

UNIVERSITÉ PARIS I - PANTHÉON-SORBONNE
ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE

Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
Département de Recherche sur la Justice et le Procès



LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE PAR LES TIERS
Une approche française et internationale

Khalil MECHANTAF

Sous la direction de
M. le Professeur Loïc CADIET

Thèse de Doctorat
Année universitaire 2019-2020

Date de soutenance: 14 Janvier 2019

**Jury: Loïc Cadiet, Thomas Clay, Jean-Baptiste Racine, François-Xavier Train
et Laura Weiller**

Le financement des procès présente de nombreux avantages pour le développement de l'arbitrage international, auparavant inaccessible aux parties impécunieuses. Les systèmes anglo-saxons, traditionnellement contre le financement des procès, commencent à introduire des règlementations facilitant l'accès au financement et promouvant son développement. La sophistication des formes de financement et le statut du tiers financeur apportent cependant une certaine complexité à l'exercice par l'arbitre de son pouvoir et au déroulement de la procédure arbitrale. Cette dernière reste gérée par le consensus des parties et la confidentialité de la procédure. La divulgation de l'accord de financement et la détermination du statut du financeur sont parmi les questions que posent l'existence d'un tiers dans la procédure arbitrale.

Titre en Anglais: Third-party funding in arbitration: A French and international approach.

À mon épouse, Carine, pour son incroyable amour et solidarité.

À ma fille, Zoe, pour sa vivacité et son sourire éternelle. Que la persévérance soit ton guide dans tes efforts.

À ma mère et mon père, source impérissable de sacrifice. En espérant que ce travail vous fera justice.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
PREMIÈRE PARTIE: Développement et pratique du financement par les tiers.....	33
Chapitre 1: Les fondements du financement de l'arbitrage par les tiers	37
Section I: La théorie économique du procès: Le motif entre privé et social	41
Sous-section 1: Le motif privé.....	41
Sous-section 2: Le motif social.....	42
Sous-section 3: Le théorème de Coase	43
Sous-section 4: Le principe perdant paie (ou loser pays)	44
Section II: Le financement de l'arbitrage par les tiers et la théorie économique en général...47	
Sous-section 1: L'effet du financement sur le motif privé et social	48
Sous-section 2: Les bénéfices économiques du financement et l'efficacité économique du procès	49
§ 1. Les bénéfices d'ordre économique	49
§ 2. Les bénéfices d'ordre procédural	52
Sous-section 3: Un marché économique du financement par les tiers.....	55
Chapitre 2: La pratique du financement de l'arbitrage par les tiers.....	57
Section I: Les doctrines <i>Champerty</i> et <i>Maintenance</i> à l'avant-garde des prohibitions historiques contre le financement des procès.....	58
Sous-section 1: Le financement des procès dans les pays du <i>common law</i>	62
§ 1. L'Angleterre et les pays de Galles.....	63
§ 2. L'Australie.....	66
§ 3. Singapour	70
§ 4. Hong Kong.....	73
§ 5. Les États-Unis.....	75
A. Une jurisprudence en évolution	77
B. Une doctrine divisée.....	80
Sous-section 2: Le financement dans les pays de droit civil	83
§ 1. La France	83
§ 2. L'Allemagne.....	86
§ 3. La Suisse	87
§ 4. Le Moyen-Orient	90
Section II: Le financement et le marché de l'arbitrage	91

Section III: Les différentes formes de financement	95
Sous-section 1: Le financement à but philanthropique	95
Sous-section 2: Le financement par les avocats	97
Sous-section 3: Le financement par cession	100
Sous-section 4: Les assurances comme moyen de financement	104
Sous-section 5: Le financement à travers l'investissement d'un tiers	107
Section IV: Les raisons justifiant le financement par les tiers	111
Sous-section 1: L'arbitrage et le financement au service du commerce international	113
Sous-section 2: La réduction des coûts de la justice arbitrale	118
Sous-section 3: Le financement comme un nouveau produit financier	127
Sous-section 4: L'assistance au procès par l'aide jurisprudentielle	130
Section V: Les critiques envers le financement par les tiers	132
Sous-section 1: Prolifération des demandes infondées	132
Sous-section 2: Altération du droit et de la jurisprudence	136
§ 1. <i>Stare decisis</i> de la jurisprudence des cours étatiques	138
§ 2. <i>Stare decisis</i> des sentences arbitrales	139
Sous-section 3: Le trafic des procès	141
Sous-section 4: Le conflit d'intérêts	143
Chapitre 3: L'incident du financement des procès sur la procédure arbitrale	147
Section I: Les incidents de la présence du tiers financeur sur les principes directeurs de l'instance arbitrale	147
Sous-section 1: La nature consensuelle de l'arbitrage	147
Sous-section 2: La célérité du procès arbitral	154
Sous-section 3: La confidentialité de la procédure arbitrale	157
Sous-section 4: La bonne administration du procès arbitral	161
§ 1. La doctrine du <i>legal privilege</i>	162
§ 2. <i>Legal advice privilege</i>	163
§ 3. Privilège par intérêt commun	166
§ 4. <i>Litigation privilege</i>	168
Section II: Les incidences de la présence du tiers financeur sur l'arbitrage des conflits d'investissement	172
Sous-section 1: La notion de nationalité de l'investisseur	173
Sous-section 2: La nationalité du tiers financeur	176
Section III: Le pouvoir de l'arbitre en présence du tiers financeur	179

Sous-section 1: La divulgation de l'accord de financement.....	179
Sous-section 2: L'exercice par le tribunal de ses pouvoirs et leurs effets sur le financeur ...	192
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	197
DEUXIÈME PARTIE: Le régime juridique du tiers financeur	203
Chapitre 1: La qualité du financeur.....	205
Section I: La nature du contrat de financement	206
Sous-section 1: Opération de crédit-bail.....	210
Sous-section 2: Opération d'assurance.....	215
Sous-section 3: Contrat de prêt	217
§ 1. Prêt à usage	217
§ 2. Prêt à consommation.....	219
Sous-section 4: Contrat de société en participation	221
Sous-section 5: Contrat d'entreprise	224
§ 1. Éléments distinctifs.....	226
§ 2. Intérêt de la distinction entre contrat d'entreprise, mandat et contrat de financement ...	229
Sous-section 6: Le contrat aléatoire.....	231
Sous-section 7: Le contrat complexe et le contrat <i>sui generis</i>	234
Sous-section 8: Les éléments du contrat de financement: <i>essentialia, naturalia et accidentalia</i>	238
§ 1. Volonté des parties.....	238
§ 2. Qualité des parties	239
§ 3. Objet du contrat et la cause de l'obligation	240
§ 4. Objet de la prestation caractéristique	242
Section II: Clauses composant le contrat de financement	248
Sous-section 1: Clauses portant sur l'obligation d'information.....	248
Sous-section 2: Clauses portant sur le partage de la gestion du procès	249
Sous-section 3: Clauses portant sur le financement des coûts	250
Sous-section 4: Clauses portant sur l'annulation du contrat de financement.....	252
Chapitre 2: Le principe de l'effet relatif de la clause arbitrale et ses exceptions en matière d'extension de l'arbitrage au tiers	253
Section I: L'approche contractuelle en matière d'extension de la clause arbitrale.....	255
Sous-section 1: L'adhésion par référence.....	256
Sous-section 2: La cession de créance	257
Sous-section 3: L'extension de l'arbitrage au sein d'un groupe de sociétés - <i>alter ego</i>	262
Sous-section 4: L' <i>Estoppel</i>	266

Sous-section 5: L'approche contractuelle et le consensualisme.....	271
Section II: L'approche contextuelle et la position française	272
Sous-section 1: L'implication dans l'exécution du contrat.....	276
Sous-section 2: L'implication dans les litiges qui peuvent en résulter	277
Sous-section 3: L'efficacité économique, l'équité et la bonne administration de la justice ...	279
Section III: Les modalités de l'extension de l'arbitrage au tiers financeur.....	281
Section IV: La distinction entre l'extension et la transmission (ou circulation, voire multiplication) de la convention d'arbitrage	286
Sous-section 1: Les différents types de tiers financeurs	293
Sous-section 2: La révélation de l'implication du tiers financeur	295
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	303
CONCLUSION GÉNÉRALE	307
BIBLIOGRAPHIE.....	314
RAPPORTS ET ARTICLES DE PRESSE.....	319
ARTICLES	321
JURISPRUDENCE.....	331
INDEX ALPHABÉTIQUE	349

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Il y a deux décennies, le magazine *The Economist* a qualifié l'arbitrage commercial international comme étant une grande idée qui dominera l'agenda des réformes légales du prochain siècle.¹ Selon cette assertion, l'arbitrage international a été avant tout promu comme étant un mode alternatif rapide, moins cher et plus flexible que les modes judiciaires de règlement des différends, sans pour autant sacrifier la qualité du règlement des litiges.² En attendant l'émergence d'une jurisprudence arbitrale consistante,³ un panorama des centres d'arbitrage les plus fréquentés montre une explosion du nombre des procès enregistrés depuis la prédiction de *The Economist* en 1992. On dénombre également, en 2015, une augmentation de 151% du nombre de nouveaux procès enregistrés auprès de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), par comparaison à ceux en cours en 1999.⁴

Années	Demandes d'arbitrage enregistrées	Montant du litige excédant USD 1 Million, en pourcentage du nombre de nouveaux procès enregistrés durant l'année en cours
1999	529	49%
2000	541	54%
2001	566	54%
2002	593	54%
2003	580	55.3%
2004	561	58.8%

¹ The Economist, juillet 18-24, 1992.

² Global Arbitration Review, Third-Party Funding: "Wildcatting for new claims", 16 Juin 2014.

³ Cela demeure pour l'instant difficile en raison de la confidentialité de la procédure arbitrale, dont la publication dépende uniquement de l'accord des parties. Par contre, l'arbitrage des conflits d'investissements offre une série de jurisprudence riche accessible au public vu que les conflits en question relèvent de l'intérêt public et ne sont donc pas couverts par la confidentialité.

⁴ Voir les statistiques de la CCI, disponible en ligne <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>.

2005	521	54.3%
2006	593	55.5%
2007	599	57.4%
2008	663	72.5%
2009	817	77.1%
2010	793	75.9%
2011	796	77.3%
2012	759	76.2%
2013	767	78.2%
2014	791	76.5%
2015	801	76.8%
2016	966	non publié

2. Ces procès enregistrés excluent évidemment les arbitrages *ad hoc* qui contribuent à l'augmentation du nombre des procès arbitraux.⁵ Le montant total des revendications des parties a de même explosé, atteignant 110 milliard de dollars en 2012 pour les procès en cours auprès de la CCI.⁶

3. Ces chiffres soulignent la croissance exceptionnelle du marché arbitral.⁷ La bonne santé économique de l'arbitrage international tranche même avec le ralentissement économique mondial lié à la crise financière persistante. Cela ne surprend pas car, si la crise affecte l'économie, elle avive le contentieux. Donc, l'arbitrage international se nourrit de la crise économique et son marché prospère aussi grâce à elle. La conséquence en est, selon une loi

⁵ Alors que les centres d'arbitrages guident les parties dans les arbitrages institutionnels, les arbitrages ad-hoc présentent plusieurs déficits, notamment la gérance de la procédure durant la phase préliminaire qui précède la composition du tribunal arbitral. Cette phase étant cruciale pour le déclenchement du procès arbitral qui est d'habitude exposé à la procrastination de la partie répondeuse. Même avec ces risques inhérents à l'arbitrage ad-hoc, plusieurs parties y-ont toujours recours vu l'absence des coûts administratifs des centres d'arbitrages.

⁶ "ICC statistical report 2012", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 24, N°1 (2013), p. 13.

⁷ Voir, W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013.

économique classique, que le marché se développe au-delà de ses foyers traditionnels d'activités. C'est ce qui explique l'émergence d'autres places importantes comme Singapour ou Dubaï, qui incarnent parfaitement la mondialisation de la pratique arbitrale.⁸

4. Cependant, force est de constater que, bien que le marché de l'arbitrage produise d'importants flux financiers, ceux-ci sont très difficiles, sinon impossibles, à quantifier. Même sur un segment très localisé comme la ville de Paris, la mesure de l'activité économique engendrée par l'arbitrage est approximative. L'association «Paris, place de l'arbitrage» avait ainsi menée une étude en 2010 auprès de 35 cabinets d'avocats parisiens pour évaluer le chiffre d'affaires de leur activité imputable à l'arbitrage et était parvenue à un total d'environ 200 millions d'euros par an.⁹ Mais cette étude était triplement limitée puisqu'elle ne portait que sur une partie des cabinets d'avocats - car on estime à plus d'une centaine ceux qui, à Paris, ont une activité d'arbitrage international -, elle ne s'interrogeait que sur une part de l'activité, celle de conseil, et elle ne concernait qu'un seul corps de métiers, certes central, mais parmi d'autres, les avocats.¹⁰ Le rapport *Prada* sur la compétitivité juridique de la place de Paris avait d'ailleurs lui-même considéré que «*cette estimation, portant uniquement sur le chiffre d'affaires d'un nombre limité de cabinets d'avocats, est une estimation minimale de l'activité économique générée par l'arbitrage international à Paris. Son ampleur réelle est certainement beaucoup plus importante, sans qu'il soit possible de l'estimer avec précision*»¹¹.
5. Au regard de la croissance continue du marché de l'arbitrage, on constate une bataille économique tendue pour gagner des parts de marché, ce qui suscite une sextuple concurrence.¹²
 - a. Premièrement, il existe une concurrence des places d'arbitrage puisque les grandes villes rivalisent désormais pour vanter leurs atouts comme Miami, Londres ou Madrid, ou en tentant de subtiliser les avantages des autres places, comme lorsque les villes de Genève

⁸ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage* - Le marché de l'arbitrage, Lextenso éditions, 2013, p.21.

⁹ M. Prada, "Rapport sur certains facteurs de renforcement de l'activité juridique de la place de Paris", mars 2011, spéc. p. 5.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Op cit.* M. Prada, "Rapport sur certains facteurs de renforcement de l'activité juridique de la place de Paris".

¹² W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage* - Le marché de l'arbitrage, Lextenso éditions, 2013, p.22.

et Vienne ont cherché à attirer la Chambre de Commerce Internationale dans leur ressort pour en déposséder Paris.

