

Le financement par un tiers comme réponse aux évolutions de l'arbitrage international

Jean-Robin Costargent¹

Parrainé par Guy Lepage, Directeur Général de La Française AM International Claims Collection

Abstract : *To understand the emergence and role of the third-party funding in today's international trade, the quick and strong development of arbitration proceedings over the past fifteen years is to be considered. It is scarcely competed that international arbitration has gradually become the most suitable approach for resolving international business disputes. However, not only the parties but also their counsels are no longer willing to take the financial risks of the trial, because of its expensive cost and its uncertainty. Might third-party funding be considered as a natural response to the transfer of international disputes toward arbitration? However numerous and substantiated reasons for explaining the rise of third-party funding, as financing activities by third parties is subject to harsh criticism, whether it be founded or not, third-party funding requires high standards of practice.*

Le financement par les tiers (« *third-party funding* » en anglais) est un « *mécanisme de financement du contentieux par un tiers, qui prend à sa charge tous les frais du litigant relatifs au procès, en échange de quoi il récupère un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue du procès*² ».

Qu'entend-on par « tiers » dans cet article ? Les enjeux financiers du procès ont engendré l'émergence de divers protagonistes-tiers finançant la procédure, en demande ou en défense, en contrepartie d'un intéressement aux résultats en cas de succès. Certains seront donc de facto écartés de notre analyse car leur processus de contrepartie n'obéit pas à ce schéma. C'est le cas des assurances sous toutes leurs formes : les contrats de « Protection Juridique », signés entre une personne physique ou morale et une compagnie d'assurances, laquelle s'engage à prendre en charge les frais nécessaires pour la défense des intérêts de l'assuré en cas de différend futur contre le versement d'une prime mensuelle ; les contrats d'« Insurance After Event », qui couvrent les frais du procès si l'assuré l'a perdu. Doivent être aussi exclus les prêts bancaires destinés à financer des procédures, l'aide juridictionnelle apportée par les Etats, les accords « No Success, No Fee » ou « CFA Conditional Fee Arrangement », ou encore le financement par les associations comme dans l'affaire CIRDI Philipp Morris contre l'Etat d'Uruguay, où le défendeur a été financé par une association caritative américaine, les organisations non-gouvernementales ou les syndicats professionnels.

Deux observations préliminaires peuvent être apportées. La pratique d'un financement des procédures d'arbitrage par un tiers trouve ses premiers balbutiements en Australie vers le milieu des années 90, du fait de l'abandon des principes *champerty & maintenance*, ainsi que du coût élevé de la justice³. C'est donc une pratique très récente. De plus, les principaux acteurs se sont très vite distingués sur un point, l'implantation géographique : certains se sont installés dans des paradis fiscaux quand d'autres ont privilégié des pays soumis à un contrôle financier, comptable, juridique et éthique bien plus sévère. Les conséquences de ce *forum shopping* en termes de qualité des prestations ne sont pas anodines.

Pour appréhender l'émergence et le rôle joué aujourd'hui dans le commerce international du « *third-party funding* », il faut se pencher sur le développement extraordinairement rapide des procédures d'arbitrage depuis une quinzaine d'années. Aujourd'hui, compte tenu de la globalisation de l'activité économique et de la nécessité de prévoir des clauses compromissaires dans la plupart des contrats internationaux, il existe un recours important et croissant à l'arbitrage international. Ce développement a contribué à l'émergence du financement des procédures par un tiers. Il n'est guère discuté que

¹ Master 2 Arbitrage et Commerce International, Université de Versailles Saint-Quentin (promotion Berthold Goldman).

² M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français, » *RDS* 2012, p. 279.

³ Ph. Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011, p. 385.

l'arbitrage s'impose progressivement comme le mode de résolution adéquat des litiges internationaux. Cependant, si tant est qu'elles en aient le choix, les parties, mais aussi leurs conseils, n'acceptent plus d'assumer les risques financiers du procès, trop élevés pour une issue trop. Le financement par des tiers des procédures arbitrales constitue-t-il aujourd'hui la réponse naturelle à l'évolution du mode de traitement des litiges internationaux vers l'arbitrage ? Si les raisons sont nombreuses pour expliquer l'essor du financement par les tiers (I), sa mise en œuvre suppose une pratique approfondie du métier car l'activité de financement par les tiers est soumise à de vives critiques, pas toujours fondées (II) : celles-ci nous permettent cependant d'amorcer une réflexion sur l'avenir et les évolutions de fond du financement par les tiers (III).

