'opération.

Jeu et pari. Doit être tout d'abord exclue la qualification de jeu ou pari au sens des articles 1965 et s. du Code civil. En dépit du caractère spéculatif de l'opération de financement, celle-ci trouve une justification extérieure à la pure spéculation, qui réside dans l'assistance apportée à la partie au procès. Le contrat de TPF relève de la catégorie générale des « contrats aléatoires » au sens de l'article 1964, sans relever de la prohibition particulière liée au jeu et pari¹⁰. En circonstance normale, l'opération de financement est construite autour d'une prestation réelle du tiers financeur – mise à disposition de fonds et assistance - qui constitue tout à la fois l'objet principal et la cause, au sens juridique du terme, de l'engagement des parties, l'aléa n'affectant que les modalités de rémunération de cette prestation.

Assurance. Le caractère aléatoire de la rémunération du TPF rapproche l'opération du contrat d'assurance, mais n'y correspond pas exactement. Comme l'assurance, le TPF est une opération aléatoire mais l'aléa ne conditionne pas identiquement les prestations du professionnel. Dans le cas de l'assurance, la prime, contrepartie de la mutualisation du risque, est inconditionnellement due à l'assureur, tandis que l'obligation de règlement de ce dernier est subordonnée à la réalisation du risque ; tout à l'inverse, dans l'opération de TPF, l'aléa affecte l'obligation de la partie financée. Autrement dit, l'obligation financière du TPF est inconditionnelle tandis que la rémunération du financeur est subordonnée au succès de la demande.

Prêt. Selon l'article 1875 du Code civil : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». La qualification de prêt, au sens du droit civil des contrats spéciaux, apparaît inadaptée car une des obligations essentielles réside dans la restitution de la chose

(10) V. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, 9^e éd. 2011, n°954 s.

prêtée. L'opération étudiée présente en revanche une certaine ressemblance avec l'institution ancienne du droit maritime¹¹ dénommée prêt à la grosse aventure, mais cette dernière opération n'empporte pas de régime contraignant en droit positif.

Opérations translatives. Seront enfin régulièrement écartées les qualifications adaptées aux opérations translatives telles la cession de créance et l'apport en société.

- **Cession de créance.** Tout d'abord, la cession de créance, non prohibée tant que l'action en justice est considérée comme l'accessoire du droit substantiel litigieux, ne correspond pas à l'opération principale voulue par les parties dans les contrats qui nous ont été présentés. Le TPF souhaite généralement éviter toute participation aux risques liés à la propriété de la créance litigieuse. Une cession de créance surviendrait-elle exceptionnellement en exécution du contrat (par exemple, à titre accessoire, en garantie des droits du TPF sur la condamnation), qu'il s'agirait alors d'une cession interne en principe non opposable au tiers en l'absence des formalités requises (v. art. 1690 du Code civil). A supposer que l'autre partie puisse prouver l'existence de cette cession et sa survenance en cours de procès, le mécanisme français du retrait litigieux de l'article 1699 serait susceptible d'intervenir. En matière internationale, il est généralement considéré que le retrait litigieux précité s'applique aux créances cédées régies par le droit français. De plus, une application en qualité de loi de police locale ne peut être exclue, mais elle supposerait que soit démontrée une proximité particulière entre la créance cédée, le débiteur et la France. Si la cession survient en cours de procédure, il subsiste donc un risque de mise en œuvre du mécanisme de retrait litigieux. Dans la pratique qui nous a été présentée, ce risque est minime puisqu'il est régulièrement fait recours à des cessions de droits futurs (*a priori* non prohibées) portant sur la condamnation devenue définitive.

(11) En anglais on parle de « *venture capital* » à propos du TPF, « *venture* » venant du français aventure.

- **Apport en société.** Le régime juridique lié à la qualification sociétaire (société en participation ou société créée de fait) est généralement écarté pour un motif de droit tiré d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2005, selon lequel une action en justice ne peut faire l'objet d'un apport en jouissance rémunéré par l'attribution de droits sociaux. L'exclusion de la qualification sociétaire en droit français, contrairement à ce qui existe, semble-t-il, en Allemagne, suppose une interprétation amplifiante de l'arrêt précité, appliquée à un éventuel apport en « propriété » du droit d'action ou de la créance litigieuse. En fait, c'est bien plutôt sur un critère intentionnel, lié à l'absence d'*affectio societatis* des parties du contrat de TPF, que l'on aboutira à l'exclusion de la qualification sociétaire dans la majeure partie des cas. Le critère de la participation égalitaire aux pertes n'apparaît pas décisif, puisqu'en cas d'insuccès de l'action en justice, financeur et financé perdraient communément la chose par eux apportée. La mise en œuvre concrète de l'accord de financement pourrait, en cas d'immixtion caractérisée du tiers financeur dans la gestion des demandes en justice, faire exceptionnellement dégénérer en « société créée de fait » la relation contractuelle examinée (avec toutes conséquences de droit tirées du régime des sociétés en participation¹²).

2) La qualification possible

Ces qualifications étant en principe exclues, car inadaptées à l'économie générale de l'opération, la qualification moderne qui vient à l'esprit est celle de prestation de services. Or, le Code civil ne recèle pas cette qualification générale et dirige vers la qualification ancienne de contrat d'entreprise, et même de loueur d'ouvrage¹³. Selon l'article 1779 du Code civil : « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage de service ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés ». Le droit du contrat d'entreprise s'applique

(12) V. spéc. art. 1872 et 1872-1 C. civ. et v. encore les observations infra II et V.

(13) F. Labarthe et C. Noblot, *Le contrat d'entreprise*, (J. Ghestin, Traité de droit civil) LGDJ, 2008.

donc par principe aux prestations de service immatérielles réalisées par un prestataire indépendant.

Présentement, la prestation de service offerte par le TPF apparaît composite ; elle consiste en une avance de trésorerie étroitement associée à un diagnostic et à un suivi du contentieux. Il s'agit d'un service d'assistance non exclusivement juridique conçu comme un accessoire de la prestation financière et pouvant présenter également un intérêt aux yeux de la partie financée. C'est conformément au régime du contrat d'entreprise que la Cour de cassation a considéré comme possible une réduction de la rémunération proportionnelle d'un financeur de procès dans les cas où elle serait excessive. Sans le qualifier explicitement de contrat d'entreprise, la Cour de cassation a néanmoins paru vouloir appliquer le régime de révision judiciaire du prix propre à ce type de contrat en indiquant « que l'aléa exclusivement supporté ne faisait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue » lorsque celle-ci serait « excessive au regard du service rendu »¹⁴. Cette jurisprudence fait courir un risque au TPF concernant sa créance de rémunération, risque qui appelle les observations suivantes :

- Le risque ne disparaît pas en évitant la qualification contrat d'entreprise/prestation de service puisqu'il ne peut être exclu que la solution soit applicable à d'autres contrats aléatoires, fussent-ils *sui generis*.
- C'est d'ailleurs le cas de la rémunération de l'arbitre dont le montant peut faire l'objet d'une révision judiciaire s'il paraît excessif. On trouve cette solution dans la jurisprudence française depuis plus de deux siècles¹⁵, et de façon presque constante depuis¹⁶, avec l'approbation de la

(14) Civ. I, 23 nov. 2011, n° 10-16770, P+B.

(15) Cass. req., 18 janv. 1808 (Guestier), *Jur. gén.*, Vis Arbitrage-Arbitre, spéc. n° 1357 *ad notam*.

(16) Bordeaux 22 déc. 1836 (Soulié), *Jur. gén.*, Vis Arbitrage-Arbitre, spéc. n° 1352 *ad notam* ; Rennes 6 janv. 1844 (Dugast), *Jur. gén.*, Vis Arbitrage-Arbitre, spéc. n° 1025 *ad notam* ; Orléans 28 janv. 1852 (Bertrand), *D.* 1855.II.45 ; Colmar 6 févr. 1957 (Cabinet Roux), *JCP* 1957.IV.129 ; TGI Paris 25 nov. 1999 (G. Bonnet, A. Le Tarnec, B. Phelip), *D.* 2003.Somm.2475, obs. Th. Clay (dans cette affaire, le tribunal n'a pas prononcé une diminution du montant des honoraires des arbitres, mais il a examiné la proportionnalité de la rémunération avec le travail fourni, montrant ainsi sa compétence pour une éventuelle révision judiciaire des honoraires de l'arbitre). *Contra* : Paris 24 févr. 1984 (SEM), *Rev. arb.* 1985.178, obs. Th. Bernard.

doctrine¹⁷. Et on retrouve la même solution dans nombre de droits étrangers qui autorisent la réduction d'honoraires des mandataires ou des entrepreneurs, et parfois même expressément des arbitres, notamment en Angleterre¹⁸, en Italie¹⁹, au Danemark²⁰, en Suède²¹, en Suisse²², en Finlande²³, au Brésil²⁴, etc.

- La jurisprudence établie de la Cour de cassation, relative à la rémunération des honoraires dans le contrat d'entreprise, est critiquée par la doctrine dans l'hypothèse où ces honoraires ont été convenus par avance ; si bien que le domaine incontestable d'application de cette jurisprudence se réduit aux hypothèses de fixation unilatérale par le professionnel de sa rémunération, ce qui n'est pas le cas du TPF.

(17) Glasson, A. Tissier et R. Morel : *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*. Librairie du Recueil Sirey, t. V, 3e éd., 1936, spéc. n° 1824 ; Garsonnet et Ch. César-Bru : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*. Sirey, 3e éd., 1925, t. VIII, spéc. n° 265 ; E. Gaillard : "Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international", *Rev. arb.* 1990.759, spéc. p. 794 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman : *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec, 1996, spéc. n° 1160 ; Ph. Fouchard : "Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française", *op. cit.*, spéc. n° 91 ; J. Robert : *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*. Avec la collaboration de B. Moreau. Dalloz, 6e éd., 1993, spéc. n° 209-1 ; Th. Clay : *L'arbitre*. Préface de Ph. Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spéc. n° 884-885. *Contra* : R. David : *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé. Étude de droit comparé*. Société des Nations, Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, «L'Universale» tipografia poliglotta, Rome, 1932, spéc. p. 64, note 1 ; G. Keutgen : « Propos sur le statut de l'arbitre », in *Mélanges Pierre van Ommeslaghe*. Avant-propos de L. Simont. Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 921, spéc. n° 27.

(18) Arbitration Act du 17 juin 1996 (art. 64). Sur la question, *cf.* R. Bernstein : « Some Increased Responsibilities of Arbitrators and of those who appoint them », *Intern. Arb. Law Rev.* 1998.51.

(19) Code de procédure civile (art. 814).

(20) Loi sur l'arbitrage de 2005 (art. 34-3).

(21) Decision in Case O' 4227-06, *Melis, Hobér, Kraus v. Soyak International Construction & Investment Inc.*, December 3, 2008, NJA 2008, part I, 1118 (Swed. Sup. Ct.). Une traduction anglaise de cette décision est publiée dans 24 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* (March 2009).

(22) Concord. intercant. arb. suisse (art. 40, al. 3). Pour une application, *cf.* T. cantonal du canton du Valais, 17 juill. 1996 (Émile Avanthey), *Bull. Ass. suis. arb.* 1998.432.

(23) Loi sur l'arbitrage de 1999 (art. 47).

(24) Loi brésilienne sur l'arbitrage du 23 sept. 1996 (art. 11).

- Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, le débiteur du TPF était une personne physique ayant contracté pour les besoins d'un contentieux familial. On comprend dès lors que la solution jurisprudentielle rigoureuse ne soit pas d'évidence transposable aux rémunérations proportionnelles des TPF, conclues dans les relations d'affaires.
- Par ailleurs, la rémunération proportionnelle n'est pas proscrite par l'arrêt mais seulement soumise au contrôle de l'excès au regard du service rendu. Or, la complexité des diligences accomplies par les TPF, dans les affaires internationales à tout le moins, empêche d'y voir, par principe, un service dérisoire.
- Au demeurant, la solution française ne paraît pas relever des valeurs juridiques essentielles au point d'être rattachée à l'ordre public international ; de sorte que le risque de révision judiciaire de la rémunération du TPF disparaîtrait absolument dans les contrats internationaux par la soumission de ceux-ci à un droit étatique excluant la révision judiciaire en matière de financement de procès²⁵.

Conclusion. Après avoir débattu de l'opportunité d'une qualification unitaire en contrat d'entreprise, et d'une qualification *sui generis*, la Commission s'est finalement accordée sur l'analyse consistant à voir dans le contrat de financement de procès un **contrat composite**, associant des prestations diverses susceptibles de relever de contrats spéciaux typiques : entreprise, mandat, cession, contrat aléatoire... Conformément au principe de liberté contractuelle, exprimé à l'article 1107 du Code civil, les parties sont libres de concevoir un régime contractuel cohérent et unitaire à partir des régimes fractionnés des divers contrats spéciaux connus. L'application, éventuellement cumulative, des divers régimes juridiques correspondant aux contrats spéciaux sus-cités n'engendre pas de risque accru de nullité ou d'inefficacité du contrat, à partir du moment où l'économie générale de l'opération est reconnue comme légitime et où ses clauses n'apparaissent pas déséquilibrées ou inéquitable telle qu'elles sont mises en pratique.

(25) Alternativement, pour les contrats de TPF ayant une dimension internationale et comprenant une clause d'arbitrage, un choix du droit français pourrait être effectué dans le contrat, moyennant l'exclusion explicite du régime de la révision unilatérale de la rémunération du financeur.

II. ANALYSE DE CERTAINES CLAUSES ET SITUATIONS PROBLEMATIQUES

Sont discutées ci-après certaines clauses qui, durant les travaux de la Commission, sont apparues comme pouvant être problématiques. Ces clauses, dont certaines peuvent influencer sur la qualification générale du contrat, seront examinées ici au regard des pratiques éventuellement contestables qu'elles peuvent engendrer.