- b. Deuxièmement, on constate une concurrence des centres d'arbitrage, notamment lorsque le succès des centres au Moyent-Orient ou en Asie présente désormais une alternative aux centres classiques basés à Londres et Paris.
- c. Troisièmement, il y a une concurrence des droits nationaux. On assiste en effet à une inconstance des lois nationales, régulièrement modifiées, parfois modestement, uniquement pour qu'elles puissent être à nouveau présentées comme plus modernes et plus efficaces. Chaque changement de lois donne lieu désormais à une opération de communication par les praticiens de la place concernée.
- d. Quatrièmement, on observe une concurrence des avocats qui s'affrontent dans des campagnes onéreuses et se lancent dans des manifestations de plus en plus somptuaires pour faire étalage de leur puissance et de leur moyens, sponsorisent des événements en tout genre, se font connaître par des publications, achètent des pages de publicité ou des places dans des classements plus ou moins sérieux, *et cetera*.
- e. Cinquièmement, il existe aussi une concurrence des arbitres, qui n'ignorent plus rien du marketing personnel, des lieux où il faut être et de ceux où il ne faut pas être, qui fréquentent les cénacles prescripteurs, qui sont passés maîtres dans les exercices d'auto-promotion de plus en plus assumés, qui publient des articles dont l'intérêt scientifique frappe moins que le rappel de l'appartenance au marché des arbitres, qui savent comment figurer dans les classements d'arbitres pourtant tout aussi farfelus que ceux des avocats,¹³ prenant parfois quelques libertés avec ce qui devrait toujours constituer l'éthique de celui qui juge.
- f. Enfin, l'agent le plus récent du marché de l'arbitrage est constitué des tiers financeurs qui s'acharnent à décrocher les procès les plus rentables.¹⁴ Ces agents économiques s'affrontent désormais sur le marché mondial de l'arbitrage, dans les différents types

¹³ Voir, «L'arbitrage et sa presse», colloque «Paris place de l'arbitrage», Paris, 21 juin 2010, non publié.

¹⁴ Selon une perspective purement commerciale, on voit que les procès dont le montant n'excède pas les US\$ 7 Million sont difficiles à justifier un financement.

d'arbitrages, avec différentes cultures, mais avec une pratique uniformisée à l'échelle internationale. C'est leur propre prospérité économique qui est en jeu.

6. Le développement de l'arbitrage et, désormais, son financement reflètent aussi l'influence que l'arbitrage exerce sur le maintien de l'ordre commercial international, manifesté essentiellement par la distribution de la richesse à travers les sentences arbitrales et le règlement des litiges commerciaux internationaux. Ceci incite à la croissance et la prospérité de l'économie mondiale.¹⁵
7. En outre, des normes juridiques et des coutumes pertinentes à l'ordre commercial international s'imposent fréquemment aux échanges commerciaux courants. Ces normes sont le résultat de l'émergence d'une jurisprudence arbitrale, particulièrement dynamique dans le domaine commercial, mais aussi de la pratique arbitrale internationale qui façonne le règlement des différends internationaux. On dénombre plusieurs normes et coutumes développées par la pratique et la jurisprudence arbitrale, notamment :
 - a. En matière de preuve, où il existe certaines catégories de personnes auxquelles la loi retire qualité pour témoigner. À titre d'exemple, au visa de l'article 199 Code de Procédure Civile (CPC), seuls les tiers peuvent témoigner, et il n'est pas possible de se constituer une preuve à soi-même en témoignant pour son propre compte.¹⁶ En revanche, selon les règles 4.2 et 4.3 de l'*International Bar Association (IBA)* sur l'administration de la preuve en arbitrage international du 29 Mai 2010, « *toute personne peut témoigner, y compris une Partie ainsi qu'un dirigeant, un employé ou un autre représentant d'une Partie* ». La pratique commune dans les arbitrages internationaux est d'adopter les règles de preuves de l'IBA et la majorité des usagers de l'arbitrage accepte de renoncer aux lois locales en matière de preuve en faveur de ces règles.

¹⁵ Walter Mattli et Thomas Dietz, *International Arbitration and Global Governance – Contending theories and evidence*, Oxford University Press, 2014, p. 9, «*By enabling the smooth operation of global markets, ICA contributes to the optimal allocation of the world's resources, which, in turn, generates economic growth and prosperity for societies across the globe*».

¹⁶ Cette limitation aux qualités de témoins de faits est similaire dans plusieurs pays de droits civils. Voir l'article 36 du Code de la preuve et l'article 115 du Code civil des Émirats Arabes Unis. V. aussi, Cour de cassation de Dubai, affaire no. 50 et 100/2002, décision du 25 janvier 2004. Cour de cassation de Dubai, affaire no. 324/2001, décision du 25 novembre 2001.

- b. Les modes d'applications de plusieurs règles relatives aux contrats d'entreprise et de construction ont été développés à travers l'adoption des contrats FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils), qui stipulent l'arbitrage comme moyen de règlement des différends entre l'entrepreneur et l'employeur.¹⁷ La jurisprudence arbitrale a amplement interprété les dispositifs du FIDIC qui reste la pierre angulaire des contrats types utilisés dans le secteur de construction. Parmi les pratiques confirmées en arbitrage des conflits de construction, l'obligation de l'entrepreneur de payer le sous traitant une fois qu'il est lui-même remboursé par l'employeur (*pay when paid*). Une autre pratique est la stipulation d'un calcul préalable des dommages-intérêts donnant à l'employeur le droit de prélever ces dommages chaque fois que l'entrepreneur viole ses obligations contractuelles, et cela indépendamment du fait que des dommages à l'employeur aient effectivement eu lieu.
- c. L'arbitrage a de même saisi le principe de l'estoppel, reconnu en *common law*, en lui donnant une portée d'application internationale, indépendamment de la loi gouvernant le conflit, qu'elle relève d'un système de droit civil ou anglo-saxon.¹⁸
- d. La production des documents est récemment devenue une étape importante dans les procédures d'arbitrage. Alors que celle-ci reste toujours restreinte devant les juridictions de droit civil, la majorité des parties dans l'arbitrage compte sur la production des documents, surtout en matière de preuve, afin de valoriser leurs revendications contractuelles, quel que soit le système de droit applicable au fond du litige arbitrale.
8. Il en résulte l'émergence d'un mouvement juridique, économique et intellectuel intrinsèque et unique à l'arbitrage.¹⁹ La procédure arbitrale a bien donc mérité son appellation qu'elle est une justice privée pour les acteurs du commerce international.
9. Cette constatation extra-territoriale de l'arbitrage n'est pas pour prendre une position en faveur du camp militant pour l'établissement d'un ordre arbitral indépendant de tout rattachement à une loi locale, *lex loci arbitri*. Mais le financement de l'arbitrage par les tiers

¹⁷ Voir FIDIC Red Book Conditions of Contract for Construction For Building and Engineering works designed by the Employer, Première édition 1999, Clause 20.

¹⁸ Voir *infra* para 636, sur le contexte historique de la règle de l'estoppel.

¹⁹ Voir, Joshua J. H. Karton, *The culture of international arbitration and the evolution of contract law*, Oxford University Press, 2013.

introduit une nouvelle dynamique à ce débat en augmentant la division entre le camp ne croyant pas en la présence d'un ordre arbitral et ceux qui croient qu'un tel ordre existe. Ce débat est actuellement centré sur les points de conflits suivant :

- a. Premièrement, certains critiquent la jurisprudence arbitrale comme n'étant pas cohérente, surtout à cause de l'absence de moyen pour assurer la cohérence des sentences arbitrales.²⁰ Mais la cohérence d'une jurisprudence particulière n'est dictée que dans le système du *common law* qui s'est formé sur les décisions des cours suprêmes, *legal precedents*, ce qui n'est pas le cas dans l'arbitrage qui ne présente pas une extension extraterritoriale d'un système de droit bien déterminé. La jurisprudence arbitrale ne doit donc pas nécessairement être cohérente puisque les sentences arbitrales n'ont force obligatoire que contre les parties respectives. La jurisprudence arbitrale est le fruit des procès types des conflits typiques dans des secteurs industriels déterminés, e.g. distributions, agences commerciales, investissements, construction. Du coup, elle ne manque pas de praticité et sa simple existence distincte de tout autre système de droit favorise la présence d'un ordre arbitral parallèle à l'ordre étatique.
- b. Deuxièmement, l'arbitrage est un système privé, flexible, pragmatique et consensuel.²¹ Il ne peut exister que par la volonté de ces usagers. Si ces derniers consentent à l'emploi de ce système, ils en subiront les conséquences, commençant par l'acceptation de la compétence du tribunal arbitral et leur respect de la sentence arbitrale rendue en fin de procès. L'arbitrage ne concerne pas alors les tiers. Ainsi, en l'absence d'un consentement exprès à l'arbitrage, l'entremêlement du tiers financeur dans la procédure arbitrale présente un défi à cette croyance que l'arbitrage ne doit concerner que ces usagers. Hors, le financeur n'étant pas partie à la clause arbitrale demeure un usager qui bénéficie de l'emploi de l'arbitrage pour encaisser une part des

²⁰ Jonathan Mance, «Arbitration: a Law unto itself?», *Arbitration International*, vol. 32, n°2, 2016, p. 223.

²¹ V.V. Veeder, «The Alexander Lecture 2015, London 26 Novembre 2015: What matters about Arbitration», *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vo. 82, N°2, Mai 2016, p.154, «*The first is tht arbitration cannot do everything. It is a private, pragmatic, flexible and consensual creature. It has no imperium, no tipstaffs and no armies. It can only exist with the real consent and active support of its users. Arbitration should not therefore be stretched to encompass disputes that it cannot successfully address, often with minimal consent and negative public support. The result provokes disappointment and, eventually, opposition. However, the fault lies not with the concept of arbitration itself, but with its over-ambitious promoters. If users consent and use arbitration, so be it. To that end, as arbitrators, practitioners and arbitral institutions, we can welcome and add to their suggested reforms. However, if others have no use for arbitration, we should leave them alone*».

sommes recouvrées. Cette parité entre tiers et consentement requis des parties est traitée à plusieurs reprises dans les différentes sections de cette thèse.

10. Certes, l'arbitrage fait récemment face à un état d'hibernation en raison des critiques récentes qui visent principalement ses coûts élevés et la durée prolongée de la procédure arbitrale. Plusieurs études empiriques sur le sujet des coûts de l'arbitrage confirment cette augmentation exponentielle. L'enquête de l'université Queen Mary en 2015 a signalé que les coûts élevés présentaient la pire caractéristique de l'arbitrage.²² Il n'était pas surprenant de trouver dans le rapport de la Commission CCI sur le contrôle des coûts en 2012 que les coûts des parties représentent 83 % de la totalité des coûts de la procédure arbitrale.²³ Historiquement, on a commencé par facturer la provision du service arbitral depuis le 18^e siècle quand Thomas Gorman, auparavant un arbitre auquel Lord Mansfield a transféré plusieurs arbitrages, a imposé une charge modérée pour ses services. Depuis, d'autres ont imposés des frais pour leurs services d'arbitres.²⁴ La monétisation de l'arbitrage a imposé une augmentation des frais depuis le 19^e siècle, quand il devenait de plus en plus courant de référer les procès à l'arbitrage.²⁵ Plus récemment, les dépenses arbitrales ont également augmenté à cause de la manière dont on gère le procès arbitral. De plus en plus d'acteurs sont impliqués dans la gestion de la procédure arbitrale, tel que les transcripteurs, juristes, interprètes, traducteurs, spécialistes de la technologie d'information, et autres.²⁶ Un autre facteur affectant les coûts est le service arbitral lui-même auquel les parties procurent sa qualité, disponibilité, diversité et son aspect privé. Il est donc inévitable que les coûts de ce service continueront à augmenter systématiquement avec l'augmentation de la demande d'arbitrage.

²² Queen Mary University of London, School of International Arbitration, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 2, disponible en ligne <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

²³ ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration 2012.

²⁴ Palmer, *Supplement to the Attorney and Agents Table of Costs ...* (1833), p.73. Voir, Franci Calvert Boorman, «Advertising Arbitration: The Origins of the Profession», *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 82, n°2, 2016, p. 119.

²⁵ *The Examiner*, 7 Août 1814, «arbitrations were usually referred to some young Barrister, who, wanting other business, is recommended by his more employed brothers, and who, lawyer like, makes as much of it as he can».

²⁶ Alan Redfern and Sam O'Leary, «Why it is time for international arbitration to embrace security for costs», *Arbitration International*, vol. 32, n°3, 2016, p. 397, «*The costs of international arbitration can be very high, sometimes prohibitively so. This is not due simply to the fees and expenses of the parties' lawyers. The costs of the arbitral tribunal and of any administering institution must also be taken into account; and as the circle of actors involved in a typical international arbitration has widened well beyond its original orbit of tribunals, parties and lawyers, the costs of those arbitral proceedings have risen accordingly*».

11. Ainsi, vingt-quatre ans après la publication de son article en 1992, le même magazine *The Economist* prédit en 2013 l'émergence d'un marché financier global pour répondre aux demandes de financement des procès internationaux.²⁷ Dans son rapport annuel, la faculté de droit de l'université Queen Mary à Londres a repertorié que 51% des institutions interrogées sont conscientes de l'existence du financement des procès par les tiers, contre 39% qui l'ont utilisé ou l'ont vu employé en pratique.²⁸
12. Le financement des procès introduit une aide comparable à l'aide judiciaire étatique, mais qui est disponible pour les professionnels engagés dans des transactions commerciales internationales.²⁹ Cela apaise également les critiques contre les coûts excessifs de l'arbitrage, mais le financement a suscité une nouvelle problématique visant essentiellement les questions d'éthique et la bonne administration du procès arbitral. Ainsi, les critiques contre le financement par les tiers présentent des préoccupations concernant la confidentialité, la célérité et l'intégrité de l'arbitrage. Elles accusent de même le financement d'une tentative de marchandisation de la justice arbitrale et l'encouragement des revendications abusives.³⁰ Ainsi, le financement par un tiers pourrait augmenter le nombre des arbitrages d'investissement et pourraient avoir de grandes conséquences financières pour les États en développement en raison des dommages et intérêts substantiels généralement accordés dans le cadre de l'arbitrage international d'investissement.³¹
13. Les préjugés qui entourent le financement de l'arbitrage sont abordés dans la suite de la présente thèse, mais il convient au début de considérer que le seul préjugé qui s'avère fondé

²⁷ *The Economist*, «Investing in Litigation, Second-hand suits», 6 Avril 2013, disponible en ligne <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21575805-fat-returns-those-who-help-companies-take-legal-action-second-hand-suits>.

²⁸ Queen Mary University of London, School of International Arbitration, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 45, disponible en ligne <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

²⁹ Selwyn Seidel et Sandra Sherman, «Corporate governance rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general)», in B. Cremades et A. Dimolista, *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, 2013, Ch. 3, p. 47, note 20, « *L'American Intellectual Property Owners Association estimates that where the amount in controversy is USD 25 Million or more, costs will be at least USD 6 Million even before any appeal. Costs will be almost USD 3 million where the amount in controversy is between USD 2 million and USD 25 million. Many litigants who either do not have these sums or do not want to front them are turning to funders.* ».

³⁰ V. sur la cession des droits personnels et la rhétorique du marché, Margaret Jane Radin, «Market-Inalienability», 100 *Harvard Law Review*, 1849 (1987) proposant l'existence d'une exigence morale qu'un mal existe dans toute forme marchandisée qui crée et favorise une conception inférieure de l'épanouissement humain.