I - les raisons de l'essor du concept de tiers financeur

Le monde de la finance et le monde de l'arbitrage n'auraient pas à se rencontrer dans un monde parfait. Malheureusement, il n'en est rien. Alors que l'arbitrage s'impose progressivement comme mode privilégié de règlement des litiges internationaux, cette procédure est grevée par les conséquences de son propre succès (A). L'essor du financement de la procédure par un tiers s'explique par sa capacité à résorber une large partie des failles de l'arbitrage international. Plusieurs facteurs permettent de comprendre pourquoi un tiers visiblement non-intéressé à un litige et sans lien apparent avec l'une des parties est en passe de devenir l'un des acteurs-phare du procès arbitral moderne. On étudiera ces facteurs selon qu'ils intéressent la procédure arbitrale (B) ou plutôt les acteurs de ce marché (C).

A - L'arbitrage grevé par son propre succès

Le phénomène de la globalisation a provoqué une accélération des échanges commerciaux transnationaux. Sont internationales les opérations qui mettent en cause des parties implantées dans des pays différents : amplifié par Internet, le commerce tend à se déterritorialiser au profit d'une concurrence entre les nationaux de différents pays. Cette internationalisation du commerce s'accompagne inévitablement d'une augmentation du contentieux, accentuée par la pluralité des cultures, des us et coutumes commerciaux et l'absence de juridiction supranationale. L'arbitrage se révèle être un mode de règlement des litiges approprié à la complexité et à la subtilité des contentieux transnationaux, notamment en raison de son caractère confidentiel et du choix des arbitres en fonction de leur adéquation avec les caractéristiques du litige. Les clauses compromissoires sont devenues quasiment automatiques, ce qui participe de l'augmentation tendancielle du nombre de dossiers d'arbitrage et de leur popularité.

Mais ce succès pousse le concept de l'arbitrage dans ses retranchements, créant une économie parallèle née de la complexité grandissante des procédures et de son coût, sans commune mesure avec une procédure nationale ordinaire. Alors que le procès est pris en charge par des cabinets ultraspécialisés et que les règlements d'arbitrage sont encore peu connus des protagonistes, c'est paradoxalement le choix de la clause compromissoire et sa rédaction qui retiennent le moins d'attention dans les négociations (on parle de la clause compromissoire comme de la « midnight clause », c'est-à-dire le dernier élément du contrat à être négocié, et laissé le plus souvent de côté par les cocontractants néophytes ou imprudents). De plus, la période qui suit la décision de l'arbitre et la délivrance de la sentence est particulièrement problématique en raison des difficultés d'exécution, qui peuvent rendre inutiles des années de procédure onéreuse.

Tous ces problèmes et handicaps inhérents à l'arbitrage international peuvent être (au moins en partie) résolus par le financement de la procédure par un tiers.

B - La réponse à un problème de procédure : le rétablissement d'une égalité d'armes entre les parties

« Comme il ne peut y avoir de bonnes lois là où il n'y a pas de bonnes armes ; et comme partout où il y a de bonnes armes, il y a nécessairement de bonnes lois, je m'abstiendrai de traiter des lois et parlerai des armes »⁴.