D'une manière générale, les clauses relatives au litige sont valables en droit français, tant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public ou sont empreintes de déséquilibre manifeste²⁶. A côté des clauses à objet purement procédural, relatives à l'instance ou au droit d'action, il est apparu que certaines clauses contractuelles relatives au financement lui-même pouvaient avoir un effet indirectement contraignant sur la procédure **(1)**. Par ailleurs, durant les travaux de la Commission s'est posée la question de la validité et l'efficacité de certaines clauses de la convention de financement eu égard à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la partie financée **(2)**.

(26) L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 8^e éd., 2013, n°397.

1) Les clauses et pratiques contractuelles problématiques

- **Clauses portant sur la répartition des pouvoirs processuels.** Une grande partie des clauses purement processuelles apparaît classique dans un contexte contentieux, en particulier celle qui indique que la partie financée doit garder le complet contrôle de la procédure. L'affirmation prend toute sa valeur à travers les exceptions et tempéraments apportés à cette liberté : du plaideur est attendue une information diligente et régulière délivrée au financeur (rapports périodiques détaillés de l'activité contentieuse), éventuellement une prise d'avis préalable à la décision, de même qu'un comportement processuel raisonnable (recueillir le conseil de son avocat, se conformer aux injonctions du juge en matière de communications de pièces, etc.). Dans ces hypothèses, l'on a plutôt affaire à des clauses de non-direction du procès. En revanche, si était stipulée une clause de direction du procès, telle qu'usuelle en droit des assurances, le tiers financeur risquerait de devenir au moins représentant *ad agendum* de la partie, ce qui impliquerait la mise en œuvre du régime du mandat (responsabilité du financeur envers la partie, droit de révocation unilatérale). Un des dangers suscités par la clause de direction de procès est que le tiers financeur soit regardé comme titulaire du droit litigieux et partie au lien d'instance. Pour ces raisons, la clause de direction du procès semble évitée dans la pratique contractuelle, nonobstant les comportements de fait et les clauses ayant un effet indirectement contraignant.

Dans la perception française, le libre choix de l'avocat revêt une dimension fondamentale : directement lié à l'exercice des droits de la défense, ce choix s'opère au moyen d'un contrat *intuitu personae*. Du reste, le principe du libre choix n'apparaît pas remis en cause dans la pratique du financement de procès, où le financeur suggère tout au plus un ou plusieurs avocats.

En matière de transaction sur la matière litigieuse, il est apparu que le financé garde en général le pouvoir de décision, mais que cette issue cruciale, déclenchant une obligation préalable d'information, pouvait fournir la matière d'une divergence entre financeur et financé ; l'un ou l'autre pouvant, selon les cas, avoir un intérêt propre à transiger. Certains contrats

reconnaîtraient même un droit de veto au financeur, qui en France peut apparaître problématique du point de vue de la titularité du droit d'action. Même en l'absence de clause expresse, toute pratique prouvée de restriction à la liberté de transiger pourrait amener un juge judiciaire soit à refuser d'homologuer, soit à annuler la transaction (CPC, art. 1568, C. civ. art. 2053), soit même à remettre en cause le principe selon lequel le financement de procès n'affecte pas la titularité des droits litigieux et de l'action en justice. Le risque d'une requalification du financement en société créée de fait serait encouru (apport de la créance litigieuse et d'un financement, exploités en commun par le financeur et le financé).

- **Clause portant sur le financement ayant un effet procédural.** La stratégie judiciaire et les choix réalisés à toute hauteur de la procédure incombent au financé, encore lié par des obligations d'information et de consultation du financeur²⁷. La difficulté pratique procède ici des conditions affectant le maintien et la poursuite du financement, en particulier le déblocage des fonds. A été décrite comme une pratique fréquente le financement par tranches chronologiques, ce qui peut laisser au financeur un moyen de pression consistant à refuser la poursuite du financement à raison d'un choix d'opportunité du plaideur dans la procédure. Dans un des contrats consultés, une clause permet même au financeur de mettre fin au financement lorsque les perspectives de succès du procès se sont fortement détériorées. Lorsque le changement de circonstances procède de la faute caractérisée du plaideur (omission d'un acte de procédure), la clause s'analyse alors en une forme de sanction contractuelle admissible. Lorsque, en revanche, le changement de circonstances est une conséquence du choix d'opportunité réalisé par le plaideur, alors la déchéance du financement est problématique en ce qu'elle révèle rétrospectivement la mainmise du financeur sur la stratégie judiciaire et en ce qu'elle risque, arbitrairement, d'aboutir à l'arrêt du procès et à la perte des droits litigieux faute de financement. En pareil cas, outre les difficultés de qualification de l'opération, un tiers financeur risquerait l'engagement de sa responsabilité contractuelle.

(27) V. également *infra* p. 40 et s.

Une même difficulté se pose au regard des clauses de résolution du contrat de financement ou des clauses pénales, motif pris des fautes commises par le plaideur financé. Plus la définition des fautes est étroite, moins grande est la marge de manœuvre du financeur sur le déroulement du procès à travers le maintien ou la révocation du financement. Certaines clauses, usuelles à l'étranger, prévoient le recours à un tiers impartial (juriste indépendant), afin de caractériser l'existence des fautes, l'opportunité de mettre fin au financement ou d'évaluer le montant des pénalités encourues par le plaideur. Eu égard au caractère exorbitant de cette prérogative sanctionnatrice, l'indépendance du tiers et les circonstances de son intervention devraient, en cas de contestation judiciaire ultérieure, faire l'objet d'un examen attentif.

Conclusion. En somme, il existe des clauses classiques et admissibles qui laissent au plaideur la maîtrise de l'instance tout en l'obligeant à tenir informé le financeur du cours de la procédure. Il peut également exister des clauses plus délicates, habilitant le financeur à diriger le procès par lui-même ou à décider du principe d'une transaction ou de l'exercice des voies de recours. Le financeur est parfois investi d'un moyen de pression, grâce à ses prérogatives financières et au calendrier de déblocage des fonds, qui peut le conduire *de facto* à prendre la place du plaideur ou à partager avec lui l'exercice du droit d'action selon les termes d'une société créée de fait. La lettre des clauses ou leur mise en œuvre peuvent être critiquées à chaque fois que le financeur s'immisce dans les droits substantiels, les actions ou la procédure, au point d'en devenir apparemment co-titulaire. Le risque est alors que, sur certains points, il ne soit plus considéré comme un tiers à la procédure ; par suite, que le juge exige la révélation de son nom, qu'il mette à sa charge tout ou partie des frais et dépens et le prive du bénéfice de la tierce opposition.

On rappelle qu'en amont de la conclusion du contrat de financement, un échange de vues et d'informations a lieu, relativement au procès financé, entre les parties au contrat. Cet échange peut poser des problèmes de confidentialité et de conflit d'intérêts, notamment avec l'avocat de la partie financée²⁸. Mais il n'affecte pas directement la licéité des clauses du point de vue de leur effet procédural.

(28) V. *infra* p. 32 et s.

2) Impact de la procédure d'insolvabilité de la partie financée

La validité et l'efficacité de principe des conventions de financement, appréciées selon le droit français ou un droit étranger supposé compétent, trouvent une limite en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de la partie financée. Qu'une telle procédure soit menée en France, et les règles impératives qui en définissent le régime s'imposeront aux parties, aux juges ou aux arbitres (le cas échéant, au titre de l'ordre public international ou des lois de police).

On laissera de côté l'hypothèse particulière où la convention de financement est conclue avec le débiteur ou les organes de la procédure dans le cadre d'un règlement amiable ou bien après l'ouverture de la procédure contraignante, pour se concentrer sur les cas où la convention de financement a été conclue antérieurement à l'ouverture de cette dernière.

- **Une convention de financement ayant achevé de produire ses effets au jour de l'ouverture de la procédure collective** ne subirait pas les effets de la procédure et risquerait tout au plus d'être exceptionnellement remise en cause au titre des nullités dites de la période suspecte, comme ceci est prévu pour les actes entrepris à titre onéreux ou gratuit avec le débiteur en état d'insolvabilité (L. 632-1 et -2 C. com.)

- **En revanche, lorsque la convention de financement est en cours** d'exécution au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité :

a) L'interlocuteur du tiers financeur peut changer puisque, en certaines circonstances, le débiteur est dessaisi de la gestion de ses affaires et, régulièrement, il est assisté ou contrôlé par le juge et les organes de la procédure.

b) Le contrat de financement ne peut être résolu ou anéanti du seul fait de la procédure ; le financeur doit continuer d'exécuter ses obligations et peut éventuellement mettre en demeure l'organe en charge de la procédure (administrateur ou liquidateur) de prendre parti sur la poursuite du contrat. Selon les termes de l'article L. 622-13, III et IV du Code de commerce, la résiliation du contrat peut intervenir notamment en cas de silence gardé par l'organe compétent pendant un mois ou, sur la demande de ce dernier, par décision motivée du juge spécialement compétent.

c) Que le contrat de financement se poursuive ou bien qu'il prenne fin durant la procédure, le tiers financeur ne peut demander l'exécution forcée en justice des obligations, pécuniaires ou autres, de la partie financée (art. L. 622-21 s. C. com.) ; il doit déclarer sa créance selon la procédure prévue pour tous les créanciers et est soumis au même traitement que ces derniers (L. 622-24 s.).

d) Par exception, la continuation du contrat pourra faire naître, en la personne du tiers financeur, une créance privilégiée pour la prestation survenant après l'ouverture de la procédure collective si, suivant les termes des articles L. 622-7 et L. 622-17 du Code de commerce, le financement de procès est jugé utile à la poursuite de l'activité et de ce fait favorable à la procédure d'insolvabilité.

e) Il est à craindre cependant que soient frappés d'inefficacité les mécanismes sécurisant le droit du tiers financeur au paiement de ses diligences sur les créances futures, éventuellement issues d'un jugement de condamnation ; ce, en application de l'article L. 622-7 I. 3^e alinéa (inefficacité des « pactes commissaires », prévoyant qu'une sûreté se réalise par un transfert définitif de propriété au bénéfice du créancier garanti) ou L. 622-23-1 C. com. (efficacité des conventions fiduciaires dans la procédure collective).

f) Un procès en cours entre le tiers financeur et la partie financée serait suspendu par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et susceptible d'être repris aux conditions posées par l'article L. 622-22 C. com.

g) Durant la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, l'actif représenté par le contrat de financement sera traité comme les autres actifs de l'entreprise (éventuellement cédé à un repreneur, le contrat aurait-il été conclu *intuitu personae*) ; le tiers financeur étant alors investi, pour la défense de ses droits, des prérogatives ordinaires du créancier chirographaire dans la procédure, sans pouvoir accéder, semble-t-il, au comité des établissements de crédit de l'art. L. 626-30 C. com. (sauf à relever *in casu* de la qualification d'établissement de crédit au sens de l'article L.511-1 C. mon. fin.).

III. L'ARTICULATION DE L'OPERATION DE FINANCEMENT DE PROCES AVEC LE MONOPOLE BANCAIRE FRANÇAIS

L'activité de financement de procès peut-elle être qualifiée d'opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier ? L'enjeu est de taille car lorsque les opérations de crédit sont exercées à titre habituel²⁹, elles entrent dans le champ du monopole bancaire³⁰ dont la violation est pénalement sanctionnée³¹.

Aux termes de l'article L. 313-1 précité: « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'option d'achat* ».

(29) CE section, 13 mars 1970 n° 72165 « Société défense familiale et commerciale ».

(30) En principe, seuls les établissements de crédit peuvent effectuer des opérations de crédit. Toutefois, par exception, depuis une ordonnance du 20 février 2014, et en application des dispositions des articles L. 511-1 et suivants du Code monétaire et financier, les sociétés de financement, qui ne sont pas des établissements de crédit, peuvent réaliser « *à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément* ».

(31) Article L. 571-3 du code monétaire et financier : « *Le fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende* ».

L'opération de crédit n'est pas plus précisément définie par le législateur. S'agissant d'une notion économique, il faut considérer, pour mieux la cerner, la finalité économique de l'opération plutôt que la technique juridique utilisée pour la réaliser³².

Une interprétation stricte des textes est toutefois de principe pour caractériser une éventuelle infraction pénale³³.

Une partie de la doctrine³⁴ a pu définir l'opération de crédit comme celle réunissant trois éléments : « 1° une avance de monnaie scripturale ou fiduciaire, 2° une rémunération du créancier, 3° une restitution ».

Un débat sur ce sujet semble cependant exister, un auteur³⁵ considérant que cette « terminologie présente un inconvénient » dès lors que l'avance (définie comme un prêt à court terme) « implique un remboursement de la part de l'emprunteur alors que celui-ci n'est pas un élément constitutif de l'opération de crédit ». Ce même auteur considère toutefois que « cette absence de remboursement ne signifie cependant pas absence de restitution »³⁶.

Il est donc unanimement admis que la restitution est un critère caractéristique de l'opération de crédit, à tout le moins lorsque cette opération implique une mise à disposition de fonds.

(32) R.Rodière et J-L. Rive-Langes, *Droit bancaire*, Précis Dalloz 1980, n°229 p. 224 cité par F. Peltier et E. Fernandez-Bollo, *Jurisclasseur Fascicule 50*, n°12; *RTD Com* 1970.754 Obs M. Cabrillac et J-L. Rives-Lange, note sous CE section, 13 mars 1970 n° 72165 « Société défense familiale et commerciale »; M. Cabrillac et B. Teyssié *RTD Com* 1983 p. 443, spéc. p. 444.

(33) F. Desportes & F. Le Guehec, *Droit Pénal Général*, 16^{ème} éd. Economica, 2009, paras. 220 et s. ; B. Bouloc, *Droit Pénal Général*, 22^{ème} éd. Dalloz, 2011, paras. 133 et s. ; J-C. Soyer, *Droit Pénal et Procédure Pénale*, 21^{ème} éd. L.G.D.J., paras. 141 et s. ; W. Jeandidier, *Jurisclasseur Code pénal*, articles 111-2 à 111-5, Fascicule 20 : «Principe de égalité criminelle - Interprétation de la loi pénale», 4 mai 2012, voir notamment paras n°5 et 14.