³¹ Eric De Brabandere & Julia Lepeltak, «Third Party Funding in International Investment Arbitration», 2012, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2078358>.

est celui lié à l'argent ou plus précisément au penchant des tiers financeurs pour l'argent. Ils ne sont là que pour l'argent. Une autre observation, plus complexe, sur l'intervention des financeurs concerne leur régime juridique et statut dans la procédure arbitrale - thème de la deuxième partie - dont aucune étude exhaustive semble avoir adresser ce point. Hormis cette réalité, seuls des contre-vérités et de faux problèmes sont inutilement mais contiuellement soulevés, tels que la prolifération des demandes frivoles.³²

14. De plus, étant donné qu'une revendication judiciaire trouve son origine dans le comportement passé de son titulaire, elle porte ainsi en elle son identité personnelle,³³ ce qui est en conflit lorsqu'un juge ou arbitre devient obliger à ménager le comportement du tiers financeur au procès.
15. La problématique principale de l'engagement d'un tiers financeur a été résumée par les Professeurs Catherine Rogers et William Park dans le rapport du groupe de travail *ICCA-QMUL Task Force* sur le financement par les tiers, par une série de préoccupations vitales concernant l'intégrité du procès arbitral.³⁴ Ces préoccupations relèvent de *la relation du financeur avec les parties et le conseil, la distribution des coûts et les garanties, la transparence et la divulgation de l'accord de financement, la confidentialité, le code éthique des conseils, le conflit d'intérêts des arbitres, la compétence des tribunaux et les relations potentiels avec les institutions*. Cela présente en gros le thème de cette thèse qui essaie de présenter des solutions pratiques à l'engagement des financeurs.
16. La problématique de l'introduction du financement réside en ce que la présence du tiers et son implication dans la procédure arbitrale devient un ménage à trois entre, une part, la partie financée représentée par son conseil et, de l'autre part, le tribunal arbitral et le tiers financeur, reflétant une situation instable et difficile à gérer.³⁵ Les incidents qui peuvent donc surgir de cette relation trouble affectent notamment les principes directeurs du procès arbitral, tels que la nature consensuelle de l'arbitrage, la célérité, la confidentialité et la bonne administration du procès arbitral. Le tiers financeur présente plus qu'une distraction à la résolution du conflit,

³² *Infra*, para 119, concernant les raisons stipulées dans le Rapport Jackson pour l'encouragement du financement des procès.

³³ Michael Abramowicz, «On the alienability of legal claims», *The Yale Law Journal*, Vol. 114, 706.

³⁴ Draft Report for public discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, 1 septembre 2017.

³⁵ Charles Kaplan, *Third-party funding in international arbitration – Issues for counsel*, in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 6, p. 73.

puisque'il risque aussi la bonne exécution de la sentence arbitrale dans le cas où les arbitres étendent leur pouvoir au tiers financeur ou ne révèlent pas la relation économique qu'ils maintiennent avec ce tiers. Parmi les multiples défis que les arbitres font face dans le cas du financement, figurent le contrôle des dépenses des parties, l'étendue de leur compétence *ratione personae* et *ratione materiae* et le respect par le tiers des ordres de procédures et sentences arbitrales prononcées dans les conflits sous-jacents.

17. Influencer par ces préoccupations, certains observateurs rejettent l'introduction de toute forme de financement de l'arbitrage, de peur que ce phénomène compromette l'intégrité de la procédure arbitrale.
18. Malgré la problématique créée par le jumelage arbitrage-financement par les tiers, le financement des procès arbitraux est une industrie qui doit être accueillie pour des raisons multiples. Cette thèse abordera les différentes questions découlant du financement par les tiers et fournira des solutions viables, surtout dans les situations où il existe un financeur actif. Le financement a plusieurs avantages qui doivent être pris en considération dans tout essai pour réglementer ce secteur.
19. Parmi ces avantages, le financement offre aux entreprises la possibilité de transformer leurs revendications judiciaires en actifs susceptibles de faire l'objet d'un financement à travers leur stratégie de financement des entreprises (*corporate finance*).³⁶ Si les entreprises assurent leur financement par l'émission d'actions (*equity finance*) ou le recours à l'emprunt (*debt finance*), l'incertitude concernant le succès de leurs revendications judiciaires ne justifie point les dépenses garanties par ce financement sur leurs procédures arbitrales respectives. La recherche d'un financement externe de ces revendications judiciaires demeure ainsi indispensable pour des raisons commerciales. Similaires aux entreprises, ces revendications sont perçues par les sociétés de financement de procès comme étant une classe d'actifs finançables. Certaines réclamations individuelles se sont donc transformées en portefeuilles d'actifs pouvant faire l'objet de techniques de financement modernes.³⁷

³⁶ Christopher P. Bogart, *Overview of arbitration finance Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 4, p. 50.

³⁷ Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014 disponible en ligne http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/01/CDJ_Rapport_Financement_proc%C3%A8s-par-les-tiers_Juin-2014.pdf.

20. En principe, le recours au financement des procès contribue à l'accès à la justice arbitrale, en permettant à une partie qui a investi toutes ses ressources pour l'exécution d'un contrat particulier, de financer ses revendications judiciaires.³⁸ Le financement par les tiers répond ainsi à un besoin commercial qui est celui d'accéder à une justice privée qui devient de plus en plus chère et compliquée.³⁹ Le financement sert ainsi de moyen pour couvrir à l'avance les frais du procès par un tiers investisseur, en l'échange des sommes prononcées par le tribunal arbitral.
21. Les aspects économiques du financement sont hors du contexte de la présente thèse. Mais il est utile de clarifier que cette discipline a fait l'objet de plusieurs législations dans les pays qui ont souffert le plus de la crise financière internationale.
22. Le financement par les tiers trouve essentiellement son origine dans la théorie économique du droit. Les paramètres de cette théorie s'appliquent également au procès arbitral, avec une différence majeure que le motif privé du demandeur pour intenter une action en justice devrait être considérablement suffisant dans l'arbitrage en raison de ses coûts élevés. Le financement du procès du demandeur renforce ainsi son motif privé pour justifier un recours à la justice arbitrale.
23. À part le renforcement de la capacité financière du demandeur, le financement par les tiers présente aussi un avantage pour les parties préférant faire recours aux fonds du financeur au lieu de dépenser leurs propres réserves financières pour initier le procès arbitral. Cela pourra éventuellement affecter leur balance de paiement. En plus, la révélation de l'existence d'un financeur crée un effet préventif, exerçant une pression sur la partie adverse pour le règlement amiable du litige, que ce soit à travers la transaction, conciliation ou médiation.
24. En réponse aux critiques multiples que le financement encourage les demandes abusives, l'exercice de l'audit juridique par les financeurs sur toute revendication arbitrale a pour

³⁸ Le droit d'accès fut mis en évidence par Henri Motulsky, faisant ainsi la spécificité du droit d'action. Il est ouvert à toute personne physique ou morale sans aucune discrimination ou réserve, et le juge devra, à peine de déni de justice, répondre aux demandes objets du procès. V. en ce sens, L. Cadet *et al*, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2013, p. 334.

³⁹ *Id.* C. Bogart, Overview of arbitration finance, *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 4, p. 52, «Where bargaining imbalances threaten to skew settlements, the solution is more likely to be found in a market mechanism than in a procedural reform. Indeed, arbitration finance, with its ability to allow even the most financially constrained party to pursue a meritorious claim in an appropriate manner, address this very important issue of access to justice and due process».

objectif de filtrer les procès onéreux.⁴⁰ Le financeur s'engage uniquement à l'heure où son audit devient satisfaisant. Autrement, en l'absence d'un audit complet, le financeur peut finir par gaspiller l'argent de ses investisseurs. Ce pouvoir d'appréciation du financeur est déterminant pour empêcher toute prolifération inutile des procès.

25. Historiquement, le financement des procès fut prohibé dans les systèmes anglo-saxons en raison de l'application des doctrines *Champerty* et *Maintenance*. Désormais, le droit Anglais adopte une approche flexible envers l'application de ces doctrines. En outre, le *Rapport Jackson* en Angleterre favorise le financement par les tiers comme un moyen pour renforcer l'accès à la justice et exclure les demandes infondées.⁴¹ Cependant, aux États-Unis, la jurisprudence des cours fédérées se caractérise par une divergence des positions, avec certaines cours optant pour ou contre le financement. À l'heure actuelle, le marché Australien est le système favori pour la promotion et le développement du financement des tiers, offrant ainsi un environnement jurisprudentiel stable pour le développement de la pratique en raison de la flexibilité des cours Australiennes dans leur application des exigences de l'ordre public concernant les doctrines *Champerty* et *Maintenance*.
26. En France, le financement par les tiers ne relève pas de l'ordre public national. De fait, la jurisprudence française a qualifié le contrat de financement comme étant un contrat *sui generis*, ne suscitant aucun souci envers sa validité. Le caractère aléatoire de la rémunération du financeur s'oppose à la classification du financement du procès en tant que service. En Allemagne, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à estimer que le contrat de financement est un contrat de société, par lequel chacune des parties fournit un apport différent à la relation entre financeur et partie financée. Le premier garantit le financement des coûts de la procédure arbitrale, alors que le deuxième entreprend de partager l'exercice de son droit économique sur les sommes recouvrées avec la partie financée.
27. L'arbitrage des conflits d'investissement représente l'une des cibles du financement par les tiers, un secteur dans lequel on envisage une croissance considérable des procès financés, à

⁴⁰ En dépit du manque de données, les rapports anecdotes et témoignages de certains financeurs suggèrent un taux de refus des demandes de financement de 90%. Cette donnée peut également changer avec le nombre de financeurs nouveaux qui accèdent au marché. V. The ICCA-QMUL Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, p. 17, 1 septembre 2017.

⁴¹ *Infra*, para 119 *et seq.*

cause des montants excessifs recouverts dernièrement contre les États du lieu de l'investissement.⁴²

28. Le tiers financeur est un étranger à la procédure arbitrale, n'ayant aucun intérêt dans le litige,⁴³ ce qui distingue cette forme de financement des autres formes traditionnelles. En pratique, le financement se matérialise en plusieurs formes, que ce soit à but philanthropique, à travers les avocats, les assurances, ou même par cession des droits substantiels. C'est le financement par les tiers qui introduit une nouvelle dimension dans la gestion du procès arbitral, notamment l'implication du tiers dans l'exécution du contrat contenant la clause arbitrale ou son implication dans les litiges qui peuvent en résulter. Plusieurs points de repère peuvent-être identifiés pour aborder les questions de conflits qui peuvent surgir avec l'existence d'un tiers financeur, par exemple la nature de la relation contractuelle entre les parties au litige et son impact sur la procédure arbitrale.
29. Une problématique qui demeure essentielle pour l'autorisation et le développement du financement est son impact sur l'intégrité de la procédure arbitrale. En d'autres termes, il est valide de poser la question suivante: « *Comment faut-il préserver l'intégrité et la transparence de l'arbitrage comme un mode alternatif de règlement des différends quand l'identité et l'intérêt du demandeur ne peuvent-être déterminés ?* ». Le financement met en question celui qui contrôle l'arbitrage et la nature de la demande financée. Il arrive parfois que l'intérêt du financeur de réaliser des profits le pousse à adopter une posture active, s'ingérant ainsi dans l'administration du procès arbitral et dans la stratégie adoptée sur les coûts de la procédure. Cela incite à une distinction essentielle entre un financeur passif et un autre actif, plutôt que d'adopter une position sceptique généralisée contre les tiers financeurs.⁴⁴

⁴² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c/. The Russian Federation*, CNUDCI, CPA Procès No. AA 227, condamnant le gouvernement russe à verser USD 50 milliard en dédommagement pour le bénéfice des actionnaires de Yukos. *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c/. Libye et autres*, sentence CAUICA, Convention Arabe Unifiée pour l'Investissement des Capitaux Arabes, rendue le 22 Mars 2013 condamnant le gouvernement Libyen en une somme d'USD 1 Milliard pour l'investisseur Koweïtien.

⁴³ *Id.* C. A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Chapter 5, OUP 2014, p. 185.

⁴⁴ Pas tous les financeurs ne détiennent un rôle actif dans la procédure, *v. cf.* B. Osmanoglu, «Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest», *Journal of International Arbitration*, Vol. 3/32, pp. 330 «*The danger in all third-party funding agreements is that the funder retains a constant control over the claimant's case strategy, whether or not this is stipulated in the funding agreement, as it can threaten the funded party simply by refusing further payments*».

30. Certes, le financement des procès représente plusieurs avantages de nature procédurale. Alors que les coûts de la procédure arbitrale ne cessent d'augmenter, cette justice privée devient de plus en plus inaccessible pour des parties n'ayant pas les moyens nécessaires pour financer une procédure prolongée. Le financement par les tiers soulage ce fardeau financier, mettant l'accent sur l'accès à cette procédure qui manque d'aide judiciaire fourni par l'État similaire à celle existante devant les cours étatiques. Un autre avantage se présente avec la contribution qu'apporte le tiers financeur dans l'exclusion des demandes onéreuses, à travers l'audit juridique qu'il entame préalablement à l'initiation du procès.
31. Nonobstant la valeur ajoutée du financement, l'implication du financeur dans la procédure arbitrale présente un défi majeur, puisqu'elle soulève des incidents préoccupantes sur les principes de l'instance arbitrale. À titre présent, la nature consensuelle de l'arbitrage impose que le procès arbitral soit limité aux parties signataires, à l'exclusion de tout tiers n'ayant pas consenti aux stipulations arbitrales dans le contrat concerné. L'implication du tiers financeur dans les litiges résultant de ce contrat déclenche l'application des théories d'extension et de la transmission de l'arbitrage aux tiers non-signataires. En d'autre partie, l'inclusion du financeur comme étant partie à l'arbitrage financée pourra éventuellement susciter le désistement des financeurs, rendant cette pratique peu attrayante et affectant ainsi son développement. La distinction entre le financeur passif et actif est importante pour limiter l'extension de l'arbitrage à ceux qui adopte une approche interventionniste dans leur financement.
32. Il convient de noter à cet égard que l'*International Bar Association* a pris en compte le financement par les tiers dans le dernier amendement de ses lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international du 23 Octobre 2014, en modifiant la règle générale No. 6(b) pour inclure les tiers financeurs comme étant des parties détenant un droit économique dans la sentence arbitrale. Ce principe ouvre la porte pour admettre l'extension de la responsabilité du financeur sur les coûts de l'arbitrage: Il reste ici à savoir si la compétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers financeur non-signataire de la clause d'arbitrage pourra être établie selon les théories d'extension et de transmission de la clause arbitrale.
33. En effet, la jurisprudence dans plusieurs pays a pénalisé le financeur actif aux coûts de la partie adverse. Une réglementation du financement par les tiers devra en fin de compte

prohiber toute implication du financeur. Ce dernier n'ayant qu'un simple droit économique aux sommes recouvées, son implication dans le litige crée plusieurs complications que d'avantages crédités par son financement.