Un procès commercial se présente en principe comme une bataille soumise à un principe d'égalité des adversaires. Le contentieux né de la rupture d'une joint-venture entre deux anciens partenaires commerciaux en est un bon exemple. Si les deux sociétés sont de même taille et que leur trésorerie affiche la même santé, alors la procédure arbitrale trouvera son dénouement dans l'étude du fond du dossier et des prétentions de chacun à partir desquelles les arbitres fonderont leur décision. Les parties trouveront peut-être à se plaindre du coût de l'arbitrage, ainsi que de la longueur excessive de la procédure. Cependant, si la situation financière et politique des deux compagnies est comparable pendant le temps du procès, alors la charge de l'arbitrage sera supportée par chacune, et les parties seront mises à contribution dans les mêmes conditions. Elles seront éprouvées, car la lente minutie de l'étude de l'affaire a un coût, supérieur à des dizaines d'années de procédure devant le juge national. Mais les parties seront aussi protégées, car cette charge financière et cette lenteur, pour autant qu'elle reste justifiée, sont l'assurance de la protection la plus soignée de ses droits à la procédure.

En revanche, en référence à la pratique de « deep pocket » anglo-saxonne⁵, la situation est tout autre dans le cas où l'un des protagonistes est en position d'infériorité par rapport à l'autre. Dans l'exemple de la joint-venture entre deux sociétés commerciales, on pourrait parfaitement émettre l'hypothèse, au demeurant souvent vérifiée, selon laquelle l'un des deux partenaires a développé le cœur de son activité autour de cette joint-venture, lui consacrant la plupart de ses ressources financières et humaines. L'autre société, quant à elle, pourrait ne voir dans ce partenariat interrompu qu'une opération parmi les dizaines d'autres qu'elle conclut chaque année, et son investissement perdu n'aurait pas la même portée qu'arbore son cocontractant malheureux, celle de la faillite. Il est évident que le procès arbitral entre ces deux entreprises n'aura pas du tout la même dynamique de résolution du litige qu'entre deux litigants de même taille. La partie la plus faible, bien souvent la demanderesse, n'aura pas les moyens de payer les services d'un cabinet d'avocats de premier ordre : l'argent du procès a déjà été dépensé dans l'exécution du contrat. Il ne faut pas non plus beaucoup en attendre des organismes bancaires qui ont apporté leur soutien au début du projet : ils refuseront probablement de financer une procédure incertaine alors même que l'objet du litige se solde déjà pour eux par un crédit irrécouvrable. En revanche, l'autre société est justement dans la situation inverse : pourvue de liquidités gagnées sur d'autres opérations, elle aura la possibilité de mobiliser d'importantes sommes d'argent, tout en ayant recours à une stratégie de pourrissement de la procédure. Elle poussera ainsi son adversaire dans le gouffre avant même que les questions de fond du litige aient été abordées devant l'arbitre. Elle pourra même contraindre son adversaire à avancer ses propres appels de fonds du tribunal arbitral la concernant. Ainsi quand bien même la plus faible d'entre les deux parties justifierait d'une demande aux fondements des plus solides, refuser de transiger serait particulièrement téméraire : une telle transaction, sans que le demandeur puisse y faire peser la menace du procès, se conclura au détriment de celui-ci. Quand des déséquilibres contextuels pendant la négociation menacent de produire des transactions totalement biaisées, la solution appropriée à un problème économique ne peut pas être une réforme procédurale mais un mécanisme économique. L'attribut de subordination s'est déplacé du contexte au droit : quand, traditionnellement, on subodorait que les lois assuraient l'égalité dans les faits, ce sont désormais les faits qui assurent ou non l'égalité devant le juge.

Le financement de la procédure par un tiers gomme le contexte d'inégalité économique entre les parties car le financement par les tiers affranchit la partie concernée de tout ou partie des frais attachés à la procédure. Deux hypothèses sont envisageables⁶ : ou le tiers financeur constitue l'unique moyen de financement, ou le tiers financeur constitue l'unique moyen d'assurer les risques du procès. Plus

⁴ Machiavel, *Le Prince*, GF. Flammarion, Paris, 1992, chap. XII.

⁵ M. de Morpurgo, « A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding », *Cardozo J. Int'l and Comp. L.*, 2011, p.310.