(34) Ch. Gavalda, note sur C.E. 13 mars 1970, J.C.P.1970.II.16417 ; dans le même sens : Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire* 8^{ème} édition, n°37 p. 26, J.L Rives-Langes et M. Contamine-Raynaud, Dalloz, 6^{ème} éd. n° 389, se référant à Ch. Gavalda.

(35) T. Bonneau, *Droit bancaire*, 10^e éd., LGDJ, 2013, n° 59, p. 55.

(36) Le Professeur Bonneau précise que « si ce dernier terme [restitution] paraît préférable [à celui de remboursement], c'est parce que cette restitution peut être due par une autre personne que celui qui a bénéficié de la mise à disposition des fonds ».

Or, s'il est entendu que le financement de procès implique une mise à disposition de fonds pour une certaine durée, les autres critères - restitution des fonds et rémunération du financeur – paraissent en revanche permettre d'écarter la qualification d'opération de crédit. En effet, dans la forme courante d'un financement de procès par un tiers il est prévu que le financeur se trouve « associé » aux risques du procès financé, ce qui peut le conduire, en cas d'issue défavorable, à n'être pas remboursé des sommes exposées, que ce soit totalement ou partiellement **(1)** ou à n'être pas rémunéré au titre de son financement **(2)**.

1) Risque de non restitution totale ou partielle des sommes mises à disposition

Dans les opérations de financement de procès telles qu'envisagées, la restitution des sommes avancées par la société de financement dépend de l'issue du procès, de sorte que la partie financée n'a pas d'obligation de restitution si le procès n'est pas gagné ; à tout le moins le *quantum* de celle-ci peut être réduit.

Or, selon la doctrine, « *le contrat de prêt est typiquement un contrat de restitution, puisque l'emprunteur doit rendre la chose à l'expiration du prêt* »³⁷. Dans un arrêt de principe du 3 mai 1966, la Cour de cassation a fait de la restitution des fonds l'une des conditions de la qualification de prêt : « *les conventions [...] étaient des prêts à intérêt puisqu'il y avait entre les deux parties contractantes accord de volonté sur la remise de somme avec l'obligation de rendre cette somme [...] à une date déterminée avec majoration d'un certain montant qui était et ne pouvait être que l'intérêt, les deux obligations étant réciproques et chacune étant la cause de l'autre* ». ³⁸ La Haute Juridiction a depuis lors, plusieurs fois rappelé que l'obligation de restitution est « *inhérente au contrat de prêt* »³⁹.

(37) Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Défrenois 6^{ème} édition 2012 n°905 p. 531.

(38) Cass. Crim., 3 mai 1966, *Bull.* n° 134, pourvoi n°65-93.805.

(39) Cass. Com., 2 novembre 1994, *Bull.* n° 321, pourvoi n°92-14.487, D. 1995 p. 182; Cass. Civ. 1, 1er juillet 1997, *Bull.* n°224, pourvoi n° 95-15.642, D. 1998 p. 32; Cass. Civ. 1, 29 octobre 2002, *Bull.* n° 253 pourvoi n° 99-20.450; S. Sabathier, « *Les espoirs suscités par la remise en cause du caractère réel du contrat de prêt* », *RTD Com.* 2005 p. 29, spéc. n°5.

Cette obligation de restitution est tellement forte qu'elle ne peut céder devant la preuve de la force majeure. Ainsi que l'exprime le Professeur Raymond : « *l'emprunteur est tenu d'une obligation de résultat : rien ne peut l'empêcher de restituer la somme empruntée, pas même la force majeure* »⁴⁰. Certes les modalités de la restitution peuvent varier selon la forme que prendra l'opération de crédit mais cette obligation demeure invariablement⁴¹. Comme le note le Professeur Bonneau : « *à partir du moment où des fonds ont été effectivement mis à disposition, il y a toujours restitution* »⁴².

Ces considérations ont conduit un auteur à rejeter la qualification d'opérations de crédit de l'activité de financement de procès : « *Alors que le banquier, en échange des sommes d'argent avancées, impose un remboursement ou du moins s'assure du recouvrement de sa créance, la [société de financement de procès] investit de l'argent dans le procès de manière purement spéculative sans obligation de remboursement ou de possibilité de recouvrer sa créance en cas de perte* »⁴³. Dans une espèce où un contrat de financement de procès était régi par le droit allemand, la Cour d'appel de Versailles a relevé, dans l'un des considérants de son arrêt « *que le contrat de financement de procès est sui generis* » en précisant qu'il était « *... inconnu des Etats membres de l'Union Européenne à l'exception des pays de culture juridique germanique* »⁴⁴.

(40) G. Raymond, J.-Cl. Banque-crédit-bourse, Fascicule 719 : Crédit à la consommation, n° 32.

(41) Cf T. Bonneau, *Droit bancaire*, Précis Dalloz 9^{ème} édition, n° 52 p. 45. Ainsi, les opérations de mobilisation de créances sont par excellence des opérations de crédit. Méritent également cette qualification, pour les mêmes raisons : l'escompte (Cass. Crim., 6 mai 1964, *D.* 1965 p. 468 note C. Gavalda; Cass. Crim. 20 février 1984 D IR 1984 p. 320.) et l'affacturage (CA Versailles, 24 novembre 1989, *JCP E* 1991 n°91 note C. Gavalda et J. Stoufflet).

(42) T. Bonneau, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°59, p. 56.

(43) M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. Soc.* 2012, p. 279, spéc. n° 8.

(44) Versailles, 12^{ème} Ch. Sect. 2, 1er juin 2006, n° 05/01038, *Sté Veolia Propreté c/ Fortis AG*.

Dans l'hypothèse, par conséquent, où le remboursement total ou partiel est affecté d'une condition tenant à l'issue du procès financé, l'opération s'éloigne donc de la qualification d'une opération de crédit qui, lorsque des fonds ont été mis à disposition, comporte l'obligation de les restituer⁴⁵. On peut pareillement douter de la concordance du mode de rétribution envisagé avec la rémunération du créancier dans un contrat de crédit.

2) Risque de non rémunération du financeur de procès

Dans la pratique du financement de procès par un tiers, le financeur se voit reconnaître une rémunération contractuelle, en cas d'issue favorable du contentieux. Cette rémunération est proportionnelle au *quantum* des condamnations prononcées au profit de la partie financée. Inversement, la perte du procès prive le financeur de toute rémunération de l'avance de fonds, ou le conduit à ne pouvoir prétendre qu'à une rémunération partielle.

Ces caractéristiques du financement de procès paraissent l'éloigner d'une opération de crédit pour deux raisons.

D'une part, l'opération de crédit est nécessairement réalisée à titre onéreux⁴⁶. Pour déterminer si tel est le cas, il faut se référer aux opérations de crédit telles qu'elles sont pratiquées par les établissements de crédit⁴⁷.

(45) Cf. supra note 28

(46) Article L. 313-1 du code monétaire et financier; J-L. Rives Langes et M. Contamine Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz 6^{ème} édition 1995, n° 389 p. 387 et n°431 p. 427; T. Bonneau, *Droit bancaire*, Précis Dalloz 9^{ème} édition, n° 52 p. 45; J-L. Rives-Lange et D. Ohl « *Monopole bancaire et liberté, la loi du 24 janvier 1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être un établissement de crédit?* », *Revue Banque*, n°450 mai 1985 p. 439 et sous, spéc. n° 28 et sous p. 445; CE; section, 13 mars 1970 n° 72165 « Société défense familiale et commerciale », préc. .

(47) J-L. Rives-Lange et D. Ohl « *Monopole bancaire et liberté, la loi du 24 janvier 1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être un établissement de crédit?* », préc., spéc. n° 32 p. 448. L'auteur indique d'ailleurs que cette exigence peut se déduire de la référence par la loi n° 84-46 du 24 janvier de 1984 au caractère onéreux de la remise de fonds.

Il s'agira la plupart du temps, d'une perception par le prêteur de commissions, agios ou intérêts, voire une indexation du capital ou toute autre forme de rémunération directe ou indirecte⁴⁸.

D'autre part, l'opération de crédit n'est pas de nature spéculative : le créancier doit percevoir une rémunération correspondant au loyer de l'argent avancé⁴⁹.

Le mode de rémunération aléatoire envisagé dans le financement de procès place davantage cette opération parmi les contrats de société que dans celui des opérations de crédit. La Cour de cassation a d'ailleurs rejeté la qualification de prêt en se fondant sur une analyse des modalités de rémunération et énonçant que « *dès lors que les juges du fond ont souverainement apprécié qu'une participation dans une entreprise, sous la forme d'une remise d'une somme d'argent, présentait un caractère aléatoire en raison des chances de gain et de perte pour chacune des parties résultant de l'incertitude des recettes de l'entreprise, c'est à bon droit qu'ils décident qu'une telle convention ne constitue pas un prêt usuraire au sens de la loi du 28 décembre 1966.* »⁵⁰. La doctrine en a conclu que « *le risque de gain ou de perte et tout simplement le risque de non-perception de rémunération pour les capitaux engagés est la marque juridique de la société : il est absent du prêt* »⁵¹.

Il peut être utile de relever à ce propos, que dans son arrêt précité du 1^{er} juin 2006, la Cour d'appel de Versailles a pu considérer, à propos d'une convention de financement de procès soumise au droit allemand qu' « *... en droit allemand, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à*

(48) Voir dans ce sens : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^{ème} édition, 2010 n° 39 p. 27 : « *une avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque. En revanche, un avantage commercial indirect ne suffit pas à conférer à une avance de fonds un caractère onéreux au sens de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier* ».

(49) J.-L. Rives Langes et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz 6^{ème} édition 1995, n° 389 p. 387 et sous; I. Petel-Teyssié, J.-Cl, Fascicule 1, 2012, V° Prêt à intérêt règles spécifiques, n°2.

(50) Cass. Com., 4 octobre 1977, *Bull.* IV, n°218, pourvoi n° 76-11.049.

(51) M. Vasseur, *D.* 1984, IR p. 81 note sous CA Paris 1^{ère} Chambre, 9 juin 1983. Dans le même sens, voir Cabrillac et Teyssié, *RTD Com* 1984 p. 322.

estimer que le contrat est, en réalité, un contrat de société, les parties poursuivant ensemble un but commun qui est le gain du procès, chacun fournissant un apport différent, le financeur, les fonds nécessaires au procès et son client la valeur de sa créance et les gains étant partagés selon des modalités particulières »⁵².

Conclusion. Pour les raisons ci-dessus développées, et compte tenu du principe d'interprétation stricte des textes pénaux, il peut être considéré que le financement de procès par un tiers ne constitue pas une opération de crédit au sens du Code Monétaire et Financier et n'entre donc pas dans le champ du monopole bancaire.

Cependant, on ne peut pas totalement exclure que s'agissant d'une pratique encore inédite en France ne bénéficiant d'aucun précédent et d'analyses doctrinales peu nombreuses, les éléments de différenciation entre contrat de crédit et financement de procès ne soient pas jugés suffisamment forts pour exclure de manière absolument certaine l'opération envisagée du champ des contrats de crédit et du monopole bancaire.

Dès lors, pour renforcer la sécurité juridique de notre droit, **il serait souhaitable de plaider en faveur d'une intervention du législateur excluant expressément du champ du monopole bancaire les sociétés de financement de procès. Une telle intervention pourrait prendre la forme d'un ajout d'alinéa à l'article L. 511-6 du Code Monétaire et Financier.**

(52) Versailles, 1^{er} juin 2006, *op. cit.*

IV. LE FINANCEMENT DE PROCES PAR LES TIERS A L'EPREUVE DES REGLES DEONTOLOGIQUES DE LA PROFESSION D'AVOCAT

La pratique du financement de procès par les tiers est-elle compatible avec les règles déontologiques de la profession d'avocat ? La problématique est parfois abordée sous l'angle des *ethical rules* anglo-américaines, mais très rarement du point de vue des règles déontologiques françaises, qui nous intéressent ici. Il s'agit pourtant d'une question d'autant plus fondamentale qu'il existe, dans notre système juridique, un double monopole déontologique.

D'une part, il existe un monopole de la profession d'avocat pour l'assistance et la représentation en justice, ce que l'on peut appeler le monopole du droit. « Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit »⁵³.

Le TPF pourrait poser problème à cet égard, car le tiers financeur est conduit à apprécier le dossier en fait et en droit, à estimer les probabilités de réussite de l'affaire, à convenir des conventions d'honoraires avec les avocats... En pratique, ces tâches sont d'ailleurs souvent dévolues à des juristes (anciens magistrats par exemple) travaillant au sein de fonds de TPF.

(53) Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 4, al. 1^{er}.

Dans ces conditions, il est fondamental que le tiers financeur se cantonne à sa fonction, qui est vis-à-vis du client de nature non pas juridique mais financière. Si le tiers financeur peut être amené à effectuer des analyses juridiques dans un cadre strictement interne (par exemple pour évaluer les chances de succès d'un dossier), il ne saurait en revanche fournir de conseils juridiques au client.

Dans la mesure où le tiers financeur entend respecter cette répartition des rôles et ne conseille pas le client sur un plan juridique, le mécanisme du TPF ne heurte pas le monopole de l'avocat pour l'assistance et la représentation en justice.

D'autre part, les Ordres jouissent en France d'un monopole de la déontologie, ce qui n'est pas le cas dans tous les systèmes juridiques. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les très récentes *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, adoptées le 25 mai 2013, confèrent, pour autant qu'elles soient applicables, au tribunal arbitral le pouvoir de sanctionner les représentants des parties en cas de *misconduct*, la palette des sanctions s'étendant d'une admonestation à une modification de la répartition des coûts de l'arbitrage⁵⁴. Toutefois, d'un point de vue français, seul l'Ordre des Avocats du Barreau compétent apprécie l'éventuelle violation par un avocat de ses obligations déontologiques.