34. Au-delà de la distinction entre financeur passif et actif et l'exercice par les arbitres de leurs obligations de révéler tout conflit d'intérêts, on constate que le tribunal arbitral doit être au courant de l'existence d'un tiers financeur. Une obligation de révélation de l'accord de financement incombe ainsi à la partie financée afin de confirmer l'absence de tout conflit d'intérêts entre le financeur et les arbitres. Autrement dit, un risque réside dans l'annulation de la sentence arbitrale pour manque d'impartialité et de neutralité comme motif de récusation des membres du tribunal arbitral.⁴⁵ Il faut cependant clarifier que le devoir de révélation de l'arbitre, selon les dispositions de l'article 1456 CPC, a été défini par la Cour de cassation dans l'affaire *Tesco* du 10 Octobre 2012, décidant que la partie recourante doit démontrer en quoi la non révélation est discriminante et le juge doit mesurer les effets de l'omission sur l'indépendance de l'arbitre.⁴⁶
35. À la suite de l'arrêt *Tesco*, l'arrêt *La Valaisanne*, rendu par la Cour d'appel de Paris le 2 juillet 2013, a déterminé la question de la portée du devoir de révélation au regard d'un tiers, groupe *Casino*, intéressé à une procédure d'arbitrage. Pour apprécier si un manquement à l'obligation de révélation pouvait être reproché à l'arbitre, la cour d'appel recherche en premier lieu s'il existait un lien entre le tiers et le litige dont l'arbitre avait à connaître.⁴⁷ Dans l'hypothèse où il existerait un lien, il incombe à l'arbitre de révéler toute relation avec ce tiers de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. La Cour ajoute que le

⁴⁵ Voir les dispositions de l'Article V(d) de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères; Article 12(2) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985, avec les amendements adoptés en 2006, «*Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination*». L'analyse comparée des législations et règlements d'arbitrage révèle une consécration quasi universelle de l'obligation d'indépendance de l'arbitre. Le contenu et la portée de cette obligation a été défini par M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ 2001. L'article 1456 du Nouveau Code de Procédure Civile, dans sa rédaction issue du décret du 13 janvier 2011, stipule «*[qu'] il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité*». En 2011, le législateur a donc consacré l'obligation générale de révélation que la jurisprudence avait déjà au préalable imposée en matière d'arbitrage interne et international.

⁴⁶ Cass. civ. 1re, 10 octobre 2012, *Tesco c/ Neoelectra*, *Rev. arb.*, 2013.129, note Ch. Jarrosson. Il incombe alors à la partie adverse la charge de démontrer toute circonstances entre l'arbitre et le financeur de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ce qui n'est pas une tâche facile.

⁴⁷ C.A. de Paris, *Société La Valaisanne Holding (LVH) c/ M. Guy Besnardeau et autre*, 2 Juillet 2013.

lien en question est toute implication effective du tiers dans le différend soumis à l'arbitrage. Cela consacre l'appréciation selon laquelle la partie financée est dans l'obligation de révéler l'existence du tiers financeur,⁴⁸ surtout quand ce dernier est un financeur actif impliqué dans le litige, à défaut de quoi l'arbitre ne sera pas en mesure d'exercer complètement son obligation de révélation.⁴⁹

36. Le financement occulté soulève en effet des doutes légitimes sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre et l'existence d'un conflit d'intérêts. Étant donné que les intérêts du financeur ne sont pas nécessairement alignés avec la révélation de son financement,⁵⁰ rien n'empêche d'imposer cette obligation à la partie financée. Certains financeurs insistent déjà que la divulgation améliore l'efficacité de la procédure arbitrale.⁵¹
37. Cependant, des observations divergentes existent quant à l'étendue de l'obligation de révélation, notamment si elle doit inclure la révélation de l'accord de financement.⁵² En pratique, les financeurs ne sont pas favorables à révéler leur engagement avec la partie financée, ce qui pourra éventuellement prolonger la procédure et susciter des demandes de paiement des coûts de la partie adverse. Une situation comparable existe dans la jurisprudence envers l'étendue de l'obligation de révélation. Dans l'affaire *London Pipeline*, la cour a conclu que l'assurance de la partie défenderesse ne fait pas partie du présent litige et, par conséquent, la cour manque de compétence nécessaire pour ordonner sa révélation.⁵³ En revanche, la décision *Harcourt* a ordonné la révélation des dispositions de l'accord

⁴⁸ Selon A. Crivellaro, *Third-Party Funding and Mass Claims in Investment Arbitrations*, *Id. Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, 2013, la révélation de l'existence du financement est obligatoire dans les arbitrages d'investissements.

⁴⁹ *Id.* B. Osmanoglu, «Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest», *Journal of International Arbitration*, Vol. 3/32, pp. 339-340 «*Arbitrators should be aware of the involvement of third-party funders in arbitration proceedings in order to evaluate possible conflicts of interest that need to be disclosed. Explicit rules will have to be developed regarding when the arbitrator's connection with the third-party funder should be disclosed and the modalities of such disclosure. Therefore, an obligation on the parties to disclose the presence of third-party funders in the arbitration proceedings is vital and would closely relate to the obligation of the arbitrators to disclose any relationship that they have with third-party funders that may imperil the arbitral tribunal's independence and impartiality*». Cf, selon C. Rogers, le fait que l'arbitre ne soit pas au courant de l'existence du tiers financeur ne constitue pas une exonération, surtout quand il existe une relation financière entre l'arbitre et le tiers financeur, C. A. Rogers, *Ethics in International Arbitration* Chapter 5, OUP 2014, p. 201.

⁵⁰ Maxi Scherer, Aren Goldsmith et Camille Fléchet, «Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe», Part II: The Legal Debate, 6 *Int'l Bus. L.J.* 661 (2012), 218.

⁵¹ M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2/1, pp. 198.

⁵² Maxi C. Scherer, *Third-Party Funding in International Arbitration – Towards mandatory disclosure of funding agreements?*, *Id.* ICC Institute of World Business Law, Dossier X, 2013, Ch. 8, p. 95.

⁵³ *London Pipeline & Storage Ltd. c/ Total UK Ltd.*, [2008] *Lloyd's Rep. L.R.* 688.

d'assurance avec la défenderesse. Cette décision est rendue sur le fondement qu'elle est essentielle dans le cas où le demandeur démontre un danger réel, que le défendeur n'est pas en mesure de satisfaire toute sentence rendue contre lui à cause de l'insuffisance de sa couverture d'assurance.⁵⁴

38. D'une perspective purement contractuelle, le financement peut être défini comme étant un arrangement contractuel, par lequel un tiers financeur, non-signataire de la clause arbitrale et non-partie à la procédure arbitrale, finance partiellement ou totalement les coûts d'une des parties signataires de cette clause, contre un droit économique aux sommes recouvrées dans la dite procédure.⁵⁵ En cas de défaite de la partie financée, le financeur ne dispose d'aucun droit pour recouvrer son financement investi. L'extension de l'investissement du financeur varie selon qu'il inclut ou non les coûts de la partie financée, ceux des arbitres, experts et les coûts administratifs de l'arbitrage. Le financeur peut aussi être tenu responsable des coûts de la partie adverse dans le cas où il s'implique dans la procédure arbitrale.
39. Cette thèse se concentre sur le financement par un tiers professionnel spécialisé dans le domaine des investissements. Sont ainsi exclus du champ de cette étude les autres procédés de financement, tels que les assurances dont le contrat dit "Insurance After Event" qui ne couvre les frais du procès que si l'assuré a perdu, les contrats de prêts qui stipulent une obligation de restitution des sommes avancées, ou encore les honoraires de résultat par les conseils qui posent une question déontologique concernant la profession d'avocat. Toutefois, la définition du financement et l'étude de cette pratique nécessite d'encadrer d'une manière ou d'une autre les autres méthodes de financement disponibles actuellement sur le marché dans le domaine de la recherche.
40. D'après certaines observations qui peuvent être résumé par la devise "justice et argent ne marchent pas", la thèse analyse l'impact du financement sur l'intégrité de la procédure arbitrale, sans pour autant prendre une position contre le financement, mais en promouvant sa pratique à travers l'analyse des fondements juridiques existants permettant de comprendre les paramètres à la base desquels financement et arbitrage peuvent co-exister.

⁵⁴ *Harcourt c/FEF Griffin*, [2007] EWHC 1500 QB.

⁵⁵ *Id.* Osmanoglu, pp. 330, «[T]hird-party funding is based on a funding agreement between the funded party and the funder. In order to pursue its claim, the claim-holder is receiving money from the funder, which is a third-party to the proceeding. In return, and only if the case is successful, the funder receives a share that varies in general between one-third and two-thirds of the proceeds of the claim». Mark Kantor, «Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments», ICSID Rev. 44 (2009).

41. La compétence du tribunal arbitral envers les tiers financeur et la question des coûts de l'arbitrage sont contrales dans la détermination de cette co-existence. Le financement peut certes exister en l'absence d'une compétence arbitrale particulière imposée à l'égard du tiers, mais cela nécessite une réglementation de la pratique arbitrale qui prend en compte la révélation de l'accord de financement aux parties non-concernées par cet accord, i.e. le tribunal arbitral et la partie adverse. La thèse examine les différentes modalités et les raisons juridiques qui impose qu'un accord de financement soit révélé. La thèse examine également les théories d'extension et transmission de la clause arbitrale au tiers financeur actifs, un remède à toute ingérence du financeur dans la procédure arbitrale.
42. Il existe encore l'examen de la nature du contrat de financement, un examen qui emporte avec lui l'application d'une série de règles juridiques, selon que le financement soit un contrat 'X' ou 'Y'. La recherche à cet égard est approfondie et de nature comparative, prenant en considération une série de contrats nommés, innommés ou *sui generis* dont les éléments sont similaires et communs au contrat de financement. La thèse conclut par la proposition d'une nature contractuelle bien déterminée.
43. À la fin, une étude comparative des différents systèmes de droit apporte une approche internationale compréhensive et pragmatique à tous les aspects de la recherche, contribuant ainsi au panorama des études existantes sur le financement par les tiers selon les lois nationales.

Première Partie

Développement et pratique du financement par les tiers

44. L'économie et le droit se complètent. Ils forment tous les deux une partie intrinsèque au système judiciaire et le système de la justice qu'on connaît et pratique. Avant son recours à la justice étatique ou l'arbitrage, un demandeur évalue au début les chances de son succès en sollicitant un avis d'avocat sur le fond de ses revendications judiciaires. Dans la plupart des cas, l'avocat tranche dans son avis, exprimant son opinion juridique pour ou contre l'action en justice, détaillant les points faibles et forts des revendications du demandeur.
45. Durant cette phase consultative, il est commun que le demandeur requière aussi de son avocat une certaine analyse à portée économique. Celle-ci se concentre sur les frais de l'avocat, des arbitres, experts, les coûts administratifs du centre d'arbitrage, les dépenses sur l'aspect logistique de l'arbitrage (*inter alia* courriel, location de salles d'audiences, frais de voyages, coûts des sténographes, *et cetera*), et les coûts de gestion interne de l'équipe commerciale du demandeur. Le montant total de ces coûts dans un arbitrage d'une durée de trois ans, pourraient s'élever à USD 4 millions. Certes, ici, si les chances de succès du demandeur sont risquées, ou si le montant de ses revendications ne dépasse pas les USD 20-25 millions,⁵⁶ le recours à l'arbitrage ne devient plus une méthode rentable. On parle donc déjà de l'économie du droit de l'arbitrage.
46. Cette économie se détermine par le biais du motif privé du demandeur d'intenter une action en justice. Si la balance des coûts de ce dernier n'offre pas une possibilité économique de recourir à l'arbitrage, le motif privé serait inexistant. Toute tentative d'initier une procédure arbitrale dans une condition pareille est un suicide financier pour le demandeur. Le financement des coûts de l'arbitrage par les tiers ranime le motif privé du demandeur, surtout quand la balance des coûts n'est pas en sa faveur. Avec un financeur à bord, le demandeur ne se contente plus des coûts et limite son consentement sur les chances de succès de ses revendications.
47. Le financement par les tiers fait donc son apparition à la base d'un fondement économique, stimulant la dynamique judiciaire ou arbitrale à travers la prolifération des revendications en justice.

⁵⁶ Il existe toujours une logique commerciale que les montants des revendications devraient franchir au moins 4-5 fois les coûts de l'arbitrage.

48. Plus de justice donc? Certes! Mais aussi plus de complexité. Le financement des procès n'est pas une pratique récente, hormis la forme, le type et l'étendue du financement qui sont plus adaptés aux transactions modernes, une grande partie des pays adoptant le *common law* ont aboli cette pratique par les doctrines *Champerty* et *Maintenance*.
49. Mais les temps ont changé et l'arbitrage, levier judiciaire de la mondialisation, exige une forme de financement similaire à l'aide juridique étatique. Un mouvement de validation s'est donc initié dans la plupart des systèmes prohibant le financement, tel que Hong Kong, Singapour et l'Angleterre. C'est plutôt une nécessité commerciale qui a imposé la validation législative du financement, qu'une conviction judiciaire ou un raisonnement attribué à un ordre public national, ou même international.
50. Cette nouvelle perception législative et l'adoption du financement par la majorité des protagonistes de l'arbitrage a suscité l'émergence d'un nouvel marché de financement intrinsèque au marché de l'arbitrage. Il existe déjà différentes formes du financement, offrant une flexibilité à ces usagers d'avoir recours selon une structure claire et fiable.
51. Le succès du financement a suscité plusieurs critiques dont certaines ont changé la pratique du financement. Les tiers financeurs n'agissent dorénavant qu'après avoir complété un audit juridique complet de toute demande de financement, encourageant ainsi le filtrage des demandes infondées. Au-delà de ces critiques, le financement de l'arbitrage présente de nombreux avantages, surtout la contribution qu'apporte le financement au développement du commerce international et l'accès à la justice arbitrale.
52. Cette première partie est divisée en trois chapitres et traite en premier lieu des fondements du financement des procès (Chapitre 1), du marché et de la pratique du financement de l'arbitrage dans différents systèmes de droit, les formes de financement, de ses avantages et inconvénients (Chapitre 2), avant d'aborder l'incident du financement sur la procédure arbitrale (Chapitre 3).