⁶ Lord Justice Jackson, « Review of Civil Litigation Costs », consultable sur <http://www.judiciary.gov.uk/publications-and-reports/review-of-civil-litigation-costs/index>.

précisément, un demandeur fera appel à un tiers financeur s'il n'a pas les moyens financiers de mener une procédure d'arbitrage pour faire valoir ses droits, ou bien s'il préfère allouer ses moyens financiers dans le *core-business* de son entreprise pour des raisons de stratégie ou de gestion. Ainsi, le financement par les tiers promeut l'accès à la justice puisse qu'il donne les moyens à une petite ou moyenne entreprise de faire valoir ses droits qui, jusque récemment, pesaient trop peu face à des Etats ou des grandes sociétés. De plus, cela a pour conséquence accessoire de réduire l'aléa judiciaire car cela donne à la partie faible l'assurance que sa demande sera étudiée par des arbitres choisis pour leur compétence sur le litige présenté, quel que soit leur prix⁷.

C - La réponse à un problème de marché : le rétablissement d'une réappropriation du coût de la procédure par le demandeur

En corrigeant les inégalités économiques et politiques initiales qui existent entre les parties à l'arbitrage, le tiers financeur a un impact très important sur l'entrée dans la procédure de la partie faible économiquement. Mais il est évident que le procès n'est pas gagné dès le dépôt de la requête en arbitrage : les fonds importants des financeurs⁸ permettent l'intégration au procès de cabinets d'avocats internationaux de renom, et leur mise en concurrence. Cette concurrence accrue des cabinets est un phénomène grandissant au fur-et-à-mesure que l'arbitrage international se démocratise : le monde de l'arbitrage international du 21^e siècle n'est plus un monde de « gentlemen » comme on a bien voulu le penser au milieu du 20^e siècle. Cette mutation s'accompagne de changements profonds dans la façon dont un dossier d'arbitrage est traité : les conseils n'hésitent pas à freiner le déroulement d'une procédure par des incidents multiples alors que les arbitres peuvent voir leur responsabilité mise en cause s'ils tardent trop à rendre leur sentence. Le financement par les tiers permet de mettre en phase le contentieux international, qui concerne désormais potentiellement des entreprises de toute taille et tous les Etats, développés ou émergents, avec des exigences de qualité des prestataires intervenant dans la procédure arbitrale.

En effet, parce que c'est lui qui porte tous les frais de l'une des parties dans la procédure, le tiers financeur a un droit de contrôle et d'appréciation du travail fourni par les conseils : il rejette les devis exorbitants et exhorte les avocats de son client à l'efficacité. Cette double exigence de qualité et de rapidité s'explique par le fait que les avocats facturent très souvent à l'heure de travail et que le tiers financeur ne récupérera les sommes investies que si son client gagne le procès et obtient le règlement de la créance ainsi née. En d'autres termes, un tiers financeur veille à ce que la procédure se déroule le plus vite possible et le mieux possible. Par ailleurs, le financement par les tiers tend à filtrer les demandes insuffisamment solides car les tiers ne prendront pas le risque sur de tels cas. Cela bénéficiera aussi aux parties défenderesses qui seront atraies à des procédures présentant des prétentions sérieuses de la part de la demande et non pour des raisons de pressions ou de litispendance, et à la pratique de l'arbitrage international.

Ce rôle de chien de berger de l'arbitrage tenu par le tiers financeur entraîne des changements dans le comportement, parfois abusif, de certains acteurs de l'arbitrage international, et assainit le déroulement du procès. On peut observer notamment que l'appel à un financement par les tiers (contrairement à l'utilisation des accords d'honoraires conditionnels) n'impose pas de charge financière supplémentaire aux parties : le tiers financeur fera tout pour respecter le budget prévu et provisionné au début de la procédure.

Enfin, de manière plus prosaïque, l'analyse préalable du dossier par un tiers permet à la partie cliente de bénéficier gratuitement des analyses des chances de succès de son dossier. Il convient de mettre en perspective le montant net de dédommagement encaissé par le demandeur financé par un tiers, comparé à sa situation s'il n'avait pas eu recours à un tiers professionnel.

⁷ E. Bertrand, « The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding », *Bull. ASA* 2011, p. 607.

⁸ *Burdford Capital*, un des plus importants financeurs anglais, a investi au cours de l'année 2011 environ 182 millions de dollars dans le financement de procédures selon le rapport annuel 2011 de *Burdford Capital*.