(54) Aux termes de l'article 26 des *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* adoptées le 25 mai 2013 : « *If the Arbitral Tribunal, after giving the Parties notice and a reasonable opportunity to be heard, finds that a Party Representative has committed Misconduct, the Arbitral Tribunal, as appropriate, may: (a) admonish the Party Representative; (b) draw appropriate inferences in assessing the evidence relied upon, or the legal arguments advanced by, the Party Representative; (c) consider the Party Representative's Misconduct in apportioning the costs of the arbitration, indicating, if appropriate, how and in what amount the Party Representative's Misconduct leads the Tribunal to a different apportionment of costs; (d) take any other appropriate measure in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings.* »

L'article 27 précise : « *In addressing issues of Misconduct, the Arbitral Tribunal should take into account: (a) the need to preserve the integrity and fairness of the arbitral proceedings and the enforceability of the award; (b) the potential impact of a ruling regarding Misconduct on the rights of the Parties; (c) the nature and gravity of the Misconduct, including the extent to which the misconduct affects the conduct of the proceedings; (d) the good faith of the Party Representative; (e) relevant considerations of privilege and confidentiality; and (f) the extent to which the Party represented by the Party Representative knew of, condoned, directed, or participated in, the Misconduct.* »

L'avocat étant un acteur majeur si ce n'est incontournable du procès, il convient donc d'apprécier si l'intervention du tiers financeur est compatible avec celle de l'avocat.

La pratique du TPF pourrait poser problème au regard de trois principes fondamentaux de la déontologie de l'avocat que sont le secret professionnel **(1)**, la prohibition des conflits d'intérêts **(2)** et l'interdiction des pactes de *quota litis* **(3)**.

1) Le secret professionnel

Le secret professionnel de l'avocat est un principe d'ordre public, « *général, absolu et illimité dans le temps* » (art. 2.1 du RIN), dont l'étendue est particulièrement large⁵⁵. Il s'agit pour le client de l'avocat d'une garantie, qui lui permet de placer une totale confiance en son conseil. L'avocat ne peut donc se départir de ce secret⁵⁶. Même le client ne peut relever l'avocat de son secret professionnel. Il en résulte que l'avocat ne saurait en aucun cas (même avec l'accord du client) transmettre au tiers financeur des documents ou informations couverts par le secret professionnel.

En revanche, rien n'interdit au client lui-même de renoncer à cette protection et transmettre au tiers financeur les informations qu'il souhaite. Un parallèle peut être tracé ici avec les commissaires aux comptes⁵⁷ : si le secret professionnel de l'avocat lui interdit de leur transmettre des informations, le client peut parfaitement les communiquer lui-même.

(55) Cf. art. 2.2 du RIN et art. 66-5, al. 1^{er} de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui dispose : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

(56) « *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et dans des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi* », précise l'article 2.1, al. 2, du RIN.

(57) L'article 2.2 du RIN prévoit à cet égard que « *Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) : [...] les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client)* ».

Il est possible – et même conseillé – de protéger ou circonscrire cette communication effectuée par le client au tiers financeur par un engagement de confidentialité, ce qui revient à prévoir un secret ayant un fondement contractuel entre le client et le tiers financeur. Le mécanisme est bien connu, tant en matière transactionnelle (par exemple les *non disclosure agreements*) que judiciaire ou arbitrale (par exemple les *confidentiality clubs*), où il est régulièrement mis en place pour préserver la confidentialité lorsque des non-avocats (couverts ni par le secret professionnel ni par le *legal privilege*) sont amenés à intervenir dans une procédure. Le tiers financeur pourra ainsi être informé par la partie sans pour autant, s'il existe une interdiction contractuelle, se voir autorisé à divulguer les informations obtenues.

Quant aux relations entre l'avocat et le tiers financeur, le premier doit se comporter vis-à-vis du second comme avec un tiers, car le financeur ne peut être qualifié de client, même s'il a suggéré le choix de l'avocat ou rémunéré ce dernier. Le client est en effet la partie au litige, qui se voit assistée ou représentée par l'avocat. Or le tiers financeur n'a pas la qualité de partie. C'est donc vis-à-vis de son client que l'avocat est débiteur de ses obligations déontologiques ou autres.

Toutefois, en pratique, le tiers financeur peut payer directement l'avocat ; il négocie à ce titre les conventions d'honoraires et pourrait ainsi être amené à exiger des informations de l'avocat. Il convient d'être vigilant afin d'éviter un tel mélange des genres.

En outre, la situation du tiers financeur pourrait évoluer et celui-ci pourrait devenir partie à la procédure, à la suite par exemple d'une cession de droits. Il est permis de tracer ici un parallèle avec l'assurance, qui constitue un autre mécanisme de transfert du risque financier du procès à un tiers, par subrogation ou par l'effet de clauses de protection juridique ou de direction de procès⁵⁸.

Dans de telles hypothèses, le tiers financeur, désormais partie au procès, deviendra client de l'avocat.

(58) Cf. L. Degos, « Assurance, subrogation, protection juridique », in W. Ben Hamida et Th. Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013.

2) Les conflits d'intérêts

Puisque le recours au TPF n'altère en rien le fait que l'avocat n'a qu'un seul client ou un seul groupe de clients qui est ou sont la ou les partie(s) au procès, dont il défend les intérêts, l'hypothèse de l'existence d'un conflit d'intérêts pourrait paraître très théorique⁵⁹. Mais le conflit d'intérêts peut être entendu plus largement au regard des obligations déontologiques d'indépendance et de délicatesse que l'avocat doit à son client (art. 1 du RIN).

En effet, l'influence du tiers financeur sur la conduite de la procédure est parfois, en pratique, considérable. Celui-ci peut demander la désignation de tel ou tel conseil, définir la stratégie, décider d'exercer ou non des voies de recours contre le jugement ou la sentence... Peuvent alors surgir des conflits d'intérêts et de stratégies entre le client et le tiers financeur. Il est donc recommandé de prévoir, lorsque s'établit la relation entre la partie et le tiers financeur, des modalités pratiques, claires et précises, sur la conduite de la procédure. En toutes hypothèses, l'avocat ne pourra recevoir d'instructions que de son client ; il revient donc à ce dernier de mettre en place un bon processus de décision et de mise en œuvre de la décision...

En outre, un conflit d'intérêts peut surgir au stade d'un éventuel processus transactionnel qui mettrait fin au procès⁶⁰. Le tiers financeur pourrait en effet se contenter d'indemnités, proposées par la partie adverse, que le client jugerait insuffisantes au regard précisément de la rémunération du tiers financeur venant grever la part lui revenant. Le client pourrait alors vouloir poursuivre la procédure tandis que le tiers financeur souhaiterait se désengager. L'avocat se trouverait confronté à une situation singulièrement problématique, d'autant que la continuation de la procédure et ses honoraires dépendent, au moins indirectement, du tiers financeur.

(59) Sur le conflit d'intérêts, cf. art. 4 du RIN, qui définit notamment le conflit d'intérêts « *dans la fonction de représentation et de défense, lorsque, au jour de sa saisine, l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie* » (art. 4.2, 2^e tiret).

(60) V. sur ce point, *supra* p. 20.

En pareille hypothèse, l'avocat doit suivre les instructions de son client – sauf à se dessaisir de l'affaire. Si le client perd l'appui du tiers financeur, il devra alors trouver un autre moyen de financement pour faire face à ses frais de défense et de procédure.

A cet égard, l'avocat, par le biais de l'honoraire de résultat, peut aussi bien participer à ce financement dans les limites légales et déontologiques applicables en la matière.

3) L'interdiction des pactes de *quota litis*

Aux termes de l'article 11.3 du RIN :

« Il est interdit à l'avocat de fixer ses honoraires par un pacte de quota litis.

Le pacte de quota litis est une convention passée entre l'avocat et son client avant décision judiciaire définitive, qui fixe exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur. »

Il convient toutefois de préciser que malgré ces dispositions, la jurisprudence française a admis la validité des pactes de *quota litis* pour les litiges soumis à l'arbitrage international⁶¹. L'interdiction persiste naturellement en matière judiciaire et d'arbitrage interne. Cependant, l'honoraire complémentaire de résultat (qui n'est pas l'unique forme d'honoraire mais s'ajoute à un honoraire fixe) est admis en toutes hypothèses⁶².

(61) CA Paris, 10 juillet 1992, D. 1992, p. 459, note Ch. Jarrosson ; Rev. arb. 1992, p. 615, note Ph. Leboulanger. Voir aussi, en matière d'arbitrage interne, Cass. civ. 2e, 28 juin 2007, LPA 2007, n°192, p. 7, note L. Degos.

(62) Aux termes de l'art. 10, al. 3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, « Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. »

S'il est possible de tracer un parallèle entre le TPF et le pacte de *quota litis*, dans la mesure où tous deux prévoient une rémunération dépendant du résultat de l'affaire, le tiers financeur n'est pas avocat et ne tombe donc pas sous le coup de l'interdiction des pactes de *quota litis*⁶³.

Le recours au TPF ne peut être analysé comme une manière de contourner cette prohibition. Le financement apporté par le tiers va certes contribuer au règlement des honoraires des conseils. Toutefois, il convient de nettement distinguer la question du financement du procès et celle de la fixation des honoraires de l'avocat. Il est ainsi tout à fait possible que les honoraires de l'avocat soient fixes, sans rapport avec le résultat de l'affaire, dans un litige financé par un tiers financeur qui, lui, se rémunérera en fonction du résultat. Il existe donc une dissociation claire entre la rémunération de l'avocat d'une part, et celle du tiers financeur d'autre part.

En outre, même lorsque leur rémunération à tous deux dépend du résultat de l'affaire, l'avocat et le tiers financeur ne défendent pas les mêmes intérêts. Sa déontologie conduit l'avocat à ne se préoccuper que des intérêts de son client, même lorsqu'un honoraire complémentaire de résultat a été fixé – il est d'ailleurs permis de voir dans cette exigence de défense du client la justification de la prohibition des pactes de *quota litis*, qui pourraient conduire l'avocat à perdre de vue l'intérêt du client.

L'impact de la déontologie se traduit en pratique pour l'avocat par l'obligation (et la responsabilité en découlant) pour lui de défendre son client jusqu'au bout, ou en cas d'impossibilité de poursuivre la défense, de se préoccuper des suites du dossier, donc d'un éventuel successeur ou de prendre soin de placer le client dans une situation qui ne préjudicie pas à ses droits.

Le tiers financeur, pour sa part, se préoccupe uniquement de son propre intérêt. Il n'a aucune obligation de poursuite des procédures. Il opère un calcul purement financier de retour sur investissement : dès lors qu'il

(63) V. en ce sens, M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, *Economica*, 2013, spéc. n°577

estime ce retour suffisant, il peut vouloir mettre fin à la procédure ; s'il considère que ce retour sur investissement n'est pas suffisant, il peut se désengager du dossier en faisant application des clauses de sortie.

Ainsi, l'avocat et le tiers financeur suivent des logiques profondément divergentes. Les règles déontologiques de l'avocat lui interdisent d'être tiers financeur (outre le fait que toute activité commerciale lui est en plus interdite) – de même qu'elles interdisent au tiers financeur d'empiéter sur les fonctions de l'avocat, comme cela a été exposé plus haut.

Conclusion. La pratique du TPF est compatible avec les règles déontologiques de l'avocat. Mais elle appelle de sa part une vigilance accrue afin de s'assurer qu'il agit à chaque instant en conformité avec ses obligations.

V. LES PRINCIPALES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ARBITRAGE

Les membres de la Commission ont identifié deux difficultés principales en relation avec le monde de l'arbitrage. La première, commune à l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement, concerne la délicate question de la révélation de la présence d'un tiers financeur dans une procédure arbitrale **(1)**. La seconde, propre à l'arbitrage d'investissement, concerne l'impact du tiers financeur sur le critère de nationalité **(2)**.

1) Financement de procès par les tiers et transparence

Faut-il informer les acteurs du procès arbitral de l'existence d'un tiers financeur ? Cette question se pose tout particulièrement en lien avec l'obligation d'indépendance et d'impartialité qui pèse aujourd'hui sur l'arbitre vis-à-vis de tous les participants à la procédure arbitrale et qui constitue l'un des principes directeurs du procès arbitral, renforcée lors de la réforme du droit français de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011, et désormais spécifiée à l'article 1456 du Code de procédure civile. À l'heure où le droit français de l'arbitrage reconnaît les vertus de la transparence et une portée large au devoir de révélation lequel couvre les conflits d'intérêts potentiels des arbitres vis-à-vis non seulement des parties mais aussi de leurs avocats, cette question a vocation à se poser avec plus d'acuité, notamment compte tenu du développement prévisible du

marché du financement de procès par des tiers ainsi que du renforcement du poids économique et de l'influence de ces acteurs.

Comme son nom l'indique, le tiers financeur est bien un tiers et non pas une partie au procès. C'est avec cette précision d'évidence que doivent être compris les développements qui suivent.

Afin d'envisager les solutions qui peuvent être apportées à la question de la révélation de l'intervention d'un tiers financeur dans le procès arbitral, il convient de rappeler que divers points de vue ont d'ores et déjà été exprimés par les praticiens et les théoriciens. Cela tient principalement à deux raisons : d'une part, le phénomène du *third party funding* n'en est qu'à ses débuts en France et on ignore encore la manière dont il va se développer et le rôle effectif que vont jouer dans les procédures les tiers financeurs, ce qui peut évidemment influencer sur la manière dont il est souhaitable qu'on encadre leur intervention. D'autre part, force est de constater que la question de l'information sur la participation du tiers financeur à une procédure peut s'inscrire dans un débat plus large qui est celui de l'étendue du devoir de révélation de l'arbitre. La discussion oppose alors ceux qui ont une appréhension très large de cette notion et qui pencheront en faveur d'une information quasi-systématique sur l'existence d'un *third party funder*, et ceux qui tempèrent l'exigence par la prise en compte d'autres facteurs.

Mais, quel que soit le point de vue, chacun s'accorde sur le fait que, à l'heure actuelle, il n'existe en France aucune obligation légale spécifique ni aucun principe processuel général imposant aux parties à un litige de déclarer systématiquement l'existence des sources de financement du contentieux et donc, la participation à leur côté d'un tiers financeur. Or cette situation est susceptible de mettre en danger l'instance arbitrale et la sentence car l'intervention d'un tiers financeur dans la procédure arbitrale peut constituer un facteur de risque.

Le tiers financeur est, de fait, le seul à savoir si sa présence est susceptible de faire naître un conflit d'intérêts chez les membres du tribunal arbitral, parce qu'il aurait déjà eu des liens avec eux.