Chapitre 1

Les fondements du financement de l'arbitrage par les tiers

53. Qui dit «argent» dit «marché». L'argent dans l'arbitrage a favorisé l'émergence d'un marché au sens économique du terme, lequel a été décuplé par l'effet de la mondialisation de l'économie.⁵⁷ Le marché de l'arbitrage a crû à l'unisson du développement de l'économie mondiale qu'il encadre et accompagne et dont il se nourrit.⁵⁸ L'existence de ce marché n'est pas nouvelle,⁵⁹ même si certains ont pu en dénoncer les imperfections.⁶⁰ Sa réalité n'est donc plus contestée et la meilleure preuve en est que ce marché suscite l'intérêt, sinon l'appétit.⁶¹
54. Le marché de l'arbitrage est analysé sous un angle juridique dans la suite de la présente thèse et l'on verra que les problématiques juridiques soulevées par l'intervention du tiers dans ce marché sont diverses. Mais avant cela, il est peut-être nécessaire de s'aventurer sur les sentiers de l'économie du droit, pour tenter d'appréhender l'objet économique que représente l'arbitrage et, plus essentiellement, l'assistance financière qu'apporte un tiers investisseur.
55. On observe ici un mouvement dialectique original qui voit le marché du financement de l'arbitrage se développer au sein du marché économique dont il est l'arbitre. L'arbitrage est une activité économique qui brasse des enjeux importants et le financement de l'arbitrage se voit bénéficier de cette justice adaptée. L'arbitrage et son financement jouent alors un rôle dans le développement économique.
56. On assiste effectivement à ce qui est l'arbitrage de l'économie. Le monde s'est standardisé. On va aux mêmes restaurants à New York qu'à Dubaï. On lit les mêmes magazines à Paris et Beyrouth. On voit les mêmes films à Londres et Tokyo. C'est pareil pour l'arbitrage puisque son évolution a suivi celle du développement économique mondial. Cela a été prédit par Bruno Oppetit, il y a quinze ans déjà: *«c'est essentiellement au XXe siècle, et principalement*

⁵⁷ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage - Le marché de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013, p.13.

⁵⁸ *Infra*, Chapitre 2, Section II: Le financement et le marché de l'arbitrage.

⁵⁹ Ph. Fouchard, «Où va l'arbitrage international?», *McGill Law Journal*, vol. 34, n°3, 1989, p. 435. Ph. Fouchard, *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie*, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 381, spéc. n°9; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, spéc. p. 10. J.B. Racine, «La mondialisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage», in E. Loquin et A. Martin (dir.), *Droit et marchandisation*. Litec, 2010, p. 321.

⁶⁰ J.B. Racine, *La mondialisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. p. 329-332.

⁶¹ *Infra*, *op. cit.* Le financement et le marché de l'arbitrage.

*depuis les années cinquante, qu'à la faveur d'un exceptionnel développement des relations économiques la fortune de l'arbitrage devait connaître un prodigieux essor».*⁶²

57. À ce titre, on se doit d'évoquer la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dont le rôle décisif en matière d'arbitrage international est connu, pour se rappeler que l'Assemblée Générale des Nations Unies avait expressément précisé dans sa résolution qui a créé la CNUDCI que celle-ci devait prendre «*en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement*». ⁶³ On peut donc estimer que la CNUDCI a fait du développement économique sa mission et de l'arbitrage un de ses moyens pour y parvenir. Grâce à la CNUDCI, l'arbitrage s'est simplifié, popularisé et sécurisé. Il a donc pu agir sur le développement économique international. ⁶⁴
58. C'est parce que le recours à l'arbitrage est indispensable pour la conclusion des opérations économiques de grande envergure, qu'il a eu une grande influence sur l'économie mondiale. Aucun des deux opérateurs du commerce international ne souhaite en effet se retrouver devant la justice étatique de l'autre - non pas tant parce qu'il la suspecte *a priori* de partialité, mais parce qu'il estime inéquitable d'épouser les méthodes, les réflexes, la culture du co-contractant par hypothèse étranger et parce qu'il est toujours préférable de jouer sur un terrain neutre où les opérateurs peuvent choisir leurs arbitres.
59. La convention d'arbitrage est donc souvent une condition pour l'exécution d'un contrat commercial international: sans la clause arbitrale la société Disney ne se serait pas implantée en France, ni le musée du Louvre à Abou Dhabi. Le recours à l'arbitrage est une condition *sine qua non* pour l'investissement. Dorénavant, le recours au financement est de même une condition indispensable de l'arbitrage, donc du développement économique.
60. On sait que, sous l'influence de la prestigieuse école de Chicago, l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) a fini par intéresser la doctrine française, ⁶⁵ notamment à travers la

⁶² B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, coll. Droit, éthique, société, 1998, spéc. p. 9.

⁶³ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage - Le marché de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013, p.16.

⁶⁴ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage - Le marché de l'arbitrage*, *op. cit.*, p.16.

⁶⁵ B. Deffains, *Law and Economics in Civil Law Countries*, Routiedge, 2013; D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010.

question de l'économie de la justice.⁶⁶ Cet acquiescement se traduit par le fait que le développement économique ne saurait s'entendre uniquement comme étant celui des opérateurs économiques; il doit inclure l'intérêt général, d'où vient le rôle de la justice arbitrale par le maintien d'un développement durable à travers la cohérence des sentences arbitrales rendues pour régler les conflits économiques.

61. Historiquement, le mouvement *Droit et Économie* a probablement débuté avec J. Bentham en 1789, qui a examiné dans sa doctrine de l'utilitarisme l'attitude des acteurs envers l'intérêt judiciaire et le résultat des mesures judiciaires qui sont prises pour le bénéfice social. Le travail de J. Bentham a été ultérieurement développé aux États-Unis dans les années 1960 et 1970, notamment avec les travaux de Ronald Coase, Guido Calabresi et Richard Posner.
62. Ce mouvement se concentre sur les principes de la maximisation des richesses et l'efficacité économique, également reconnus par les tribunaux étatiques qui rendent leurs décisions en prenant en compte la politique de prospérité d'une communauté, leur permettant ainsi d'agir selon les limites de leurs paramètres conservateurs et naturels.⁶⁷ De même, la philosophie du *laissez faire* qui a influencé durant le 19^{ème} siècle plusieurs doctrines dans les systèmes du *common law*, trouve toujours son impact sur le raisonnement juridique d'aujourd'hui: une politique qui promet l'application de la loi par la résolution efficace du litige. Cependant, le concept de l'efficacité ne signifie point que chaque doctrine juridique ou décision judiciaire est efficace, mais que le droit est bien expliqué comme un système de maximisation des richesses d'une communauté bien déterminée.⁶⁸
63. Le financement de l'arbitrage par les tiers est intrinsèque au concept de l'efficacité économique. En ce sens, P. Mayer observe que «*l'autonomie de la volonté conflictuelle, où le demandeur se retrouve autorisé à déposer plainte sans s'engager financièrement, est davantage propice pour un développement du commerce international*». ⁶⁹ Ainsi, le financement par les tiers a essentiellement proliféré dans le but qu'une partie, se trouvant

⁶⁶ L. Cadet (dir.), «L'économie de la justice», *Rev. intern. dr. économique* 1999, n°2; L. Cadet et S. Guinchard (dir.), «Economie et Justice», *Rev. Justice* 1995, n°1.

⁶⁷ La politique de prospérité, telle que expliquée par R. Posner, détaille les raisons qui motivent le juge dans les systèmes anglo-saxons à rendre sa décision en prenant en compte le principe de la maximisation des richesses, Posner R, *Economic Analysis of Law*, Boston : Little, Brown and Company, 3^e édition, 1986.

⁶⁸ *Idem*, Posner R, *Economic Analysis of Law*, p. 21

⁶⁹ P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^e éd., 2004, p. 514. V. aussi en ce sens, Javier Carrascosa González, «Règle de conflit et théorie économique», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2012/3, p. 521.

dans une situation financière démunie, ait la possibilité de financer les coûts du procès arbitral.⁷⁰ C'est donc en permettant l'accès à l'arbitrage à l'une des parties, dont l'efficacité économique devient de plus en plus dépendante du respect par la partie adverse de ses obligations contractuelles, que le financement par les tiers trouve ses fondements théoriques dans le mouvement *Droit et Economie*.

64. Il est vrai qu'il n'existe pas d'études quantitatives globales permettant de mesurer le poids économique de l'arbitrage et de son financement par les tiers. On dispose çà et là de quelques données ponctuelles ou locales, mais pas d'éléments d'ensemble dont la collecte est d'ailleurs rendue difficile par la confidentialité qui entoure et couvre l'arbitrage. Malgré tout, cette absence de statistiques n'empêche pas une analyse intuitive de la question, voire une approche empirique, nourrie de l'observation attentive de l'évolution du financement, même si la démarche serait sans doute récusée par les économistes purs.⁷¹
65. Le manque d'étude quantitative s'explique aussi par la grande antinomie qui existe entre la justice et l'argent. Mais force est de constater que la recherche du profit est l'un des principaux moteurs du capitalisme et qu'elle a donc inmanquablement gagné la justice qui, lorsqu'elle est privée, tel que l'arbitrage, est presque toujours rémunérée. Cette constatation est examinée dans ce qui suit, par la comparaison des motifs des usagers de la justice et l'intérêt social que cette dernière tente de promouvoir.⁷² La rémunération dans la justice arbitrale incite les usagers à arbitrer, mais la procédure arbitrale elle-même les contrarie en même temps par le paiement des coûts exorbitants. De là, l'émergence du financement par les tiers dans la justice arbitrale est certes devenue justifiée.
66. Si l'on pense à des procès où le demandeur serait un particulier et le défendeur une entreprise aux moyens financiers très larges, l'intérêt économique du financement par un tiers sera donc de prévenir que la partie faible et impécunieuse ne devienne victime d'une attitude opportuniste de la part de la partie adverse. Sans l'option du financement, il est facile

⁷⁰ Le manque de ressources financières, on le verra ultérieurement, n'est pas cependant la raison *sine qua non* de la partie financée pour recourir au financement.

⁷¹ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage - Le marché de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013, p.14.

⁷² Le motif social est presque inexistant dans la justice arbitrale, mais l'on citera par passage pour l'objectif de cette section.

d'imaginer que la victime ne pourrait pas faire face aux coûts relatifs à son procès.⁷³ D'ici, l'importance d'analyser le motif privé du demandeur. Plus ce motif est solide et plus le financement existe, plus ce dernier encourage la partie adverse à respecter ses obligations contractuelles. Cet effet de prévention se traduit par l'aptitude de la partie faible à exercer son droit d'accès à la justice arbitrale.

67. L'application des concepts de l'efficacité économique et la maximisation des richesses appellent donc à l'encadrement logique du financement par la théorie économique du droit. Cela nécessite de déterminer l'effet du financement sur le théorème de divergences des motifs privés du demandeur et les motifs sociaux de la justice, aussi connu comme le *théorème de Coase*, intrinsèque à la théorie économique du procès (Section I).⁷⁴ Cette analyse classique des motifs sert à déterminer les contours et fondements du financement par les tiers, et son rôle dans la gestion efficace du procès arbitral (Section II).⁷⁵

Section I - La théorie économique du procès: le motif entre privé et social

68. L'analyse de la théorie économique nous conduit à analyser les éléments du motif privé des justiciables (sous-section 1), le motif social inhérent au procès (sous-section 2), la divergence inévitable entre les deux (théorème de Coase) (sous-section 3) et le principe perdant paie, établi dans certains systèmes du *common law*, et qui fait pencher parfois la balance du côté de l'un des motifs privé ou social (sous-section 4).

Sous-section 1 - Le motif privé

69. La décision d'intenter un procès arbitral dépend, du point de vue du demandeur, du coût de l'action et des sommes recouvrables de la partie adverse. Les coûts privés du procès sont le

⁷³ Colloque sur «*Le financement des contentieux par un tiers. Les Enjeux économiques du financement des contentieux par des tiers*», Bruno Deffains et Claudine Désireux, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 15, «*le financement par un tiers serait donc un procédé de rééquilibrage des moyens que chaque partie a à sa disposition*».

⁷⁴ Le théorème de Coase, tel que identifié par les fondateurs de l'Université de Chicago, berceau de la théorie économique du droit, est bien expliqué dans les travaux de A. Mitchell Polinsky, «An Introduction to Law and Economics», Boston, Mass.: Little Brown and Co., 1983, pp. 11-14. Voir, aussi sur le théorème de Coase, McCoubrey & White's, *Textbook on Jurisprudence*, J.E. Penner, Oxford 4^e édition, 2008, p.212.

⁷⁵ Voir notamment sur la théorie économique du procès: A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell, «Economic Analysis of Law», Novembre 2005, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion paper No. 536; Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», Boston University School of Law working paper No. 11-57, décembre 2011, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1971229>; Steven Shavell, «The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system», National Bureau of Economic Research working paper series n° 741, Septembre 1981; Paul H. Rubin, «Third Party Financing of Litigation», Northern Kentucky Law Review, Vol. 38/4, p.673.

cumul des dépenses du demandeur, incluant les dépenses de ses conseils. En évaluant son motif privé, le demandeur se sert uniquement de certains facteurs qui excluent toute considération d'un motif social suffisant.⁷⁶ Parmi ces facteurs, le demandeur examine notamment si les gains envisagés dépassent ses coûts privés. Lorsque ces gains sont insignifiants, le motif privé devient à son tour insuffisant pour intenter un procès. Un simple calcul des coûts privés du procès et profits envisagés permet donc de déterminer le motif privé du demandeur et d'identifier si ce motif est suffisant pour le recours à l'arbitrage.

Sous-section 2: Le motif social

70. Outre l'aspect privé des coûts du procès, la théorie économique analyse de même les coûts et bénéfices sociaux d'un procès déterminé.⁷⁷ Ces bénéfices sont mesurables à travers l'efficacité de la loi et du processus judiciaire dans la prévention des violations contractuelles et délictuelles, ainsi que des pratiques commerciales illicites.
71. L'intérêt social inhérent au procès est donc l'effet de prévention que ce procès apporte contre toute tentative de violation de la loi.⁷⁸ Si l'on veut quantifier, cet effet est équivalent au montant résiduel des dommages attribués au défendeur, après soustraction de ce montant des coûts des mesures de précautions prises par ce même défendeur, pour éviter tout dommage pouvant résulter de la pratique de ses activités civiles ou économiques.⁷⁹ On parle donc d'un motif social suffisant d'un procès si l'effet de prévention, *inter alia* le montant des dommages résiduels, dépasse le coût social de l'action en justice. Ce coût social externe au demandeur se compose, entre autres, des coûts des mesures de précautions prises par le défendeur, la probabilité d'une violation en dépit de ces mesures, les dommages soufferts par la victime à cause de cette violation, les coûts du procès pour le défendeur, ainsi que les coûts nécessaires

⁷⁶ Sur le motif privé du demandeur, *Idem* A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, p.22, «*when a plaintiff contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant's costs or the state's costs that his suit will engender. (...) the plaintiff considers his private benefit from suit, the gain he would obtain from prevailing, but not the social benefit, the deterrent effect on the behavior of injurers generally*».

⁷⁷ Le coût social du procès a été principalement observé par le travail de Ronald Coase sur le problème social, R.H. Coase, «The Problem of Social Costs», *Journal of Law and Economics*, 1960/3, 1.