Ainsi les principaux handicaps de l'arbitrage international dans sa forme classique, à savoir son coût global et parfois sa charge politique qui frôle l'excès, trouvent leur remède dans le financement par un tiers qui accompagne l'émergence d'un arbitrage pour tous et pour tout. Si l'existence du financement en lui-même a un impact sur la procédure arbitrale et le monde de l'arbitrage, la façon dont le tiers intervient se doit d'obéir à des principes d'action stricts, sous peine de nourrir de faux procès et d'engendrer des critiques légitimes à l'encontre de cette activité.

II - Bonnes pratiques et critiques : le financement par les tiers à l'épreuve des réticences

L'impact, que l'on a vu considérable, des tiers financeurs sur la conception même de l'arbitrage international implique de la part de ces acteurs des principes d'action ambitieux pour l'exercice de leur métier. On peut s'attacher à dresser le portrait du bon praticien en financement de procédure (A) afin de pouvoir répondre aux critiques et suspicions qui s'y attachent en creux (B).

A - La pratique idéale du financement par les tiers

Blaise Pascal écrit dans ses *Pensées* qu'« il n'est pas permis au plus équitable homme du monde d'être juge en sa cause »⁹ ; parce qu'il était un grand mathématicien, l'on peut interpréter cette maxime comme le credo de l'humilité scientifique ; parce qu'il était également théologien, on peut le comprendre comme l'examen impitoyable de la nature humaine. Pareillement, la prudence est de mise dans la description de la pratique idéale du *third-party funding*, car les analyses de comportement proviennent le plus souvent des acteurs eux-mêmes. Ils seraient alors tentés de dessiner comme le portrait du financeur idéal, leur propre figure. Cependant, des pratiques plus saines que d'autres se dégagent nettement dans l'activité des divers acteurs du financement de procédure arbitrale.

La première exigence du financeur est l'extrême prudence dans l'établissement, à l'égard de son client puis des autres acteurs du procès, d'une « *due diligence* », qui n'est rien d'autre que le « *caveat emptor* » hérité du droit romain. La *due diligence* est un concept anglo-saxon qui signifie que le sujet doit travailler à se prémunir lui-même contre tout élément négatif d'une opération qui peut être évité et à éclairer aussi bien que possible tous les aspects d'un dossier qui lui est soumis afin de prendre une décision éclairée ; le financeur a un devoir élémentaire de précaution à l'égard de ses actionnaires et de ses investisseurs qui lui font confiance. En pratique, cela signifie que le tiers financeur n'exerce parfaitement son métier que s'il a pris le temps de collecter toutes les informations possibles sur le plus grand nombre d'aspects, économique, juridique, politique, géopolitique ou encore sociologique, afin d'évaluer les forces et les faiblesses de la société et de la demande qu'il s'apprête à financer. Comme l'écrit Nicolas Moinet, « *L'intelligence est le croisement de l'information et de la stratégie* »¹⁰ : c'est un des piliers fondamentaux de l'activité du financement de procédure.

Au-delà de la compréhension claire des mérites du dossier, ce devoir élémentaire de précaution s'explique en raison des opérations de blanchiment et de transactions frauduleuses qui pourraient se cacher derrière une procédure et une sentence arbitrales. Car c'est bien l'éthique qui doit être au cœur des préoccupations du financeur lorsqu'il s'enquiert de son client, de ses sociétés affiliées et de leur environnement politique et culturel. Aussi risquée que puisse paraître l'idée de mélanger l'éthique, la finance et le contentieux international, le filtre éthique (le tiers financeur devrait refuser de financer une demande qui viole la bonne organisation du commerce international) s'impose aujourd'hui comme un moyen de compétitivité au sein des acteurs du financement de l'arbitrage international.