Il convient donc de s'assurer qu'aucun conflit d'intérêts concernant l'arbitre désigné par la partie financée ne naisse du fait de l'intervention d'un tiers financeur. Celui-ci, généralement associé à la sélection de cet arbitre, doit avoir à cœur de ne pas mettre en danger la validité de la procédure arbitrale.

En ce qui concerne l'arbitre nommé par la partie adverse ainsi que le président du tribunal arbitral, la partie financée n'aura, aucun moyen de connaître les liens potentiellement discriminants, si ce n'est par l'information que le tiers financeur pourra lui communiquer.

A défaut d'imposer en tout début de procédure, avant même la confirmation des arbitres, une obligation systématique d'informer sur la présence du tiers dans la procédure arbitrale, celle-ci peut se trouver le cas échéant menacée si un potentiel conflit d'intérêts du fait de la participation du tiers financeur apparaît en cours de procédure ou à son issue.

Certains considèrent que l'information sur l'existence d'un tiers financeur serait la solution la plus protectrice de l'instance arbitrale, éviterait tout conflit d'intérêts potentiel, et serait la seule voie à même de garantir une parfaite égalité entre les différents protagonistes de l'instance arbitrale. D'autres estiment qu'une telle solution serait trop radicale, très formaliste, créatrice de lourdeurs procédurales et susceptible de nuire à d'autres intérêts qu'il est légitime de vouloir protéger. D'une part, selon cette deuxième opinion, tant que les arbitres ne sont pas au courant de la présence d'un tiers financeur aux côtés d'une partie, il serait difficile de leur reprocher un conflit d'intérêts du fait de l'intervention de ce tiers. D'autre part, il faudrait mettre en balance la sauvegarde de l'instance arbitrale avec la nécessaire protection du secret des affaires, dont peut relever le recours à un tiers financeur qui constitue dans une certaine mesure une modalité de la politique financière d'une entreprise. Créer une obligation d'information systématique constituerait donc pour certains une atteinte démesurée et injustifiée au secret et serait par ailleurs un facteur perturbateur de l'instance arbitrale.

Face à ces divergences de vue, il importe d'abord de nous interroger sur la nécessité d'imposer une obligation de révélation, systématique ou non, de la présence d'un tiers financeur dans la procédure au regard de l'im-

pératif de transparence et de l'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre qui va dans le sens de l'histoire **(a)**, puis d'examiner, le cas échéant, comment les modalités pratiques de la révélation pourraient être organisées afin de garantir la bonne administration de la justice arbitrale et respecter le secret des affaires **(b)**.

a) Est-il nécessaire d'imposer une obligation d'information sur la présence d'un tiers financeur dans l'instance arbitrale ?

En raison du silence du droit français sur l'obligation d'indiquer la présence éventuelle d'un tiers financeur dans la procédure, les points de vue sur cette question sont divergents. En effet, en l'absence de prescription légale ou jurisprudentielle, les conflits d'intérêts potentiels avec ce tiers à la procédure n'auraient pas besoin en théorie d'être divulgués. On peut toutefois se demander si cette situation est souhaitable au vu de l'exigence d'indépendance de l'arbitre. Il faut donc concilier les différents points de vue pour parvenir à une solution respectueuse des intérêts de toutes les parties, du tribunal arbitral et également de l'institution arbitrale.

Au vu de l'étendue de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre à l'heure actuelle, il est légitime de se demander dans un premier temps si l'arbitre a pour devoir d'être indépendant à l'égard du tiers financeur, et s'il doit donc être mis en mesure de pouvoir révéler ses liens avec lui le cas échéant, puis d'examiner, le cas échéant, comment les modalités pratiques de la révélation pourraient être organisées afin de garantir la bonne administration de la justice arbitrale et respecter le secret des affaires.

(l) Le devoir d'indépendance de l'arbitre s'apprécie-t-il aussi à l'égard du tiers financeur ?

Le droit français de l'arbitrage a progressivement consacré, d'abord dans la jurisprudence, puis dans les textes, une obligation rigoureuse de révélation à la charge des arbitres. Avec l'adoption du nouvel article 1456, alinéa 2, du Code de procédure civile, « *il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après*

l'acceptation de sa mission », le droit français s'est aligné sur les standards internationaux et sur la plupart des droits étrangers.

Au regard de la jurisprudence actuelle, l'arbitre a l'obligation de révéler ses liens directs non seulement avec les parties mais aussi avec les avocats de ces dernières⁶⁴ et également les liens indirects qu'il peut entretenir avec elles par le biais de son cabinet d'avocats⁶⁵. Par conséquent, l'arbitre a, à sa charge, un devoir d'investigation⁶⁶, non seulement quant aux conflits d'intérêts qui lui sont personnels et donc connus, mais aussi, quant à ceux qui lui sont inconnus, mais dont on estime qu'il aurait dû les connaître. L'absence de révélation d'un lien, direct ou indirect, pouvant « *provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de [l'arbitre] et à son indépendance* »⁶⁷ mène à la récusation de l'arbitre si celle-ci est encore possible ou après le rendu de la sentence, à l'annulation de cette dernière.

(64) Cour d'appel de Paris, 9 septembre 2010, RG n° 09/16182, *Consorts Allaire*, D. 2010.2938, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 6-8 févr. 2011, p. 17, obs. D. Besaude ; PA 2011, n° 36, p. 17, obs. M. Henry ; *Bull. ASA* 2011.197, note Ph. Pinsolle ; *Rev. arb.* 2011.686, obs. D. Cohen p. 611 ; *RTD com.* 2012.518, obs. E. Loquin ; *Rev. arb. e Mediação* 2012, n° 1, p. 373, note S. Salgueiro.

(65) Cour d'appel de Reims, 2 novembre 2011, RG n° 10/02888, Tecnimont : « *mais considérant que pour permettre aux parties de discuter et de consentir à sa situation, un minimum d'objectivité est exigé de la part de l'arbitre dans l'accomplissement de son obligation d'information, que l'arbitre doit révéler totalement, tant ce qui lui est strictement personnel que ce qui concerne le cabinet dont il fait partie, son degré d'association au sein du cabinet étant indifférent* » (*Cah. Arb., Paris Journ. Intern. Arb.* 2011.1109, note Th. Clay ; *Rev. arb.* 2012.112, note M. Henry ; D. 2011.Panor.3028, obs. Th. Clay ; *JCP* 2011, *doctr.*, 1432 § 5, obs. J. Béguin ; *RTD com.* 2012.518, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 22-24 janv. 2012, p. 15, obs. D. Besaude ; *Bull. ASA* 2012.197, obs. T. Ph. Heintz et G. Vieira da Costa Cerqueira ; *Spain Arb. Rev.* 2012.155, note. Y. Colorado ; PA 2012, n° 142, p. 3, obs. L. Kante).

(66) E. Kleiman, « Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée », in *JCP G, supplément au n°52*, 26 décembre 2011.

(67) Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, pourvoi n° 11-20299 (Tesco), *Bull. civ. I*, n° 193 ; *JCP* 2012, *act.*, 1127, obs. M. Henry ; *Procédures* 2012.354, note L. Weiller ; *JCP* 2012, *doctr.*, 1268, note B. Le Bars ; D. 2012.Act.2458, obs. X. Delpech ; *JCP* 2012, *doctr.* 1354 § 1er, obs. Ch. Seraglini ; D. 2012.Panor.2999, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2013.129, note Ch. Jarrosson ; *Gaz. Pal.* 6-8 janv. 2013, p. 20, obs. D. Besaude ; PA 2013, n° 85, p. 14, note S. Jarvin.

Au vu de la jurisprudence française, qui a considérablement étendu l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre, il est légitime de se demander si les conflits d'intérêts avec un tiers financeur entrent ou non dans le champ de la révélation, et si, par conséquent, les arbitres doivent aussi être indépendants du tiers financeur.

La réponse à cette question peut-elle découler de la qualité du tiers financeur dans la procédure arbitrale et de la nature juridique de ses liens avec la partie financée ? Le tiers peut-il ou non être considéré comme une partie à la procédure ? Ces questions sont très discutées en doctrine, comme il a été observé plus avant dans le présent rapport.

Le financement de procès est un phénomène protéiforme, susceptible de couvrir des réalités tout à fait diverses. Pour le temps présent, étant donnés la nouveauté de la pratique en France et le peu de recul que l'on a à son sujet, il est difficile de se prononcer de manière catégorique sur la question.

Dans le sens d'une assimilation du tiers financeur avec la partie à la procédure, certains suggèrent que le contrat de financement soit considéré comme une sorte de contrat de société en participation avec lequel il entretient beaucoup de points communs⁶⁸. Si on accepte cette analyse, au moins pour les besoins de la délimitation de l'étendue de l'obligation de révélation, la véritable partie à l'instance serait alors constituée, non de la seule partie effective, mais de la société (en participation ou *joint-venture*) formée par la partie et le tiers financeur. Cette qualification du contrat de financement milite donc *a fortiori* pour informer l'arbitre de l'implication du tiers dans la procédure car il est en réalité son associé. En

(68) Il en va ainsi en droit allemand notamment. V. supra II et la référence à M. Vasseur, *D.* 1984, IR p. 81 note sous CA Paris 1^{ère} Chambre, 9 juin 1983. Dans le même sens, voir Cabrillac et Teyssié, *RTD Com* 1984 p. 322. Voir supra, P.15

(69) E. Bertrand, "The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding", *ASA Bulletin* 29.607 (2011). L'auteur ajoute que si le TPF est une personne morale, il est nécessaire de divulguer les noms des dirigeants ; de même le transfert par un TPF de ses droits dans un contentieux à un véhicule devrait également faire l'objet d'une révélation, car l'indépendance des arbitres doit être évaluée à tout moment de la procédure arbitrale. On peut en outre penser à la problématique du droit de retrait litigieux qui, pour pouvoir être exercé par la partie opposée à la partie financée, nécessite la connaissance de la cession des droits d'action à un tiers.

effet, l'arbitre devrait nécessairement être mis en mesure de vérifier que son indépendance par rapport aux deux membres de la société n'est pas affectée⁶⁹, ce qui ne peut être réalisé que par la divulgation de l'existence des financeurs. Cette qualification du contrat de financement qui aurait pour conséquence *per se* de rendre obligatoire l'information sur l'implication du tiers financeur n'emporte toutefois pas l'adhésion⁷⁰.

Dans les faits, l'influence et le contrôle d'un tiers financeur peuvent varier considérablement au cas par cas en fonction du contenu du contrat de financement qui l'unit à la partie⁷¹, et même en fonction de la personnalité des acteurs concernés.

Le tiers financeur peut d'abord avoir un rôle simplement passif de pur bailleur de fonds qui n'exigerait qu'une rémunération en fonction des gains alloués si l'issue de la procédure est victorieuse. On pourrait concevoir le financement de procès comme un type de « *non recourse loan* » (prêt à recours limité) avec intéressement à l'issue de la procédure : il s'agirait bien dans ce cas d'une simple manière pour les sociétés de gérer leurs finances. Le financement d'un procès pourrait également être indirectement le résultat d'un crédit d'exploitation consenti à une entreprise ou encore être la conséquence d'une assurance protection civile ou juridique. Si l'on s'en tient à cela, il n'y a aucune raison de contraindre la partie financée à révéler l'existence du financement qui relève en ce sens du secret des affaires.

Mais le tiers peut aussi influencer sur le déroulement de la procédure arbitrale ou même devenir le *dominus litis* et donc le véritable client de l'avocat. La palette des pouvoirs transférés au tiers financeur sur la base de la convention de financement est donc très large, sans compter que le tiers peut être un professionnel du monde de l'arbitrage et a parfois beaucoup plus d'expérience que la partie dans ce domaine. Ainsi, quels que soient en réalité les termes du contrat, il peut, de par son expérience, influencer sur le comportement procédural de la partie et lui suggérer des choix (y compris celui de l'avocat et de l'arbitre) qui seront suivis, même s'il n'a pas

(70) V. supra I p. 14-15, 19-22

(71) A. Goldsmith, C. Fléchet, M. Scherer, "Third Party Funding In International Arbitration In Europe: RDAI/IBLJ Roundtable 2012", *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2012, p. 207-219.

expressis verbis ce pouvoir de par la convention. Il serait donc délicat de généraliser la situation en soutenant que le financeur n'a pas d'influence assez forte sur la procédure arbitrale pour être traité comme une partie.

En raison du statut et du rôle complexes et casuistiques que le tiers financeur peut jouer dans la procédure, il est évident que l'indépendance de l'arbitre peut être affectée par des liens que ce dernier entretiendrait avec le tiers. Ainsi, il n'est pas contestable qu'existe un conflit d'intérêts potentiel dans le cas où l'arbitre ou son cabinet intervient par ailleurs en qualité d'avocat dans une affaire financée par le même tiers que celui qui a procuré des fonds à une partie à l'arbitrage. De la même manière, il n'est pas rare que les tiers financeurs consultent des arbitres pour apprécier les chances de succès des dossiers ou pour obtenir leur opinion sur les procédures suivies⁷² : un tel courant d'affaires entre un arbitre et un tiers financeur d'une partie créerait une situation de conflit d'intérêts réel qui devrait être révélée.

(II) Les acteurs du procès doivent-ils être informés de la présence d'un tiers financeur systématiquement ou au cas par cas ?

Si les arbitres étaient systématiquement informés de l'existence d'un tiers financeur, ils seraient en mesure de mener un *conflict search* exhaustif, ce qui pourrait contribuer à renforcer la sécurité juridique, tant sur le plan de la poursuite de l'instance que sur celui de l'efficacité de la sentence à venir du point de vue du respect par l'arbitre de son obligation d'impartialité et d'indépendance.