⁷⁸ *Id.* S. Shavell, «The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system», National Bureau of Economic Research working paper series n° 741, Septembre 1981, p.2, «*the social benefit of suit inheres in an externality, its effect on the behavior of potential defendants generally. (...) the externality is due solely to the fact that bringing suit raises the likelihood that defendants will be liable*».

⁷⁹ *Id.* Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», p.8, «*the social benefit from deterrence is equal to the injuries avoided by taking care, less the cost of taking care. (...) Thus, if the deterrence benefit exceeds the expected litigation cost, suit is desirable from society's perspective*».

au propre fonctionnement de la justice.⁸⁰

Sous-section 3: Le théorème de Coase

72. La variété des coûts relatifs au motif privé et social, et la perspective différente de chaque partie au litige dans l'évaluation de ses dépenses et ses gains envisagés, reflètent une divergence évidente entre les motifs privé et social. Cette divergence est expliquée par S. Shavell, qui note que *"le procès est préféré par la communauté, lorsque son impact sur la prévention ultérieure des litiges dépasse ses coûts sociaux"*.⁸¹ Le motif social est donc suffisant quand le procès est indispensable pour affirmer l'efficacité de la loi et la protection de ses sujets. En revanche, une action en justice est désirable du point de vue privé du demandeur, chaque fois que les gains envisagés par ce dernier dépassent ses propres coûts au procès.
73. En raison de cette divergence, un demandeur peut se trouver dans une situation où il est forcé de s'abstenir de procéder en justice quand son motif privé est insuffisant pour cet effet, même si ce procès sert à promouvoir le bien-être social. Il pourra en revanche exercer cette action quand son motif privé est significatif, même si le motif social est inexistant. Par conséquent, la divergence entre le social et le privé affecte la qualification « excessive » ou « insuffisante » du recours en justice.⁸² Cela impose parfois l'intervention des instances étatiques compétentes pour contrôler, voire limiter, le recours en justice en l'absence d'un motif social,⁸³ ou le stimuler quand le motif privé est insuffisant en autorisant par exemple l'action de groupe.⁸⁴ Cette dernière est spécifiquement conçue pour les procès où le motif

⁸⁰ *Idem*, Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», p.6 *et seq.* (Economies of litigation and waiver), détaillant les coûts sociaux du procès. Voir aussi S. Shavell, The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system, p.4.

⁸¹ *Idem*, S. Shavell, The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system, « Incentive Divergence Theorem » traduit en français par « Théorème de Divergence des motifs ». Voir aussi, Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», p.2.

⁸² *Id.* S. Shavell, «The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system», p. 2.

⁸³ Cette intervention peut prendre plusieurs formes, comme la création de tribunaux pour des procès spécifiques, e.g. le tribunal spécial pour la résolution des conflits liés au règlement de la situation financière de Dubai World et ses filiales, établie par le gouvernement de l'Émirat de Dubai par le décret n° 57 / 2009, suite à la crise immobilière de 2009, prévenant ainsi une série d'actions contre le géant immobilier capable de submerger l'appareil judiciaire, www.dubaiworldtribunal.ae/default.aspx. Cela peut aussi se concrétiser par le passage des lois réduisant la nécessité du recours en justice, par exemple la prohibition des clauses onéreuses dans les contrats de consommation ce qui réduit substantiellement les actions contre les commerçants. Voir, S. Shavell, «The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system», p.9-10.

⁸⁴ Ce moyen a été autorisé en France par la loi *Hamon* n°2014-344 du 17 Mars 2014, entrée en vigueur le 1er Octobre 2014 comme étant une nouvelle pièce législative du droit de la consommation. Elle est essentiellement avantageuse pour certains acteurs principaux de l'économie comme les consommateurs et les employés et sert

social est apparent mais aucun motif privé n'est suffisant pour les justifier, sauf dans le cas où les coûts du procès sont partagés par plusieurs demandeurs disposant d'un même intérêt. L'action de groupe devient donc comme un moyen indispensable pour l'exercice du droit d'accès à la justice.⁸⁵ Comme on le verra ultérieurement, ce droit d'accès est valorisé par la présence du financement qui assure le recours des justiciables à la justice arbitrale. Le financement des procès par les tiers peut devenir un stimulant pour le motif privé des parties ayant une position financièrement désavantageuse, surtout dans les pays qui appliquent le principe *loser pays*.

Sous-section 4: Le principe perdant paie (loser pays)

74. Il existe dans certains systèmes de droits, des principes juridiques qui affectent l'ampleur des composantes de chacun des coûts et des motifs privés et sociaux, en ce que ces derniers ne deviennent plus les seuls facteurs déterminants pour tout recours en justice. Ces principes sont intrinsèques à la théorie économique du procès en raison de leur importance sur la décision du demandeur de recourir ou de ne pas recourir en justice. Il s'agit également du principe perdant paie (*loser pays*), tels que reconnu dans les systèmes Anglo-Saxons. Ce principe impose à la partie perdante le paiement du coût total ou partiel du procès, y compris les coûts de la partie gagnante.⁸⁶
75. En France, la condamnation de la partie perdante aux frais du procès est partielle, les articles 695 à 699 CPC ne permettent pas de mettre tous les dépens du procès à la charge de cette dernière.⁸⁷ Toutefois, selon l'article 700 CPC, la condamnation par le juge de la partie perdante aux dépens du procès se fait en tenant compte de « *l'équité ou de la situation*

également à renforcer leur motif privé en ce qu'ils n'auront pas à assumer la totalité des coûts du procès. Voir, *id.* S. Shavell, «The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system», p. 9; *Id.* A. Mitchell Polinsky et S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, p.22, «*The main implication of the private and social divergence is that state intervention may be desirable, either to correct a problem of excessive suit, (...) or barring it in some domain*». Sur l'historique des travaux préparatoires de l'action de groupe en France, *id.* L. Cadiet, J. Normand et S. Armani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2e éd. 2013, p. 370. V. aussi, S. Guinchard, «Une *class action* à la française?», *D.* 2005.2180; J. Lemonte et N. Michon, «Les class actions américaines et leur éventuelle reconnaissance en France», *JDI* 2009.535. L'autorisation de l'action de groupe peut indirectement affecter la propagation du financement par les tiers, voir, Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p.440.

⁸⁵ La renonciation à l'option d'action de groupe stipulée dans une clause arbitrale faisant partie d'un contrat de consommation a été annulé par la jurisprudence américaine dans l'affaire *AT&T Mobility LLP c/ Vincent Concepcion Et Ux* 563 U.S. Supreme Court 2011 (27 Avril 2011). Voir *contra*, *Chevron Corp. c/ Berlinger*, 629 F.3d 297, 300-04 (2^{ème} Cir. 2011), 13 Janvier 2011.

⁸⁶ Paul H. Rubin, «Third Party Financing of Litigation», *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 38/4, p.679.

⁸⁷ *Id.*, L. Cadiet, J. Normand et S. Armani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2013, p. 490.

économique de la partie condamnée ». ⁸⁸ Il est ainsi permis de penser que la jurisprudence française fera usage des dispositions de cet article pour condamner la partie financée à la totalité des coûts du procès en cas de perte, ou une partie de ces coûts même en cas de réussite. Le défendeur peut facilement être exposé aux procédures prolongées, ce qui pourra compromettre sa situation économique face à un investisseur robuste. Il semble cependant plus juste que le pouvoir d'appréciation du juge français au visa de l'article 700 CPC, ne se concrétise pas toujours par la condamnation de la partie financée. La possibilité de condamner le financeur des coûts devrait toujours être disponible dans le cas d'un financeur actif.

76. Contrairement au droit Anglais, le principe perdant paiera n'est pas applicable aux États-Unis. Le système américain impose à chaque partie d'assumer ses propres coûts au procès. De fait, en analysant son motif privé, un demandeur devra prendre en compte ses seuls coûts privés du procès. Sa défaite partielle ou totale n'engage pas sa responsabilité sur les coûts du défendeur. ⁸⁹ Il en résulte que, dans les systèmes de droit qui appliquent le principe perdant paie, l'audit juridique entamé par le tiers financeur et le motif privé du demandeur, doivent être suffisamment convaincants afin d'écarter toute éventualité de lui infliger les coûts du défendeur. Autrement dit, toute décision judiciaire rejetant l'action du demandeur pourra engendrer la responsabilité du financeur sur ses coûts privés, ceux du défendeur, ainsi que les coûts administratifs de l'action en justice. ⁹⁰
77. Nonobstant l'application du principe perdant paie, la répartition des frais judiciaires peut faire l'objet d'une convention préalable entre les parties. ⁹¹ Ces clauses sont régulièrement insérées par les parties dans des contrats diverses et sont particulièrement fréquentes dans les clauses d'arbitrage, dans lesquelles les parties s'accordent à imposer à la partie condamnée au procès, le poids définitif des indemnités prononcées dans la sentence arbitrale. La présence de telles clauses affecte positivement le motif privé du demandeur ayant des chances considérables de succès, présentant ainsi une incitation pour recourir en justice. Ses clauses sont généralement

⁸⁸ Article 700 CPC: "*Dans tous les cas, le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations*".

⁸⁹ J. Robert S. Prichard, «A Systematic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee, and Financing Rules on the Development of Substantive Law», *The Journal of Legal Studies*, vol. 17/2, 1988, p. 455.

⁹⁰ *Id.* Paul H. Rubin, *Third Party Financing of Litigation*, p. 681, (External costs of litigation: Excessive lawsuits).

⁹¹ Il s'agit des clauses d'imputation et de répartition des frais en matière d'arbitrage, voir *Id.* L. Cadiet, *et al.*, *Théorie générale du procès*, 2013, p. 492.

admises en arbitrage et sont gouvernées par le principe de la liberté contractuelle,⁹² sauf dans le cas où le fardeau financier sur l'une de ces parties résultant d'une répartition abusive des coûts, rend la clause onéreuse et donc contraire aux règles d'ordre public du système concerné.⁹³

78. Un autre facteur affectant l'application du principe perdant paie, est l'étendue de l'engagement du financeur dans la procédure. Effectivement, dans l'affaire *Dymocks*, le *Privy Council* a distingué entre un financeur pur (*pure funder*) et un tiers qui finance mais aussi qui contrôle la procédure.⁹⁴ Le premier n'est pas condamné aux frais, alors qu'il pourra l'être dans le second cas. Effectivement, dans les juridictions appliquant la règle perdant paie, les juridictions ont décidé qu'il est approprié d'ordonner au tiers financeur, ou toute autre personne tels que les directeurs et actionnaires qui assument la responsabilité des frais judiciaires du requérant, de déposer une garantie sur les frais judiciaires (*security for costs*) avant le commencement de l'arbitrage.⁹⁵ Il est à noter que, selon un rapport de la CCI en 2015 sur les coûts de l'arbitrage, le tribunal arbitral n'a pas la compétence de rendre une décision contre une partie qui n'est pas partie à l'arbitrage.⁹⁶ Mais l'approche la plus convenable est de prendre une position nuancée qui traite les parties et les usagers de l'arbitrage *ex aequo*, permettant ainsi au tribunal arbitral d'étendre sa compétence sur les tiers financeurs.

⁹² Pour une observation nuancée de la validité de ces clauses en contentieux, *ibid.* L. Cadiet *et al*, *Théorie générale du procès*, p. 491, «la validité de cette clause est ordinairement admise et ne suscite pas d'hésitations sérieuses. En revanche, c'est son efficacité réelle et, précisément, le point de savoir si le juge dispose du pouvoir de réduire le montant de l'indemnité conventionnelle s'il lui apparaît excessif».

⁹³ *In re Checking Account Overdraft Litigation MDL No. 2036*, US Court of Appeal, 11th circuit, décision du 31 Juillet 2013 statuant que, selon le principe de séparabilité, la clause d'arbitrage est séparée du reste du contrat, et que si un élément de la clause arbitrale imposant au consommateur la responsabilité des coûts de la procédure arbitrale en est inconcevable, cet élément serait alors invalider sans que la clause arbitrale soit affectée. Voir spécifiquement sur la doctrine d'inconcevabilité (*Unconscionability*) aux États-Unis dans les contrats de consommation, K. Mechantaf, «Balancing Protection and Autonomy in Consumer Arbitrations: An International Perspective», *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, CI Arb, Vol.78/3, 2012, Sweet & Maxwell, p. 233-235.

⁹⁴ *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd c/ Todd & Ors (No 2) (New Zealand)*, [2004] UKPC 39 (21 Juillet 2004). Les contours du rôle actif du financeur varient cependant selon la nature et l'ampleur du financement, et sont généralement stipulés dans l'accord de financement.

⁹⁵ *Knight c/ FP Special Assets Ltd* (1992) 174 CLR 178 (High Court Australienne); *Deutsche Bank AG c/ Sebastien Holdings Inc* [2016] 4 WLR 17 (Cour d'Appel Anglaise).

⁹⁶ ICC Commission Report, *Decision on Costs in International Arbitration*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 2, para 88-90: «Where a funded party is unsuccessful, its own impecuniosity may render it incapable of complying with any costs award against it. In such a situation, the tribunal usually has no jurisdiction to order payment of costs by the third-party funder, as it is not a party to the proceedings. (...) If there is evidence of a funding arrangement that is likely to impact on the non-funded party's ability to recover costs, that party might decide to apply early in the proceedings for interim or conservatory measures to safeguard its position on costs, including but not limited to seeking security for those costs or some form of guarantee or insurance. Such measures may be appropriate to protect the non-funded party and put both parties on an equal footing in respect of any recovery of costs».

79. En conclusion, l'application du principe perdant paie affecte vraisemblablement le motif privé du demandeur qu'il devra considérer avec le tiers financeur avant de décider de recourir ou pas en justice. Le financeur devra en tout état de cause exercer son audit juridique sur le fond du litige, par des consultants juridiques et financeurs afin d'évaluer les chances de succès. Cela affecte également le montant que le financeur serait prêt à investir au procès et détermine les limites de son engagement concernant la durée et les coûts de la procédure.⁹⁷ Il importe dans ce qui suit d'analyser l'impact du financement sur le motif privé du demandeur, ainsi que ses effets sur la décision des parties de recourir en justice.