Dans ce sens, le tiers doit avoir le droit – et même le devoir quand il s'aperçoit qu'un élément nouveau entache le dossier d'une fraude ou d'une manipulation de l'arbitrage – d'interrompre le financement en cours de procédure. Le financeur doit rédiger une clause contractuelle qui prévoit les circonstances d'un tel arrêt, le préavis à respecter par le tiers et les conséquences d'un tel arrêt. En pratique, hormis

⁹ B. Pascal, *Pensées*, Fragment 78, p. 68 (édition Brunschwig, GF n° 1474)

¹⁰ N. Moinet, *Petite histoire de l'intelligence économique : une innovation "à la française"*, L'Harmattan, coll. Intelligence économique, 2010, p. 25

le cas de fausses déclarations du client, il n'y a que trois solutions possibles pour le tiers : perdre l'investissement déjà réalisé (ce qui donne un levier fort au client) ; prévoir le remboursement de l'investissement sur les recouvrements obtenus en cas de succès de la procédure *in fine* ; prévoir une pénalité dissuasive assortie d'une garantie réelle.

Le financeur doit agir dans un seul but, la satisfaction du client quant à ses prétentions, et cela passe par la préservation de la confidentialité et du secret professionnel, ainsi que de la préservation de l'image du client. Les conseils, le financeur et la partie financée s'accordent sur les éléments d'information qui peuvent circuler entre eux, et strictement entre eux. La meilleure façon d'éviter tout contentieux sur la divulgation malencontreuse d'informations est de faire signer au préalable à tous travaux un contrat entre les trois parties de « non-divulgaration » des informations partagées. De plus, la confidentialité mais aussi la transparence doivent être instaurées entre les parties à ce NDA (« *non disclosure agreement* »), afin que les conseils comme le financeur et le demandeur aient accès à toutes les informations nécessaires pour œuvrer au mieux.

Enfin, le tiers financeur avisé et consciencieux doit avoir à cœur d'assurer la convergence des intérêts des différents acteurs du procès par la mise en place d'un travail d'équipe entre les conseils, le financeur et la partie financée. Il ne devrait pas y avoir concurrence de talents entre les conseils et les tiers financeurs mais mutualisation : les conseils ont à apprécier une multitude de facteurs pour gagner le procès de leur client, et parfois, ils n'ont pas le temps, et n'en voient pas forcément l'intérêt, de se concentrer sur certains aspects de la procédure ou de l'argumentation. Le financeur, ayant préparé en amont le dossier de manière très minutieuse et en adéquation avec ses principes d'éthique, veillera à ce que le dossier soit présenté au tribunal arbitral dans les meilleures conditions possibles. Cela passe notamment par la recherche de fondements juridiques différents et appropriés, par la recherche des preuves les plus convaincantes et par la réunion des éléments les plus pertinents, notamment dans le choix des experts, pour permettre le meilleur chiffrage du préjudice. C'est pour le conseil la mise en place d'un véritable « *back-office* » et d'une méthode d'échange au fil de l'eau, certes exigeants à l'égard de son organisation, mais toujours plus au service du client. Ainsi, le financeur tendra à favoriser une transaction si celle-ci intervient au bénéfice du client.

Cette conduite du tiers financeur qui privilégie le devoir de prudence et d'éthique allié à un grand sens du travail d'équipe avec le client et ses conseils pour répondre au mieux à la demande qu'il a estimé justifiée, n'est pas celle de tous les acteurs du financement de procédure aujourd'hui, ce qui a nourri de nombreuses critiques, portant finalement préjudice à l'activité de financement du contentieux.

B - Les critiques rencontrées en pratique

L'un des procès faits au *third-party funding* est l'assimilation aux « fonds-vautours », ou fonds de retournement. Les fonds-vautours sont des investisseurs qui achètent des créances impayées à forte décote, bien souvent sur des pays pauvres très endettés, et qu'ils recouvrent par des procédures judiciaires jusqu'à la valeur nominale de la créance¹¹. Toutefois, contrairement à cette activité, le client du tiers financeur reste le seul titulaire de son droit à réparation.

Il existe des critiques légitimes. On retiendra la priorité accordée par certains fonds à la rentabilité la plus féroce (« *financial greediness* » ou « *gloutonnerie financière* »), ou la démarche spéculative, qui consiste à proposer ses services de financement pour un dossier dont le financeur sait parfaitement qu'il n'a pas le budget suffisant pour assurer l'entière procédure : ces fonds pensent que l'annonce de leur intervention forcera une négociation rapide, ou pour le moins parient sur une issue rapide du procès.