En effet, le risque le plus grave si on s'abstient de révéler l'existence d'un tiers financeur est celui de la découverte fortuite, en cours de procédure ou après le prononcé de la sentence, de liens entre un arbitre et le *third party funder*. Cette découverte pourrait conduire à la récusation de l'arbitre en question ou à l'annulation de la sentence. Certains rétorquent que la capacité de jugement de l'arbitre ne pourrait pas être affectée s'il

(72) A. Goldsmith, L. Melchionda, "Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)", *International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales*, Vol. 1 - 2012 (Part I) pp. 53-76

ignore tout du financement et qu'en ce sens, le risque d'une annulation de sentence pour défaut d'indépendance serait quasiment inexistant. Cette position est contestée par d'autres car, au vu de la jurisprudence actuelle, si les liens découverts sont susceptibles de faire naître un doute légitime dans l'esprit des parties quant à l'indépendance des arbitres, les sanctions devraient être prononcées. D'autant que, en droit positif, l'ignorance par l'arbitre du lien litigieux n'empêche pas l'annulation de la sentence.

Pour ces raisons, l'Australie a imposé une révélation de principe par les parties de toute convention par laquelle un tiers financeur doit payer ou contribuer aux frais de la procédure⁷³. Et pour ces raisons aussi, l'*International Bar Association* réfléchit en ce moment à ajouter la participation d'un tiers financeur à la liste des faits à révéler selon la nomenclature éditée dans ses célèbres *Guidelines* de 2004⁷⁴. Par ailleurs, à propos des actions de groupe, la récente recommandation de la Commission européenne relative au recours collectif prévoit que « *la partie demanderesse (à une action collective) devrait être invitée à indiquer, dès l'ouverture de la procédure, à la juridiction saisie l'origine des fonds qu'elle compte utiliser pour financer l'action en justice* »⁷⁵.

Mais la divulgation systématique de l'existence d'un tiers financeur poserait de réelles difficultés dont on ne peut faire abstraction.

D'abord, les arguments théoriques militant en faveur de l'indication par la partie financée de l'existence du tiers financeur doivent être nuancés à l'aune de la réalité de la pratique arbitrale. En effet, il serait absurde de la part du tiers financeur de financer une procédure dont il sait qu'elle serait susceptible d'être totalement remise en cause du fait d'un conflit potentiel non révélé à l'origine. Le tiers financeur aurait donc intérêt à révéler sa

(73) Federal Court of Australia, Practice Note CM17 – Representative Proceedings Commenced under Part IVA of the Federal Court of Australia Act 1976, §3.6.

(74) *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration*, 22 mai 2004.

(75) Recommandation du 11 juin 2013 de la Commission européenne relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), JOUE 26 juill. 2013, L. 201, p. 60, spéc. § 14

présence dès qu'il aurait conscience d'un possible conflit d'intérêts avec l'un des arbitres. Si on part du principe que les tiers financeurs agissent de façon rationnelle et/ou loyale, la révélation systématique serait alors inutile.

Cette révélation systématique entraînerait aussi une certaine lourdeur procédurale et pourrait engendrer de multiples incidents susceptibles de retarder la procédure, alors même que le financement ne resterait qu'une simple forme de gestion de la trésorerie des entreprises et que son existence n'aurait aucun impact sur l'appréciation du fond du litige. En effet, si la partie révèle le soutien d'un tiers financeur, l'arbitre devra procéder à une recherche de conflits d'intérêts potentiels et révéler ses liens avec ce dernier. Même si ces liens sont mineurs, ils pourront donner lieu à des demandes – parfois dilatoires – de la part des parties adverses pour obtenir des informations plus approfondies ou des provisions plus élevées.

En outre, il est également permis de penser que la révélation aurait un effet pervers sur la qualité du jugement des arbitres. En effet, même si certains affirment qu'un arbitre intègre et expérimenté ne laisserait pas dévier son jugement dans un sens ou dans l'autre du fait de la révélation de la présence d'un tiers financeur aux côtés d'une partie⁷⁶ et que la connaissance de la présence d'un tiers financeur pourrait s'avérer bénéfique en ce qui concerne les décisions d'ordre pécuniaire que l'arbitre est amené à prendre (concernant notamment les provisions de frais ou les *securities for cost*⁷⁷), il n'en reste pas moins que l'indication de la présence du tiers serait susceptible d'influencer le jugement de l'arbitre à l'encontre de la partie financée, soit négativement (il pourrait, au-delà

(76) A. Goldsmith, C. Fléchet, M. Scherer, "Third Party Funding In International Arbitration In Europe: RDAI/IBLJ Roundtable 2012", *International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales* (Vol. 2-2012) (Part I), pp. 207-219.

(77) P. Pinsolle, "Third Party Funding and Security for Cost", op. cit. ; A. Goldsmith, L. Melchionda, "Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)", *International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales*, Vol. 2 - 2012 (Part II), pp. 221-243; Maxi Scherer, "Out in the open ? Third party funding in arbitration", CDR (July 26,2012): <http://www.cdr-news.com/categories/expert-views/out-in-the-open-third-party-funding-in-arbitration>.

de la prise en compte des seules prétentions des parties qui cherchent à obtenir une réparation légitime, être influencé par le motif possiblement moins légitime de la recherche de profit du financeur), ou positivement (la présence d'un tiers financeur soucieux d'un retour sur investissement aux côtés d'une partie peut paraître de bon augure pour les mérites du cas qu'elle défend)⁷⁸.

Il s'agirait également, comme on l'a déjà dit, d'une atteinte disproportionnée et non justifiée au secret des affaires qui couvre les modes de financement de l'entreprise.

Enfin, d'aucuns soutiennent que l'instauration d'une telle obligation ferait perdre à l'arbitrage une partie de la souplesse qui a toujours constitué une des raisons majeures de son développement.

Cela étant, le tiers financeur pourrait dans certains cas s'impliquer à ce point dans le dossier qu'il finirait par jouer un rôle déterminant dans le procès. Un tel comportement justifierait que la partie financée informe les acteurs du procès de la présence du tiers financeur devenu une quasi-partie à l'instance arbitrale. Il se pourrait également qu'un tiers financeur se livre à des pratiques détournées (posant notamment des problèmes du point de vue de la concurrence, par exemple si un acteur prépondérant sur un marché met en place un fonds de financement des litiges qui aurait pour but exclusif de financer des procès contre ses concurrents). Un tel comportement supposerait la complicité de la partie financée et il est dès lors peu probable que cette dernière révèle dans un tel cas spontanément l'existence du tiers, même si ce serait souhaitable. Le tribunal arbitral comme la partie adverse seraient toutefois fondés s'ils venaient à soup-

(78) Voir par exemple en ce sens H. G. Gharavi, « Le financement par un tiers », *in* W. Ben Hamida et Th. Clay (dir), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 33 ; L. Levy, *Third Party Funders and their Impact on the arbitral Proceedings*, ICC conference, Novembre 2012 (non publié), C. Bogart, "Third Party Funding in international arbitration", ICC conference, Novembre 2012, publié sur le site de Burfordcapital ; "Asia Pacific – Show Me The Money! Third Party Funding In International Arbitration", *Conventus Law* (November 12, 2012).

çonner de telles pratiques à interroger la partie financée sur la présence d'un tiers financeur. La partie financée n'aurait alors d'autre choix que de confirmer l'existence du tiers financeur et de répondre à toute question qui porterait sur les soupçons de ces pratiques détournées.

Finalement, deux précisions doivent être apportées. D'une part, en cas d'ignorance du conflit d'intérêts potentiel par les parties et les arbitres, c'est toujours sur le tiers financeur que pèserait le risque de l'absence de révélation. D'autre part, hors les cas susvisés de quasi-partie ou de détournement des pratiques, il est concevable de ne pas imposer la divulgation systématique. Le principe resterait donc l'absence d'obligation d'information systématique, celle-ci n'intervenant que dans l'hypothèse où l'une des parties aurait connaissance d'un conflit d'intérêts potentiel résultant de la présence du tiers financeur, auquel cas elle serait contrainte de divulguer l'existence du financement. En d'autres termes, la présence du tiers financeur aux côtés d'une partie devrait être révélée lorsqu'elle est susceptible de générer un conflit d'intérêts, de mettre en danger l'instance arbitrale ou l'efficacité de la sentence à venir. C'est également, semble-t-il, la position retenue en l'état par ICC-France qui, dans le « Guide pratique sur l'arbitrage par les tiers », constate tout l'intérêt que représente la divulgation d'une information concernant l'intervention d'un tiers financeur avant la constitution du tribunal arbitral⁷⁹.

Afin de ne pas en rester au stade de la déclaration de principe, une telle solution, reposant en grande partie sur l'appréciation subjective des intéressés, nécessite un aménagement strict de ses modalités et la création

(79) *Guide pratique sur Le financement de l'arbitrage par les tiers*, ICC-France, 2014, à paraître, spéc. n° 45-46 : « C'est pourquoi le tiers-financeur et la partie financée peuvent, dans certains cas, avoir avantage à organiser la divulgation dès l'introduction du litige arbitral, et ce, avant la constitution du tribunal arbitral afin de sécuriser le bon déroulement de la procédure. Ainsi, avant de s'engager dans la voie du financement par un tiers, la partie financée doit examiner sa stratégie au regard de la divulgation ou non du financement qu'elle recherche et s'interroger également sur le point de savoir si son conseil a l'obligation — selon le droit applicable — d'informer l'autre partie et le tribunal arbitral de l'existence d'un tiers financeur, ne serait-ce que pour permettre aux arbitres de s'assurer de la persistance de leur indépendance et/ou impartialité ».

d'obligations nouvelles à la charge non pas tant des parties ou de l'arbitre, car elles sont connues, mais des tiers financeurs eux-mêmes, car elles sont nouvelles.

b) Le besoin d'organiser les modalités de l'information

Une fois acquise l'idée que la participation du tiers financeur peut créer un conflit d'intérêts chez l'arbitre, et ne doit en ce sens pas être passée sous silence lorsqu'il y a un risque de fragilisation de l'arbitrage, il faut déterminer les modalités que peut revêtir cette information. Là encore, celles-ci font l'objet de débats tant en doctrine qu'en pratique. Il semble pourtant nécessaire de poser un cadre juridique strict aux divulgations faites au sujet des tiers financeurs afin d'éviter des dérives. Plusieurs points doivent donc être examinés.

(I) Qui est le débiteur de l'obligation d'information ?

A titre liminaire, rappelons que le devoir de révélation, au sens du droit de l'arbitrage et consacré par le décret du 13 janvier 2011 dans le nouvel article 1456 du Code de procédure civile⁸⁰, ne pèse que sur l'arbitre.

Les parties à un arbitrage ne sont donc pas contraintes par un quelconque « devoir de révélation ». De même, l'avocat des parties, soumis au secret professionnel, n'a pas le devoir de révéler les modes de financement de l'action⁸¹.

(80) Article 1456 du Code de procédure civile : « *Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige. Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux* ».

(81) Voir par exemple les récentes *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration* adoptées le 25 mai 2013, qui parlent d'un devoir de bonne foi exigible de la part des représentants des parties envers le tribunal arbitral (Guideline 27 d) à propos des « *misconducts* » des représentants).

En revanche les parties à un arbitrage sont soumises à un devoir de loyauté qui devient une obligation générale, dont la source est tant contractuelle que processuelle, à la charge des parties, comme en dispose depuis la réforme de 2011, le Code de procédure civile en son article 1464, alinéa 3 : « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* ». Cette solution, désormais légale, trouve son origine dans le contrat d'arbitre et le devoir synallagmatique de loyauté et de bonne foi des parties à ce contrat, c'est-à-dire d'un côté les parties au litige et de l'autre l'arbitre. Si chacune des parties au contrat d'arbitre doit exécuter ses obligations loyalement, alors elle doit tout faire pour que l'autre partie puisse en faire de même. Or une partie au litige qui garderait secrète l'intervention d'un tiers financeur dans la procédure alors qu'il sait qu'un conflit d'intérêts existe potentiellement à cause de cette intervention, empêcherait l'arbitre d'exécuter son obligation de révélation à l'égard de ce tiers et donc ferait encourir à l'arbitre le risque d'être récusé ou de voir sa sentence annulée du fait de cette absence de révélation. Ce comportement serait déloyal à l'égard de l'arbitre et pourrait donc être reproché à la partie scellant en toute connaissance de cause la participation de ce tiers.

Le problème réside dans le fait que souvent la partie ne connaît pas les conflits d'intérêts potentiels qui peuvent être causés par la participation du tiers à la procédure. Seul le tiers financeur a toutes les cartes en mains pour savoir si un arbitre peut apparaître comme dépendant ou partial à son égard. C'est donc sur lui que doit peser *a priori* l'obligation systématique, non de révélation, mais de recherche de conflits d'intérêts potentiels à l'égard de tous les arbitres, et cela au stade initial de la procédure. Une fois cette obligation accomplie, le tiers devrait avoir le devoir d'informer dans les meilleurs délais la partie financée des liens potentiellement discriminants qu'il entretiendrait avec un ou plusieurs arbitres. Tout laisse à penser que si l'obligation de *conflict search* reposait sur le tiers financeur, celui-ci l'accomplirait convenablement et diligemment puisque, d'une part, il doit connaître les obligations pesant sur l'arbitre et est à même d'apprécier pleinement les dangers que la procédure ou la sen-

(82) H. G. Gharavi, « Le financement par un tiers », *op. cit.*

tence encourent à défaut d'une révélation utile, et dans la mesure où, d'autre part, il fuit par principe toute situation de conflit d'intérêts⁸², car il n'a aucun intérêt à causer des incidents dilatoires dans la procédure ou à affaiblir l'efficacité de la sentence en taisant des rapports qui, s'ils étaient découverts, aboutiraient à des actions soit en récusation soit en annulation, voire en responsabilité civile.

Une fois la partie informée par le tiers financeur, c'est sur elle que repose le devoir de révéler, non sur le fondement d'une quelconque obligation de révélation, mais sur celui de son obligation de loyauté vis-à-vis du tribunal arbitral et des autres parties.