Section II - Le financement de l'arbitrage par les tiers et la théorie économique en général

80. L'arbitrage a fait l'objet de nombreux travaux économiques, se concentrant essentiellement sur le choix des parties d'opter pour un mode alternatif de résolution des conflits.⁹⁸ Les paramètres de la théorie économique du procès s'appliquent également au procès arbitral, avec une différence majeure concernant le motif privé du demandeur qui doit être considérablement suffisant en arbitrage, qui se caractérise par des coûts élevés.⁹⁹ Le financement des tiers détermine donc l'indice du motif privé de la partie financée (sous-section 1), mais offre aussi plusieurs avantages d'ordre économique et procédural, ce qui

⁹⁷ Georges Affaki, «A financing is a financing is a financing...», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 1, p. 12, «Each claim is carefully vetted by specialist litigators, financiers and corporate management consultants and allocated a coefficient as to its probability of yielding a favourable award at each stage of the proceedings. The coefficient will determine the amount that a fund is willing to invest in the claim and that the terms of that investment as regards pricing and duration. Chances of success need to be at least 60%. No standard litigation funding fee is reported across the market, and funders indicated that each agreement has different terms». Certains spécialistes dans le financement des procès avancent un taux de succès plus élevé pour qu'un financeur accepte d'investir dans une demande arbitrale, v. Selwyn Seidel, «Third-party investing in international arbitration claims – to invest or not to invest? A daunting question», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 2, p. 25, «Funders generally look for claims that have about a 75% chance of being successful. In addition, funders typically look for a return of at least three to one on the capital invested, or 20% to 40% of the recovery, whichever is larger. This return is anticipated to take place within about three years».

⁹⁸ Benson B. L. (1999): «Arbitration, Encyclopedia of Law and Economics», encyclo.findlaw.com/7500book.pdf, «commercial arbitrators often rely on customary commercial law rather than national law, suggesting that arbitration can be a jurisdictional alternative to litigation rather than simply a procedural one. (...) Arbitration is a potential source of precedent, and is viable without judicial backing». Il faut cependant distinguer la théorie économique de l'arbitrage et la conception économique du comportement de l'arbitre en tant qu'offreurs de droit et producteurs de décisions, Sophie Harnay, «Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : Quelques éléments d'analyse économique», *Rev. arb.*, Vol. 2012/4, pp. 757 - 768.

⁹⁹ CIARB Costs of International Arbitration Survey 2011, disponible sur <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIARB%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf>

laisse un impact sur l'efficacité économique du procès (sous-section 2). Un marché du financement par les tiers a donc fait son entrée dans la justice arbitrale (sous-section 3).

Sous-section 1: L'effet du financement sur le motif privé et social

81. L'impact du théorème de Coase sur le recours en justice, surtout en ce qui concerne le motif du demandeur, n'est plus prépondérant dans le cas où un procès est financé par un tiers. Ce dernier affecte profondément les motifs privés et sociaux, et bouleverse l'équation qu'implique ce théorème sur le flux des procès judiciaires. Ainsi, quand le motif privé du demandeur n'est pas suffisant pour justifier un recours en justice, le financement offre, dans ce cas, un nouveau facteur permettant le transfert de la responsabilité financière sur les coûts du procès à un tiers investisseur ne faisant pas partie à la convention d'arbitrage. Autrement dit, par la présence d'un tiers financeur, le demandeur aura de nouveau un motif pour entamer le procès arbitral. Dans les cas où le motif social est aussi présent, ce procès entamé par le biais d'un financement extérieur permettra de même de réaliser le bénéfice social pour le bien-être du public concerné.

82. Cependant, aux États-Unis, système remarquablement favorable pour tout recours en justice,¹⁰⁰ l'effet du financement pèse uniquement sur le motif privé du demandeur, sans aucun effet sur l'aspect social, multipliant ainsi les plaintes qui ne présentent dans la majorité des cas aucun intérêt social. L'appareil judiciaire se trouve par conséquent submergé par des revendications juridiques menaçant l'efficacité économique du procès. Cela explique parfois la présomption généralement observée que le financement est, à première vue, économiquement inefficace tant qu'il entraîne des coûts externes liés au fonctionnement de l'appareil judiciaire.¹⁰¹

83. Les effets du financement sur la divergence des motifs – théorème de Coase – sont encore plus évidents dans les systèmes qui n'adoptent pas le principe perdant paie, tel que le système américain où le risque financier pour le tiers investisseur se limite à payer uniquement les

¹⁰⁰ Parmi certains facteurs qui favorisent l'action en justice aux États-Unis, l'autorisation de l'action de groupe, la répartition égale des coûts du procès, et l'application des honoraires d'avocats (contingency fees), *id.* Paul H. Rubin, *Third Party Financing of Litigation*, p.679.

¹⁰¹ *Ibid.* Paul H. Rubin, *Third Party Financing of Litigation*, p.682, «*the first presumption is that lawsuits are socially inefficient because there is always an external cost. (...) the additional lawsuits that would occur as a result of third-party finance are unlikely to have social benefits because of the tremendous incentive that already exists for such lawsuits in the United States*».

coûts privés du demandeur au litige. Cela peut entraîner la prolifération des plaintes dites « spéculatives », intentées pour la simple raison qu'elles offrent des chances limitées de succès. Ainsi accepté par plusieurs systèmes de droit, le financement par les tiers offre plusieurs avantages qui se traduisent par une plus grande efficacité du procès.

Sous-section 2: Les bénéfices économiques du financement et l'efficacité économique du procès

84. Le financement par les tiers présente plusieurs avantages économiques pour la partie demanderesse, que ce soit dans la phase antérieure au commencement du procès, ou durant la procédure arbitrale (§ 1).¹⁰² Il présente de même des avantages d'ordre procédural, permettant de promouvoir le respect de l'accès en justice et les droits de la défense (§ 2).

§ 1. Les bénéfices d'ordre économique

85. Il s'agit là d'une situation dans laquelle une compagnie exerçant une activité économique lucrative, disposant des fonds nécessaires pour recourir à l'arbitrage, préfère nonobstant faire usage des fonds d'un tiers investisseur pour couvrir les coûts du procès.¹⁰³ Dans de tels cas, le financement par un tiers offre un avantage commercial significatif pour une compagnie ayant recours à ce financement, surtout dans le cas où cette compagnie a besoin de recourir en justice pour faire valoir ses droits et, par conséquent, d'encourir les coûts du procès, afin de préserver le développement de ces affaires.¹⁰⁴

¹⁰² *Id.* Cento Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, p.438.

¹⁰³ *Id.* Cento Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, p. 439, «*a proportion of TPLF goes to potential litigants, which may have otherwise pursued their claim but have pursued outside funding for cash flow and balance sheet reasons*». V. aussi, Case Associates case note, «Third party litigation funding - the facts and estimates for the UK», décembre 2011, «*In many of the cases it is not the claimant's impecuniosity but a rational commercial decision that TPLF is the best way to fund litigation. TPLF is used to take the costs of litigation off-balance sheet and to improve cashflow*», disponible sur www.casecon.com/data/pdfs/Casenote62TPLFDec2011.pdf. *Id.* Selwyn Seidel et Sandra Sherman, «Corporate governance rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general)», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 3, p. 35, «*For the most part, the industry currently serves financially distressed holders of meritorious claims – a huge and expanding population. But it is also steadily growing to serve claimants that can afford the prosecution but prefer to offload the risk and cash drain, while at the same time enhancing the claim's chances of success. It is also beginning to serve defendants*».

¹⁰⁴ Cela a été essentiellement le cas dans le procès arbitral CNUDCI entre la compagnie britannique Rurelec et la République de Bolivie, CDR – Bolivian arbitration benefits funder and client, Andrew Mizner, 3 Juin 2014, disponible sur www.cdr-news.com/categories/third-party-funding/5004-bolivian-bit-arbitration-benefits-funders-and-clients-alike. Bien que Rurelec n'avait pas besoin d'aide financière pour son procès, son chemin vers le succès dans la procédure a été facilité par son accord de financement avec Burford Capital, ce qui lui a

86. Un deuxième avantage pour le financement par les tiers est la résolution à l'amiable des conflits contractuels.¹⁰⁵ Effectivement, la présence d'un tiers investisseur constitue un effet de prévention, exerçant une pression sur la partie adverse pour le règlement amiable du litige.¹⁰⁶ Ainsi, consciente de l'engagement d'un financeur aux côtés de l'autre partie contractuelle, la partie ayant prétendument commis une violation contractuelle n'hésitera point à participer activement aux tentatives de résolution à l'amiable pour éviter un procès arbitral prolongé et coûteux, ce qui contribue également à l'efficacité économique du règlement des litiges.
87. Certains observateurs avancent un troisième avantage du financement, essentiellement concrétisé par l'exercice d'audit juridique des financeurs des demandes de financement, ce qui a pour objectif de filtrer les procès onéreux. Il est vraisemblable que le financeur ne dispersera pas l'argent de ses investisseurs sur des procès ne présentant aucune chance de réussite.¹⁰⁷ Avant d'approuver le financement, l'investisseur entame alors un processus rigoureux analysant les faits et le fond du litige, à savoir (i) la valeur de la revendication en question, (ii) le siège de l'arbitrage et le lieu de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, (iii) les chances de succès dans la procédure arbitrale et la probabilité d'un règlement amiable du conflit, (iv) la qualité de l'équipe juridique du requérant, (v) les coûts de cette équipe (vi) la nature et durée envisagée du procès arbitral, (vii) la réputation de

permis d'investir dans son entreprise au cours de la procédure. Burford a octroyé USD 15 Million pour le financement du procès, utilisant ce dernier comme une garantie, permettant ainsi à Rurelec d'investir ce montant pour développer ses affaires en attendant l'issue de l'arbitrage. Rurelec se termine par payer à Burford une somme de USD 26 Million du montant total de USD 35.5 Million décidé par le tribunal arbitral. Cet avantage s'applique inversement dans le cas d'un défendeur au procès; V. en ce sens Burford, «Theory and practice in Litigation risk», p. 6 «(...) when companies that are defendants to litigation also are the target of a pending deal (a merger or acquisition, or a recapitalization or capital infusion) litigation risk can interfere with deal dynamics. Even if a corporate defendant is itself comfortable bearing the ongoing risk of the suit – and would be in no rush to settle absent a compelling business reason – a third-party capital provider or potential business partner may not be comfortable with the risk and may push the defendant to dispose of the risk», disponible sur http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2012/11/Burford_Whitepaper11.pdf.

¹⁰⁵ M. Polinsky et S. Shavell, «Economic Analysis of Law», Novembre 2005, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion paper No. 536, p. 21 «les bénéfices envisageables d'un procès inclus le résultat de ce procès mais aussi la possibilité d'une résolution à l'amiable».

¹⁰⁶ Id. Cento Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, p. 439, «The presence of a TPLF investor may result in a higher settlement rate, as defendants realize that the claimant can fully finance the costs of taking the case to court».

¹⁰⁷ Ibid, Cento Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, p. 439, «Very few of those who seek TPLF are funded after being subject to an investors' due diligence. A TPLF investor will seek to determine whether the case represents value for money, the quality of the legal team, the strength and risks associated with the case, and how it is pleaded by the lawyers, in relation to the potential pay-out. In short, the investor will perform a thorough external objective assessment of the claim». Id. Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», p. 30.

l'institution arbitrale, (viii) la loi applicable au fond du litige, (ix) la quantité et la qualité des documents de preuves et des témoins, (x) le statut financier de la partie adverse et sa capacité à régler les paiements, (xi) le fond du litige et les risques associés au dépôt d'une demande reconventionnelle.¹⁰⁸

88. Le professeur C. Rogers de l'université Queen Mary, déclare que « *les financeurs, à travers leur audit juridique, apportent un niveau de sophistication et de précision qui est inconnu des larges compagnies multinationales et des sociétés d'avocats les plus sophistiqués au monde* ». ¹⁰⁹
89. Alors que les sociétés d'avocats ont la capacité de délivrer un audit juridique raisonnable, elles sont moins habituées à présenter un bilan détaillé des risques attachés au procès et d'estimer ses coûts réels. Ainsi, l'examen du financeur du fond du litige permet d'éliminer des prétoires les réclamations hasardeuses. ¹¹⁰
90. De plus, les investisseurs ne financent que les revendications à valeur considérable, dépassant les USD 5 Millions. ¹¹¹ Ils n'octroient pas leur financement dans le cas où le siège arbitral n'est clairement pas convenable pour le financement par les tiers, ou dans le cas où une juridiction particulière n'accepte pas l'exécution d'une sentence arbitrale. Dans ce cas, une préférence serait donnée aux États ayant au moins ratifié la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.
91. Étant des chercheurs ardents de profits, les financeurs peuvent de même surveiller les dépenses relatives aux procès, en imposant souvent des budgets limités et raisonnables pour le déroulement de l'instance arbitrale. ¹¹² Cet audit permet de contrôler les coûts du procès et

¹⁰⁸ V. Frignati, «Ethical implications of thrd-party funding in international arbitration», *Arbitration International*, 2016, 32, 509.

¹⁰⁹ Rogers, *Ethics in International Arbitration* (2014), p. 186.

¹¹⁰ Review of Civil Litigation Costs: Final Report, décembre 2009, Rupert Jackson, TSO, Ministère de la Justice du Royaume-Uni, p. 117, «*Third party funding tends to filter out unmeritorious cases, because funders will not take on the risk of such cases*» disponible sur <http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2fDocuments%2fReports%2fjackson-final-report-140110.pdf>.

¹¹¹ M. Sherer, Aren Goldsmith and Camille Flechet, «Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Funders' Perspectives», (2012) 2 RDAI 207, 212-13.

¹¹² Mark Tuil et Louis Visscher, *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe – A Legal, Empirical and Economic Analysis*, (New Horizons in Law and Economics), éditions 2010.

même des conseils, en offrant une gestion efficace de la procédure arbitrale.¹¹³ Désormais, le tribunal arbitral est dans l'obligation d'exercer son pouvoir d'appréciation, assurant une conduite efficace et rapide de la procédure, et condamnant toute initiative des parties qui augmentent les dépenses administratives du procès. La vigilance du tiers financeur sur le sujet des coûts incarne en fait la tendance moderne qui penche vers l'importance de l'aspect économique du procès. Ainsi, les constatations que le financement augmente les coûts du procès apparaissent illusoire.