Dans le même sens, la publicité de l'activité de financement est sujette à débat. En théorie, les échanges de correspondance entre ces trois acteurs que sont le conseil, le financeur et la partie financée, doivent être protégés par le même privilège que celui protégeant les échanges entre client et

¹¹ <http://lecercle.lesechos.fr/abecedaire/f/221132095/fonds-vautour-vulture-funds>.

avocat. En *common law*, plusieurs décisions de jurisprudence reconnaissent ce principe, le tiers faisant partie de l'environnement du client¹² : en dehors du cercle tripartite, les échanges doivent rester confidentiels. Mais ce principe n'est pas partagé par tous les tiers financiers. On peut lire régulièrement des dépêches d'agences annonçant qu'un tiers a conclu un contrat, par exemple pour financer une procédure d'arbitrage CIRDI introduite par telle société contre tel Etat : la tentation de faire de la publicité à la suite de la signature d'un contrat important est compréhensible, parce que le marché du financement est de plus en plus compétitif. Au mieux, une telle publicité peut avoir un effet pervers sur le procès en ce que la partie défenderesse devra s'interroger sur l'opportunité de se défendre à la procédure ou de tenter de négocier une transaction : c'est une conséquence particulièrement regrettable car elle fait évoluer le contrat de financement du rôle de bouclier à celui d'épée, ce qui n'est pas dans sa nature. Au pire, le tiers ne dispose pas du budget suffisant pour financer jusqu'à son terme la procédure et souhaite faire pression pour conclure rapidement une transaction. C'est une dérive de la pratique de financement par un tiers qui doit être fermement condamnée car elle introduit un mécanisme d'aléas financiers bien trop importants pour le demandeur qui s'apprête à se lancer dans une procédure, alors qu'il n'a pas les moyens de la mener à bout dans le cas où le financeur devrait se retirer faute de moyens.

La règle est de calculer le budget en fonction du « *worst case scenario* ». Il est essentiel qu'un budget réaliste soit précisé dans le contrat de financement après discussion entre le client et ses conseils. Le budget doit prévoir de façon large les honoraires des avocats, les frais du tribunal arbitral, y compris la quote-part à charge du défendeur au cas où ce dernier serait défaillant, les frais des expertises nécessaires, *quantum*, construction, etc. Le budget doit également englober les frais d'exécution de la sentence, qui peuvent être importants. Cependant, l'investisseur tiers ne doit financer que la procédure d'arbitrage, rien de plus. Il ne doit pas assurer, par exemple, la trésorerie du client ou financer ses activités, ce qui est parfois souhaité par le client qui voudrait profiter de l'aubaine de bénéficier d'un financement parfois inattendu.

Lorsque l'intervention d'un tiers financeur n'est pas connue du tribunal arbitral, de nombreux auteurs s'interrogent sur les conflits d'intérêts entre le tiers et les arbitres¹³. La question peut en effet se poser lorsque que la sentence ayant été rendue, elle serait l'objet d'un recours en annulation, au motif que les arbitres avaient déjà travaillé avec le tiers financeur de cette procédure dans d'autres dossiers, et que le tiers étant resté anonyme, l'obligation de révélation de l'arbitre n'a pas été respectée. En pratique, rares sont les tiers qui pourraient cacher leur identité aux arbitres, car au moins l'un des trois arbitres a été choisi en étroite collaboration avec le tiers. Dès lors, tout arbitre soucieux de sa réputation, de son image et de son avenir professionnel refusera de siéger s'il a eu des relations privilégiées antérieures avec le tiers en question. Les institutions d'arbitrage n'ont pour l'instant pas pris de mesures particulières sur ce sujet.