Néanmoins, rien à l'heure actuelle ne fait obligation au tiers financeur d'effectuer ce *conflict search* ni d'informer la partie financée des liens problématiques entretenus avec les arbitres. **Il faudrait donc recommander l'insertion systématique dans tous les contrats de financement de procès d'une clause standard prévoyant une telle obligation et dérogeant à la clause de confidentialité.**

Afin de pouvoir réduire la liberté contractuelle des parties en imposant une telle clause, **on pourrait penser à recommander l'introduction d'une telle disposition dans des règles de bonne conduite destinées aux parties ou aux *third party funders*.**

Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, les institutions d'arbitrage pourraient également inclure dans leur règlement d'arbitrage une disposition indiquant que les parties qui entendent se faire financer par un tiers ont l'obligation d'inclure dans leur contrat de financement la clause mettant à la charge du tiers financeur l'obligation d'effectuer une recherche de conflits d'intérêts potentiels avec les arbitres et de révéler le cas échéant les liens discriminants à la partie financée. Ce faisant, les arbitres siégeant dans des arbitrages soumis à ces règlements pourraient être assurés que si rien n'est révélé par les parties au sujet d'un tiers financeur, c'est qu'aucun problème d'indépendance ne peut *a priori* être causé de ce fait.

Enfin, en ce qui concerne l'arbitre, il ne doit être contraint de rechercher

(83) M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Revue des Sociétés*, 2012, p. 279.

la présence du tiers financeur que de manière subsidiaire, en cas de défaillance des parties et s'il pense que la révélation va influencer sur sa décision. Pour ce faire, en cas de doute sur l'implication d'un tiers financeur aux côtés de l'une d'elles, il a le pouvoir de rappeler leur obligation aux parties. En effet, en vertu de son devoir de rendre une sentence exécutable, il a un « devoir de curiosité » et doit interroger les parties sur ce qui pourrait entacher sa mission⁸³. Il existe au moins un cas récent, dans un arbitrage emblématique, où une partie a refusé autant qu'elle a pu de révéler le nom du tiers qui la finançait, jusqu'à ce que le tribunal arbitral l'exige par une ordonnance de procédure. Lorsque le nom de ce tiers a été révélé, l'un des arbitres a immédiatement démissionné.

En revanche, au-delà de cette simple curiosité, il n'est pas souhaitable qu'un devoir d'investigation sur l'implication d'un tiers financeur dans la procédure pèse sur l'arbitre. On ne peut en effet raisonnablement attendre de l'arbitre qu'il mène une enquête sur les parties pour vérifier sa propre absence de conflits d'intérêts, ce qui équivaldrait à lui imposer un devoir d'investigation qu'il n'a pas les moyens d'exécuter⁸⁴.

Un auteur a imaginé une solution alternative envisageable qui consisterait en un *conflict check* inversé : l'arbitre révélerait une liste des institutions avec lesquelles il entretient des liens et seulement en cas d'apparition du nom de son tiers financeur sur cette liste, l'information devrait être divulguée par la partie⁸⁵. Cette solution viole néanmoins le secret professionnel auquel peut être tenu l'arbitre et fait en outre peser sur l'arbitre un devoir de révélation sans limites, ce qui n'est pas viable.

Ainsi, la solution qui consiste à imposer au tiers financeur une obligation contractuelle systématique de rechercher les conflits d'intérêts potentiels, et d'en faire part, en cas de risque, à la partie financée à charge pour elle d'en informer le tribunal arbitral si elle le juge nécessaire, paraît concilier à la fois le souci de protéger l'instance arbitrale et celui de pondérer le secret des affaires dans des cas qui le justifient.

(84) A. Goldsmith, M. Scherer, C. Flecht, *op. cit.*, voir pp. 651 et suivantes.

(85) S. Perry, "Third-Party Funding: an arbitrator's perspective", GAR (November 23, 2011) : il s'agit d'une interview de l'arbitre A. van den Berg.
<http://globalarbitrationreview.com/b/29981/>

(II) Quels sont les tiers financeurs qui devraient procéder à une recherche de conflits d'intérêts ?

La question se pose de savoir si au-delà des tiers financeurs au sens strict, les autres financeurs du litige que sont, par exemple, les compagnies d'assurance, voire les tiers, qu'ils soient intéressés ou philanthropes ne devraient pas être également astreints à l'obligation de *conflict search*. D'aucuns pourraient vouloir élargir l'obligation pesant sur le tiers financeur à toute personne physique ou morale apportant des fonds pour financer l'action en justice d'un tiers et qui a un intérêt financier dans l'issue de la procédure d'arbitrage et la faculté d'influencer ou de contrôler cette procédure. On éviterait ainsi de discriminer les seuls *third party funders* professionnels, désignés en tant que tels par les contrats de financement, par rapport aux autres financeurs qui peuvent avoir les mêmes intérêts et les mêmes pouvoirs qu'eux dans les procédures arbitrales. D'autres pourraient considérer qu'une telle solution serait excessive et impraticable tant les critères précités seraient larges et susceptibles d'interprétations multiples. En revanche, la question de la divulgation de l'existence d'un honoraire de résultats ou d'un pacte de *quota litis* prévu en faveur de l'avocat d'une partie ne se pose pas, puisque l'arbitre est d'ores et déjà tenu de vérifier ses conflits d'intérêts potentiels avec les conseils des parties qui sont forcément connus. En outre, le mode de rémunération de l'avocat relève du secret professionnel de celui-ci.

(III) Qui sont les bénéficiaires de l'information ?

Lorsque la partie financée est informée d'une circonstance qu'elle estime devoir révéler, il est indispensable que cette divulgation soit faite à tous, c'est-à-dire aussi bien au tribunal arbitral dans son entier, qu'à la partie adverse.

Des auteurs avancent que seul le tribunal et/ou l'institution d'arbitrage devraient être alertés en raison de la confidentialité exigée par certains

(86) C. Kessedjian (dir.), *Le financement de contentieux par un tiers, Third Party Litigation Funding*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2012, et notamment Chapitre 5 – « l'incidence en arbitrage » – intervention de Jean-Baptiste Racine, p. 102-111, § 248 à 250.

tiers financeurs. Mais cette limitation n'est pas souhaitable et la confidentialité contractuellement convenue doit céder devant l'impératif de protéger l'intégrité de la procédure arbitrale dans son ensemble et des principes fondamentaux tels que l'égalité des armes, le respect des droits de la défense et la loyauté procédurale qui ont vocation à innover tout le droit de l'arbitrage⁸⁶.

En premier lieu, des auteurs avaient envisagé un mécanisme où toutes les parties ainsi que tous les arbitres soumettraient à la seule institution arbitrale, ou en cas d'arbitrage *ad hoc*, à un tiers neutre tenu à la confidentialité, les noms des tiers financeurs avec lesquels des liens sont entretenus d'informer seulement l'institution d'arbitrage ; l'institution ou le tiers neutre ne révélerait l'existence des tiers que s'il existait des conflits d'intérêts⁸⁷. Cette solution, encore une fois, n'est pas équitable pour la partie opposée à la partie financée qui serait la seule à être maintenue dans l'ignorance, alors qu'elle est en droit, plus que tout autre, de connaître l'existence du tiers et de juger elle-même si elle a des objections ou des moyens de défense nouveaux suite à cette révélation. En outre, seuls les acteurs effectifs de la procédure devraient avoir la charge de résoudre les problèmes de conflits d'intérêts.

En second lieu, alerter le seul tribunal arbitral reviendrait à ignorer le droit des parties de présenter leurs observations sur des conflits d'intérêts éventuels⁸⁸. La partie opposée à la partie financée a évidemment intérêt à demander la divulgation afin de procéder à la vérification des conflits d'intérêts pouvant naître de l'intervention d'un tiers – tant au regard de la partie financée ou de son conseil que de la composition du tribunal.

Ainsi, il est clair que le tribunal arbitral ainsi que toutes les parties doivent pouvoir bénéficier de l'information car celle-ci joue sur les garanties fondamentales du procès arbitral. Plus généralement, on peut estimer que tous les protagonistes d'un arbitrage doivent disposer du même niveau d'information pour ce qui concerne cet arbitrage. Il en va du principe

(87) A. Goldsmith, L. Melchionda, *op. cit.* (Part II) ; D. Samuels, *Third-Party Funding: Avoiding the Pitfalls* (June 24, 2011) <http://globalarbitrationreview.com/news/article/29576/third-party-funding-avoiding-pitfalls/>.

(88) M. Scherer, *Op. cit.*

d'égalité entre les parties.

(IV) Quelle doit être l'étendue de l'information ?

On peut également s'interroger sur l'étendue des informations qu'il faudrait divulguer : faut-il révéler l'entière convention ou seulement l'existence d'un financement par un tiers et le nom de ce tiers ? Rien ne semble justifier d'aller au-delà de la seule divulgation de l'identité du tiers financeur, suffisante pour permettre à l'arbitre d'effectuer son *conflict search* de manière complète.

Le tribunal arbitral, une fois informé, a la faculté d'ordonner au cas par cas, quand c'est nécessaire pour parvenir à la solution du litige, la communication d'autres informations appropriées, telles que les principes directeurs de la convention voire l'intégralité du contrat de financement⁸⁹. S'il l'estime pertinent, le tribunal arbitral peut également demander l'accès à la convention afin d'en comprendre l'économie et de décider de manière équitable des provisions sur les frais d'arbitrage.

(V) Quand l'information doit-elle être délivrée ?

La recherche de conflits d'intérêts par le tiers financeur doit être effectuée immédiatement : soit lors de la constitution du tribunal arbitral, soit lors de la conclusion de l'accord entre la partie financée et le tiers financeur quand celui-ci intervient ultérieurement.

Le cas échéant, les liens potentiellement discriminants doivent être immédiatement communiqués à la partie financée qui, si elle l'estime nécessaire, devra en informer le reste des acteurs de la procédure arbitrale dans les meilleurs délais.

Une divulgation au stade initial de la procédure, avant la constitution ou la confirmation du tribunal arbitral, permettra d'éviter des perturbations ultérieures beaucoup plus graves engendrées par des divulgations tardives.

Le tiers financeur devra actualiser son *conflict search* tout au long de la

(89) A. Goldsmith, M. Scherer, C. Flecht, op. cit., voir pp. 651 et suivantes ; A. Ross, "The dynamics of Third-Party Funding", 7 GAR 1 (March 7, 2012) <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/30372/the-dynamics-third-party-funding-in-full/>.

procédure, soit parce que son rôle évolue et devient de plus en plus interventionniste, soit parce les liens avec un arbitre se renforcent.

Une fois informée, les objections de la partie opposée, à peine d'inefficacité, doivent logiquement être soulevées dans un court délai à compter du moment où la présence du tiers financeur est ou aurait dû être connue par cette partie opposée, afin d'éviter toute manœuvre dilatoire.

Ainsi, ce mécanisme serait le gage de la fluidité ultérieure de la procédure d'arbitrage (en évitant des coûts et des lenteurs) et préserverait de tout risque de remise en cause de la sentence de ce chef.

(VI) Quelle est la sanction du défaut d'information ?

La sanction consiste d'abord, si la procédure arbitrale est en cours, dans l'éventuelle récusation de l'arbitre s'il est en situation de conflit d'intérêts avec le tiers financeur révélé. Si la sentence est rendue, celle-ci pourra être attaquée sur le fondement d'un manquement au devoir d'indépendance et d'impartialité du tribunal arbitral irrégulièrement constitué, et encourra donc l'annulation.

Enfin, le tiers financeur qui n'aura pas ou aura mal effectué sa recherche de conflits d'intérêts potentiels, ou encore n'aura pas cru bon de révéler à la partie financée ses liens avec un des arbitres, alors qu'ils se sont avérés discriminants, de même que la partie financée qui, informée par le tiers financeur de ces liens, se sera abstenue de les révéler alors que le danger de conflit était réel, seront susceptibles de voir leur responsabilité civile engagée, sur le fondement délictuel et/ou contractuel.

Conclusion. Il est incontestable que **la présence d'un tiers financeur dans l'instance arbitrale peut générer des conflits d'intérêts potentiels. En ce sens, la situation actuelle qui n'oblige personne à révéler quoi que ce soit ne peut perdurer.**

L'option est alors la suivante :

- soit imposer aux parties financées une obligation de révéler immédiatement l'implication d'un tiers financeur dans l'arbitrage ; une telle disposition présente l'avantage de la totale transparence mais comporte l'inconvénient de malmener le secret des affaires ;

- soit imposer au tiers financeur une obligation contractuelle de rechercher les conflits d'intérêts éventuels que pourrait susciter son intervention et d'en faire part à la partie financée, qui sera ainsi en mesure d'en informer le tribunal arbitral.

Cette dernière proposition nous paraît ménager les divers intérêts en cause d'une manière assez équilibrée et efficace pour l'instant. Elle est en outre dans l'intérêt des tiers financeurs. Il importe donc d'introduire dans les contrats de financement une clause standard créant à la charge des tiers financeurs une obligation de mener un *conflict search* et d'indiquer toute relation avec un arbitre qui pourrait s'avérer problématique si elle était découverte. L'introduction de cette clause pourrait être recommandée soit dans des règles de bonne conduite destinées aux parties ou aux *third party funders*, soit imposée dans les règlements des institutions d'arbitrage. Cette solution est en pratique celle qui paraît la moins attentatoire au secret des affaires tout en procurant une protection *a priori* suffisante pour sauvegarder l'intégrité de la justice arbitrale et assurer sa bonne administration.

Ce n'est que dans quelques années, une fois que le phénomène du *third party funding* aura atteint une ampleur suffisante et que l'on aura pris du recul face à son développement, que l'on pourra juger si la méthode de révélation ci-dessus exposée garantit suffisamment la sécurité juridique de l'institution arbitrale ou s'il faudrait au contraire imiter le récent exemple australien qui prône la révélation systématique de la participation de tout tiers financeur à une procédure, exemple qui d'ici là aura également eu le temps de faire ou non ses preuves.

2) La question de la nationalité dans l'arbitrage d'investissement

(90) Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Mongolie concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1994), Article I (1)(c) (« *'national' of a Party means a natural person who is a national of a Party under its applicable law* ») ; Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1991), Article 2 a) (« *Le terme 'investisseurs' désigne : les personnes physiques qui, d'après la législation de l'une des Parties contrac-*

La question de la nationalité du demandeur est une question fondamentale dans les arbitrages de protection des investissements. Les traités de

*tantes, sont considérées comme des nationaux ») ; Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gabon concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2002), Article 2 a) (« Le terme 'investisseur' désigne pour chacune des Parties contractantes : toute personne physique qui possède la nationalité de l'un des Etats contractants au regard de ses lois relatives à la nationalité »). Voir également les sentences suivantes : *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi c. La République Arabe d'Egypte* (Aff. CIRDI No. ARB/05/15) Décision sur la Compétence, 11 avril 2007, para. 198 (« *The BIT contains a clear definition of who is to be considered a national. Article 1(3) defines a 'natural person' as 'with respect to either Contracting State, a natural person holding the nationality of that in accordance with its laws' (underline added) »); *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Etats Arabes Unis* (Aff. CIRDI No. ARB/02/7) Sentence, 7 juillet 2004, para. 55 (« *It is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality. Article 1(3) of the [Italy-UAE] BIT reflects this rule. »). *Comp. Mr. Franck Charles Arif c. la République de Moldavie* (Aff. CIRDI No. ARB/11/23) Sentence, 8 avril 2013, para. 358 (« *[The Tribunal] further notes that neither the BIT nor the Convention include an express requirement that nationality has to be acquired in conformity with the national law of the host State. Had this been the case, it might have opened the door for the Tribunal's investigation of Claimant's file pursuant to which he was granted nationality by the French authorities »).****

(91) Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Venezuela sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1993), Article 1(b)(ii) (« *The term 'nationals' shall comprise with regard to either Contracting Party : legal persons constituted under the law of that Contracting Party ») ; Accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la République du Kyrgystan concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (1993), Article I. 1(b) (« *For the purposes of this Treaty, 'company' means any kind of corporation, company, association, enterprise, partnership, or other organization, legally constituted under the laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof whether or not organized for pecuniary gain, or privately or governmentally owned or controlled »).**

(92) Accord Model de la République Fédérale d'Allemagne (2005), Article 1.3(a) (« *The term 'investor' in respect of the Federal Republic of Germany : any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany, irrespective of whether or not its activities are directed at profit ») (souligné par nous).*

protection des investissements, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, définissent en général la manière dont cette nationalité doit être appréciée. Le plus souvent, il s'agira pour les personnes physiques de la nationalité telle qu'elle est conférée par l'Etat d'origine⁹⁰. Pour les personnes morales, les traités peuvent contenir plusieurs possibilités alternatives : un critère strict de lieu d'incorporation⁹¹, un critère de siège social réel⁹², ou un critère hybride comprenant le lieu d'incorporation pour autant que la société exerce des activités substantielles dans le pays dans lequel elle est incorporée⁹³.

(93) Accord Model du Royaume de Norvège sur la promotion et la protection réciproques des investissements (2007), Article 2.1(ii) (« *'Investor' means : any entity established in accordance with, and recognised as a legal person by the law of a Party, and engaged in substantive business operations in the territory of that Party, such as companies, firms, associations, development finance institutions, foundations or similar entities irrespective of whether their liabilities are limited and whether or not their activities are directed at profit* ») (souligné par nous); Accord entre la Confédération Suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproques des investissements (1995), Article 1(1)(c) (« *Aux fins du présent Accord : Le terme 'investisseur' désigne, en ce qui concerne chaque Partie Contractante, les entités juridiques établies conformément à la législation d'un quelconque pays, qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par des nationaux de cette Partie Contractante ou par des entités juridiques ayant leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette Partie Contractante.* ») ; Accord entre la République Arabe d'Egypte et la République de Pologne (1995), Article 1(1)(c) (« *The term 'investor' refers with regard to either Contracting Party to : legal entities established under the law of any country which are, directly or indirectly, controlled by the nationals of that Contracting Party or by legal entities having their seat, together with real economic activities in the territory of that Contracting Party ; it being understood that control requires substantial part in the ownership.* ») (souligné par nous).

(94) *The Lowen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Les Etats-Unis d'Amérique* (Aff. CIRDI No. ARB(AF)/98/3) Sentence, 26 juin 2003, para. 25 (« *In international law parlance, there must be continuous national identity from the date of the events giving rise to the claim, which date is known as the dies a quo, through the date of the resolution of the claim, which date is known as the dies ad quem* »).

La jurisprudence arbitrale a été hésitante sur la question de la nationalité. Certaines décisions isolées ont en particulier exigé que le demandeur ait la nationalité requise à la fois au moment de l'introduction de la demande d'arbitrage mais également tout au long de la procédure⁹⁴.

Cette théorie de la nationalité continuée est aujourd'hui minoritaire. La plupart des tribunaux arbitraux admettent que la date pertinente pour apprécier la nationalité du demandeur est celle de l'introduction de la demande d'arbitrage⁹⁵.

Dans ce contexte, se pose la question de l'impact du financement de la réclamation par un tiers. Plus spécifiquement, dans la mesure où le contrat de financement comporterait une cession du droit d'action, on peut se demander si le demandeur réel ne serait pas, à tout le moins pour la partie qui concerne sa rémunération, le tiers financeur. Il s'agit naturellement

(95) *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) c. La Fédération de Russie* (PCA/ECT/UNCITRAL 1976) Sentence Partielle sur la Compétence et la Recevabilité, 30 novembre 2009, paras. 562-563 (« *The Award in the NAFTA case of Loewen v. United States of America accepted the judgment day standard. That holding has been the subject of criticism. It is not generally sustained by the study of diplomatic espousal undertaken in recent years by the International Law Commission of the United Nations, whose Special Rapporteur, Professor John Dugard, has concluded that the date of the filing of the claim should govern rather than the judgment day. The Tribunal is not disposed to apply the judgment day standard in the light of the authorities and considerations assembled by Dugard, and in view of the fact that this proceeding in any event is not an exercise in the diplomatic espousal by a State of the claims of its national but a Treaty-authorized proceeding brought directly against a State by an entity which qualifies as an Investor of another Contract Party.* ») ; *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi c. La République Arabe d'Egypte* (Aff. CIRDI No. ARB/05/15) Sentence, 1 juin 2009, paras. 497-499 (« *[The Tribunal's] view [is] that the ICSID Convention does not require a party to hold constant nationality until the date an award is rendered. The only dates of relevance to Article 25 of the ICSID Convention are those of consent and registration.* »). Voir aussi Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), p. 291 (« *The relevant nationality must be held continuously until the time the arbitral proceedings are commenced. There is no rationale for insisting upon a later point in time in common with the rule of continuous nationality for diplomatic protection.* ») ; C Maclachlan QC et autres, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2008) para. 5.68 (« *Under the ICSID Convention and the US and Canada model BITs, continuous nationality through to the date of resolution of the claim does not appear to be a requirement, at least in the strict sense as described by the Loewen Tribunal* »).

(96) Ph. Pinsolle, Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration, *Yearbook of International Investment Law & Policy*, 2012, p. 639.

d'une question qui dépend de chaque espèce. Cette question, qui a fait l'objet de peu de littérature, a néanmoins fait l'objet d'une analyse⁹⁶.

Il en ressort que deux considérations sont cruciales : la première est de déterminer la date de l'intervention du tiers financeur, et la deuxième est de savoir si le contrat de financement opère, ou peut être considéré comme opérant, une cession du droit d'action.

La difficulté est dès lors de deux ordres : pratique et théorique.

Sur le plan pratique, il faut pour résoudre ces questions que le tribunal arbitral se fasse communiquer le contrat de financement. Ce n'est pas toujours possible et le tribunal n'est pas systématiquement informé de l'existence d'un contrat de financement. Dans ce contexte, il pourrait être utile pour le tribunal, s'il a une suspicion de financement par un tiers, de demander la communication du contrat correspondant ou l'assurance qu'il n'existe pas de financement. De la même manière, si la partie défenderesse demande au tribunal de poser la question de l'existence du financement à l'autre partie, il semble que le tribunal doit faire droit à cette demande.

A supposer que le contrat a été communiqué au tribunal arbitral, la deuxième question qui se pose, théorique cette fois, est de savoir si, pour les besoins de détermination du tribunal arbitral de sa compétence, les effets de ce contrat doivent être analysés en fonction du droit qui le régit, ou au contraire au regard du droit international (à supposer que le droit international régisse la compétence du tribunal arbitral comme c'est le plus souvent le cas dans les affaires fondées sur des traités de protection des investissements). Plus spécifiquement, pour décider si ce contrat de financement opère ou non une cession du droit d'action et en déterminer la date éventuelle, le tribunal arbitral doit-il procéder à une analyse fondée sur la qualification juridique de ce contrat ou l'appréciation de ses effets sur le droit d'action selon le droit qui régit le contrat, ou doit-il au contraire, prenant le contrat de financement comme un fait, analyser ses effets au regard du droit international qui conditionne en principe sa propre compétence ?

Diverses considérations militent en faveur d'une analyse autonome effectuée en application du droit international. La principale est que la question qui se pose n'est pas celle de la qualification du contrat au regard du droit qui le régit, mais celle de l'impact de la situation de fait créée par ce contrat sur la compétence du tribunal arbitral résultant du traité, qui est en principe régie par le droit international. Dans ces conditions, le tribunal arbitral ne sera pas lié par la qualification du contrat dans le droit qui le régit, mais devrait au contraire procéder à sa propre analyse de la situation, pour s'assurer que, pour les besoins de sa compétence, il n'existe pas de cession du droit d'action qui pourrait entraîner un changement de nationalité du demandeur. Il s'agit naturellement d'une suggestion dans la mesure où la question ne s'est pas à ce jour posée à la connaissance des auteurs du rapport.

Annexe 1

Résumé des principales propositions de la Commission

I. L'activité de financement de procès en droit français est en principe licite. La Commission s'accorde sur l'analyse consistant à voir dans le contrat de financement de procès un **contrat composite**, associant des prestations diverses susceptibles de relever de contrats spéciaux typiques : entreprise, mandat, cession, contrat aléatoire... Conformément au principe de liberté contractuelle, exprimé à l'article 1107 du Code civil, les parties sont libres de concevoir un régime contractuel cohérent et unitaire à partir des régimes fractionnés des divers contrats spéciaux connus. L'application, éventuellement cumulative, des divers régimes juridiques correspondant aux contrats spéciaux sus-cités n'engendre pas de risque accru de nullité ou d'inefficacité du contrat, à partir du moment où l'économie générale de l'opération est reconnue comme légitime et où ses clauses n'apparaissent pas déséquilibrées ou inéquitables telles qu'elles sont mises en pratique.

II. La Commission s'accorde sur l'analyse consistant à ne pas considérer l'activité de financement de procès comme une opération de crédit au sens du Code Monétaire et Financier et n'entre donc pas, en principe, dans le champ du monopole bancaire. Toutefois, s'agissant d'une pratique encore inédite en France ne bénéficiant d'aucun précédent et d'analyses

doctrinales peu nombreuses, les éléments de différenciation entre contrat de crédit et financement de procès ne sont pas jugés par la Commission comme suffisamment forts pour exclure de manière absolument certaine l'opération envisagée du champ des contrats de crédit et du monopole bancaire, encore qu'en prenant un peu de distance on constate que cette activité n'a guère de rapport avec les intérêts que défend le monopole bancaire. Néanmoins, pour renforcer la sécurité juridique de notre droit, la Commission propose une intervention du législateur excluant expressément du champ du monopole bancaire les sociétés de financement de procès. Une telle intervention pourrait prendre la forme d'un ajout d'un alinéa à l'article L. 511-6 du Code Monétaire et Financier.

III. Pour respecter les règles déontologiques de la profession d'avocat en France, la Commission recommande eu égard aux potentiels risques de conflits de prévoir, lorsque s'établit la relation entre la partie et le tiers financeur, des modalités pratiques, claires et précises, sur la conduite de la procédure. En toutes hypothèses, l'avocat ne pourra recevoir d'instructions que de son client ; il revient donc à ce dernier de mettre en place un bon processus de décision et de mise en œuvre de la décision. De plus, eu égard à la question du respect du secret professionnel, la commission recommande d'interdire toute transmission de document entre l'avocat et le tiers financeur. Le tiers financeur doit être traité comme un autre prestataire à l'instar d'un commissaire aux comptes.

IV. Sur les principales difficultés que pose le financement par les tiers en matière d'arbitrage la Commission est arrivée aux conclusions suivantes :

Concernant l'obligation de révélation de la présence d'un tiers financeur la Commission estime qu'il est incontestable que la présence d'un tiers financeur dans l'instance arbitrale peut générer des conflits d'intérêts potentiels. En ce sens, la situation actuelle qui n'oblige personne à révéler quoi que ce soit ne peut perdurer. La Commission est arrivée à une solution de compromis consistant dans l'option suivante :

- soit imposer aux parties financées une obligation de révéler immédiatement l'implication d'un tiers financeur dans l'arbitrage ; une telle disposition présente l'avantage de la totale transparence mais comporte l'inconvénient de malmener le secret des affaires ;
- soit imposer au tiers financeur une obligation contractuelle de rechercher les conflits d'intérêts éventuels que pourrait susciter son intervention et d'en faire part à la partie financée – ce qui est au demeurant dans l'intérêt du tiers financeur, qui sera ainsi en mesure d'en informer le tribunal arbitral.

Concernant la détermination de la nationalité en matière d'arbitrage d'investissement, la Commission propose que le tribunal arbitral vérifie, pour les besoins de sa compétence, s'il n'existe pas une cession du droit d'action entre la partie financée et le tiers financeur, quelle que soit la qualification de cette cession au regard du droit qui régit le contrat de financement.

Annexe 2

Personnes auditionnées par la Commission

Sophie NAPPERT

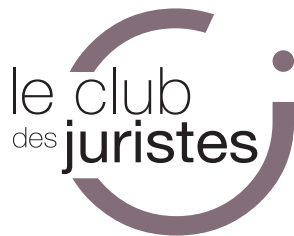
Arbitre international (pratique indépendante), Londres

Guy LEPAGE

Directeur Général, La Française AM International Claims collection

Fédéric LACROIX

Avocat associé spécialisé en droit bancaire, droit financier
et droit des assurances, Clifford Chance, Paris



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris

Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com