Etant donné que l'arbitrage reste une procédure confidentielle, dès lors que certaines institutions imposeraient la révélation d'un tiers financeur à la procédure pour éviter des conflits d'intérêts, il conviendrait que cette information soit soumise au respect de deux conditions. Premièrement, le tribunal arbitral devra garantir la confidentialité de l'information communiquée. Deuxièmement, cette obligation de révélation devra également être imposée à toutes les catégories de tiers financeurs, que ce soient les assureurs ou autres. En effet, il arrive que, dans certaines procédures où des Etats sont assignés par un investisseur, les frais de financement de la procédure ne soient pas assurés par l'Etat concerné mais par le tiers qui a profité de l'éviction de l'investisseur étranger, demandeur à l'instance.

Les critiques à l'intervention d'un tiers financeur dans la procédure arbitrale sont fondées lorsque la pratique du financeur est contraire à une certaine éthique : une première étude du positionnement de ces nouveaux acteurs et de l'engouement qu'ils créent dans le monde de l'arbitrage autorise à certaines

¹² Notamment *Energy Capital Corp. v. United States*, 45 Fed. Cl. 481 (Fed. Cl. 2000), *Esso Australia Resources Ltd and others v. The Hon Sidney James Plowman, Minister for Energy and Minerals and others* (1995) 183 Commonwealth Law Reports 1

¹³ A. Goldsmith, L. Melchionda, « Third Party Funding: Everything You Ever Wanted to Know », *RDAI* 2012, n° 2

remarques sur les possibilités d'avenir du mécanisme, ainsi que sur les hypothèses de structuration de l'activité.

III - L'avenir du financement par les tiers

Une des observations les plus évidentes est une prophétie auto-réalisatrice, celle que le financement par les tiers s'apprête à transformer profondément l'arbitrage international. C'est d'ailleurs probablement ce qui explique la vivacité des débats sur le sujet aujourd'hui car ce nouvel acteur dans l'arbitrage international cristallise deux positions très opposées. La première est favorable à une ouverture à tous de l'arbitrage international, à la fois comme mode de procédure et à travers la normalisation des relations économiques entre ses acteurs. La seconde soutient une pratique de l'arbitrage plus confidentielle, réservée aux litiges les plus conséquents et délicats, dont l'encadrement resterait entre les mains d'initiés. Poussées à l'extrême, on pourrait considérer que la première position est celle de la prise de risque total car l'ouverture du marché se ferait en l'absence de garde-fous, et la seconde position, celle du combat d'arrière-garde, incapable d'anticiper les mouvements tectoniques du monde économique après la crise inaugurale du 21^e siècle.

Plusieurs hypothèses peuvent être émises quant à la réglementation et la structuration dans les prochaines années des tiers financeurs. L'hypothèse la plus classique est celle de la régulation par l'Etat, venant établir un régime et une structure sociétale propre aux personnes souhaitant avoir une activité de financement de procédure. L'hypothèse antithétique serait donc l'absence totale de réglementation par tout Etat ou toute organisation, laissant aux acteurs économiques une totale liberté de marché. Une troisième voie envisageable pourrait être l'autorégulation par des associations. Le problème de toute réglementation est qu'elle induit le plus souvent des comportements déviants du but fixé par une loi ou un règlement : les conseils en défense auront beau jeu de rechercher la faille orthographique ou la brèche contractuelle pour échapper aux obligations *a minima* imposées par un Etat ou une association. Quant à l'autorégulation, elle suppose qu'aucun membre de l'association n'ait plus de poids que les autres, pour éviter qu'il ne dicte à ses concurrents ses propres conditions générales comme code de bonne pratique.

Le financement par les tiers contribue à améliorer la morale des affaires internationales en sanctionnant le fauteur d'un préjudice qui se croyait puissant ou intouchable. Mais le tiers financeur peut aussi aggraver certains comportements de spéculation si aucune précaution n'est prise pour encadrer l'immixtion du tiers dans ce qui doit rester la « chose » des parties, le procès arbitral. Enrayant la spirale vertueuse, les comportements individuels qui bafouent les principes positifs posés ci-dessus ne peuvent qu'entraîner l'introduction de réglementations aveugles et d'interdits génériques comme le *champerty & maintenance*. L'activité de financement par les tiers en est à son prologue : la pratique de ses acteurs aujourd'hui détermine l'influence qu'ils auront demain sur l'arbitrage international et le commerce international.