§ 2. Les bénéfices d'ordre procédural

92. Dans une démocratie moderne, un citoyen et une entreprise devraient pouvoir accéder à un financement adéquat afin de rechercher la justice, si cela est souhaité. Ainsi, l'État devrait veiller à ce que certains moyens de financement appropriés soient disponibles pour que les

¹¹³ Un aperçu des techniques récentes pour la gestion de la procédure d'arbitrage révèle les paramètres de toute tentative de control éventuel des coûts du procès par le tiers financeur. Le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), entré en vigueur en Janvier 2012, a introduit dans son Appendice IV des techniques de la gestion du procès que le tribunal et les parties peuvent adopter afin de maîtriser les coûts. Parmi ces techniques: «a) Segmenter la procédure ou rendre une ou plusieurs sentences partielles sur des questions clés, lorsque l'on peut réellement s'attendre à ce que cela contribue à une résolution plus efficace de l'affaire. b) Identifier les questions qui peuvent être résolues par un accord entre les parties ou leurs experts. c) Identifier les questions à trancher uniquement sur pièces, sans nécessiter de déclarations orales ou d'exposés juridiques dans le cadre d'une audience. d) Production de preuves documentaires : (i) exiger des parties qu'elles produisent avec leurs écritures les documents sur lesquels elles s'appuient, (ii) éviter, dans la mesure du possible, les demandes de production de documents, afin de maîtriser les délais et les coûts, (iii) lorsque des demandes de production de documents semblent appropriées, limiter ces demandes aux documents ou catégories de documents pertinents et déterminants pour l'issue de l'affaire, (iv) fixer des délais raisonnables pour la production de documents, (v) utiliser un formulaire pour la production de documents afin de faciliter la résolution des questions relatives à la production de documents. e) Limiter la longueur et la portée des écritures et des déclarations écrites et orales (tant en ce qui concerne les témoins que les experts) afin d'éviter les répétitions et de concentrer les débats sur les questions clés. f) Recourir à des conférences téléphoniques ou des visioconférences pour les audiences procédurales et autres lorsqu'une présence physique n'est pas indispensable et utiliser des technologies de l'information, qui permettent aux parties, au tribunal arbitral et au Secrétariat d'échanger des communications en ligne. g) Tenir avec le tribunal arbitral une conférence avant l'audience, au cours de laquelle l'organisation d'une audience pourra être discutée et convenue et lors de laquelle le tribunal arbitral pourra indiquer aux parties les questions sur lesquelles il souhaite qu'elles se concentrent à l'audience. h) Règlement des litiges : (i) informer les parties qu'elles sont libres de régler tout ou partie de leur litige par la négociation ou par toute méthode de règlement amiable des différends telle que, par exemple, une médiation conduite conformément au Règlement de médiation de la CCI. (ii) lorsque les parties et le tribunal arbitral en sont convenus, le tribunal arbitral peut prendre des mesures afin de faciliter un accord sur le litige, à condition de faire tous ses efforts pour que toute sentence à intervenir soit susceptible de sanction légale ». Pour d'autres techniques sur la gestion efficace du procès, voir le rapport de la Commission de la CCI, «Controlling Time and Costs in Arbitration», 2012. Plusieurs d'autres règlements d'arbitrage imposent au tribunal arbitral l'obligation de conduire la procédure arbitrale en prenant compte de la nécessité de limiter les coûts et éviter les délais, v. en ce sens les dispositions de l'Article 17 du Règlement d'Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) 2010, applicable dans les arbitrages ad-hoc, « (...) Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties».

réclamations juridiques soient faites et résolues. Le système de procédure civile reflète alors une certaine efficacité en prévenant les situations dans lesquelles les parties encourent des coûts non raisonnables ou proportionnés.

93. L'introduction d'une politique d'économie mixte repose sur la politique nationale primordiale consistant à réduire rapidement les dépenses publiques et à essayer d'assurer l'accès continu à la justice par tous les moyens possibles. En tout état de cause, tous les mécanismes de financement ne sont pas adaptés à tous les types de cas. Certains mécanismes de financement peuvent également favoriser des voies particulières qui peuvent être inappropriées pour des conflits particuliers. Le financement par les avocats ou les tiers peut inciter à porter plainte devant les juridictions ou l'arbitrage. Cela peut être inapproprié dans les cas qui peuvent être mieux résolus par un *ombudsman* ou un médiateur. Devrait-il y avoir une règle renforcée selon laquelle les tribunaux ne soient accessibles que si les voies alternatives sont inappropriées? Cette règle n'empêcherait pas d'élever ou de résoudre des différends, mais elle donnerait la priorité à la disponibilité des voies de recours.
94. Nonobstant le modèle d'économie adoptée, le financement sert comme moyen assurant l'accès à la justice et confirmant que celle-ci peut être une justice réparatrice.¹¹⁴ Ce droit d'accès à un tribunal, défini comme étant une liberté publique, fut consacré par la convention européenne des droits de l'homme dans son article 6(1), en tant que droit fondamental s'imposant à tous les États liés par cette convention.¹¹⁵ Selon un rapport de la Commission Européenne, le coût pour mener une action en justice remonte à des dizaines de milliers d'euros en moyenne, voire plus dans les litiges commerciaux complexes où l'expertise demeure indispensable.¹¹⁶ Cette augmentation des frais de procédures conduit à un système judiciaire accessible uniquement à ceux qui ont les moyens d'y faire appel.¹¹⁷ Les coûts du procès arbitral sont aussi à la hausse, surtout en Europe continentale, ce qui représente un obstacle considérable pour accéder à la justice arbitrale.¹¹⁸ Ainsi, un procès arbitral équitable

¹¹⁴ La Semaine Juridique Édition Générale n° 7, 11 Février 2013, 164, «Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice», Entretien par Frédéric Pelouze.

¹¹⁵ *Id.* L. Cadiet *et al*, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2013, p. 335.

¹¹⁶ Rapport de la Commission Européenne, «Étude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires civiles dans l'Union Européenne», Rapport Final, Commission Européenne, DG Justice, Liberté et sécurité, disponible en ligne <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=6f471129-b38a-457a-8626-b0fed471ac69>.

¹¹⁷ *Ibid*, p. 318.

¹¹⁸ Disposer d'une liquidité financière est souvent déterminant en arbitrage. *Id.* CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011, «*Claimants' costs averaged approximately £1,540,000 in the UK, in comparison with £1,685,000 in Europe; a difference of nearly 10%. [Similarly], the common costs of arbitrations in Europe were*

doit comporter des coûts les plus réduits, prenant en compte que la procédure devient de plus en plus longue et coûteuse.¹¹⁹ Le financement améliore donc l'accès à la justice arbitrale et sert à renforcer le motif propre du demandeur par le biais du paiement du tiers investisseur les coûts du procès en l'échange d'une part des gains envisagés.¹²⁰ L'existence même d'une possibilité de financement et la menace pressante du recours à l'arbitrage servent donc à résoudre le conflit entre les parties sur un pied d'égalité.¹²¹

95. Cependant, l'amélioration de la situation financière de la partie impécunieuse se remet de nouveau en question lorsque le financeur devient insolvable, laissant son portefeuille des revendications sans financement supplémentaire, menaçant également les positions tactiques et de négociation des clients. L'Australie a partiellement résolu le problème, à travers une règle qui force les financeurs à assurer trois mois de liquidité au moins, mais cette durée n'est pas suffisamment longue pour préserver la sécurité de la partie financée.
96. Deux autres considérations doivent être abordées dans le cas d'insolvabilité du financeur. Tout

over 18% higher than in the UK», disponible en ligne <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIARB%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf>

¹¹⁹ Voir décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 21 février 1975, *Golder c/. Royaume Uni*, 37, Requête n°4451/70, la Cour avait déclaré que l'existence d'un obstacle qui rend plus chère ou difficile l'accès à un tribunal, et donc au procès, constitue une violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, «Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 par. 1 (art. 6-1) doit se lire à leur lumière. (...) La Cour arrive ainsi, sans devoir recourir à des "moyens complémentaires d'interprétation" au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, à la conclusion que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. A cela s'ajoutent les garanties prescrites par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance. Le tout forme en bref le droit à un procès équitable».

¹²⁰ Georges Affaki, «A financing is a financing is a financing...», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 1, p. 10 «[Third-party funding] has allowed victims of obvious wrongdoings to bring their cases to justice notwithstanding the resistance of much more powerful respondents or the cost of international proceedings. In some instances, external financing of its claim has been the only way for a party with limited financial means to obtain vindication and avoid a denial of justice».

¹²¹ L'aptitude financière des justiciables d'accéder en justice par le biais du financement, sert à promouvoir l'exercice d'une bonne pratique commerciale. À titre d'exemple, la menace d'une action, auparavant improbable, par les consommateurs contre le commerçant sert à prévenir l'inclusion de clauses onéreuses dans les contrats de consommations. Il en est de même pour l'amélioration des normes de gouvernance des entreprises, *id*, Cento Veljanovski, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 438, «[Third-party funded] *shareholder claims for non-disclosure, misleading representations, fraud, auditor and director negligence, or breach of fiduciary duties may act as a discipline on management and improve corporate governance*». Alors que l'obstacle financier prévenait l'accès en justice, et donc l'application de la loi, il est à noter que la menace d'une action n'est pas créée par le financement, mais est plutôt remise en valeur par la disponibilité de ce dernier.

d'abord, le système juridique ou arbitral lui-même serait compromis. Deuxièmement, une population significative de demandeurs demeurera impécunieuse, vulnérable sans aucune réparation juridique, de sorte que non seulement cette population devient incapable de supporter l'insolvabilité d'un financeur, mais elle devient aussi exposée aux risques financiers multiples et demandera par conséquence l'application de la loi, donc l'intervention de l'État. On peut penser que ces deux facteurs justifient une exigence de mesures particulières pour assurer le recours à des sources externes de financement des litiges.

97. À la suite de l'étude de l'impact du financement par les tiers sur les motifs des justiciables et ses avantages économiques et procéduraux déjà étudiés, il importe maintenant de signaler le développement du financement en un marché économique international, dont les offres et les demandes de financement se font à un rythme de plus en plus régulier.

Sous-section 3: Un marché économique du financement par les tiers

98. La réalisation des bénéfices du financement par les tiers nécessite la promotion de la concurrence entre financeurs dans un marché réglementé, où la surveillance et le contrôle de certaines pratiques déloyales seront possibles afin d'éviter tout déraillement inopportun.¹²² La peur d'une telle dérive incite certains observateurs à constater que le financement introduira de manière définitive la prolifération de la culture de rentabilité financière au détriment de la primauté de la justice.¹²³
99. D'un point de vue purement économique, la création d'un marché pour le financement des procès apporte de nombreux avantages, à savoir la rationalisation des parts de profits imposées par chaque investisseur en cas de succès au procès financé. Cela reste pratiquement hors du contrôle de l'avocat, étant un tiers à l'accord de financement, où même le tribunal

¹²² Voir colloque sur «Le financement de contentieux par un tiers. Les Enjeux économiques du financement des contentieux par des tiers», Bruno Deffains et Claudine Désireux, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 19, «*La création de marchés du financement du litige, sous condition d'une concurrence effective, permettrait de résoudre de nombreux problèmes. D'une part, grâce à la concurrence entre investisseurs potentiels, la part requise par les investisseurs devrait-être relativement faible. D'autre part, on aurait également un transfert de risques : les demandeurs sont généralement considérés comme des agents averses au risque, alors que les investisseurs sont considérés en économie comme des agents neutres au risque, voire même ayant un goût pour la prises de risques*».

¹²³ *Id.* Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 437 *et seq.*; Bruno Deffains et Claudine Désireux, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 28.

arbitral dont l'exercice de son pouvoir sur le tiers financeur demeure douteux.¹²⁴ Ce partage parfois inéquitable des parts se manifeste par un manque de gestion des asymétries d'informations entre le demandeur, qui souvent ignore la valeur de son procès et le potentiel succès de ses demandes, et l'investisseur qui, par le biais de son expérience en audit juridique, dispose d'informations privés lui donnant un clair avantage dans l'estimation de ses gains.¹²⁵ Ainsi, la promulgation de nouvelles règles pour la pratique du financement forcera les financeurs à agir selon des contours juridiques préalablement déterminés pour éviter toute fraude pouvant mettre en péril la confiance dans le système d'arbitrage.

100. Pour conclure ce chapitre, le financement crée une nouvelle dynamique dans l'évaluation des motifs du procès et ouvre de nouveau la porte de la justice arbitrale aux parties impécunieuses. Les avantages du financement ne peuvent plus être ignorés. L'argument concernant l'amélioration de l'accès à la justice est d'une certaine crédibilité et les différents systèmes de droit ne peuvent plus maintenir les prohibitions historiques contre le financement. Même les systèmes qui n'adoptaient aucune position contre le financement, ne peuvent plus ignorer la nécessité de valider et réglementer la pratique. Qu'on le veuille ou pas, le financement est là et c'est juste une question de temps avant de réaliser que les grands procès arbitraux ne verront jamais la lumière sans un financement extérieur.
101. Il faut maintenant vérifier la position de plusieurs systèmes de droit sur le financement par un tiers, en adoptant une approche comparative entre les systèmes de *common law* et de droit civil. Alors que certains systèmes ont subi une transformation législative majeure pour adopter le financement des procès, d'autres maintiennent toujours une position passive sans prendre aucune mesure pour ou contre le financement.

¹²⁴ *Infra*, deuxième partie sur le régime juridique du tiers financeur.

¹²⁵ *Id.*, Keith N. Hylton, «The Economics of Third Party Financed Litigation», p. 22. *Id.*, A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, p. 24-25, «*The virtues of such asymmetric information models are twofold. First, they include an explicit account of bargaining and thus of the probability of settlement and the magnitude of the settlement offer or demand. (The outcomes of these models depend, however, on essentially arbitrary modelling choices, such as who makes the settlement proposal, the informed or the uninformed party.) Second, the models explain differences of opinion that give rise to trial in terms of differences in possession of information. (However, the models do not account for why there should be differences in information, given that the parties have incentives to share information and may be forced to do so through legal discovery)*».

Chapitre 2

La pratique du financement de l'arbitrage par les tiers

102. Le financement des procès ne présente aucune nouveauté aux pratiques de soutien financier des justiciables. Alors que l'introduction de nouvelles formes de financement à l'arbitrage international est particulièrement récente, l'idée du financement en tant que tel remonte à l'ère médiévale.¹²⁶ En effet, le financement est aussi ancien qu'il existe des doctrines adoptées pour entraver son usage et développement dans différents systèmes de droit. Les plus anciennes de ces doctrines sont celles contre le *Champerty* et *Maintenance*, incarnées dans le système du *common law*. Alors que la position sur l'éradication de ces doctrines est débattue, leur présence dans certains systèmes judiciaires entrave le développement du financement par les tiers. Mais cela n'est pas nécessairement le cas pour le recours au financement dans les procès arbitraux, essentiellement considéré comme un outil indispensable pour l'accès à la justice arbitrale.¹²⁷
103. La forme moderne du financement est celle que propose un tiers investisseur, spécialisé dans le domaine de l'investissement. Cette forme, née en Australie dans les années 1990,¹²⁸ s'est ensuite développée aux États-Unis et le reste des systèmes du *common law*, plus récemment au Royaume-Uni.¹²⁹ Dans les pays à tradition civiliste, l'Allemagne représente le système le

¹²⁶ Aren Goldsmith et Lorenzo Melchionda, «Third party funding in international arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask) – Part One», RDAI, No 1, 2012, pp. 54-55, «while discussion of its potential relevance for international arbitration may be new, the availability of TPF for domestic court litigations is not. The origins of TPF have been tied back to certain practices in ancient Rome and Greece, but are most often associated with feudal practices in medieval England (...)».

¹²⁷ Cela s'inscrit dans un vaste mouvement de développement de la justice arbitrale en dehors de la justice étatique. Il se commence par la consécration de règles matérielles essentielles au fonctionnement de l'arbitrage, comme la règle d'autonomie de la clause arbitrale et le principe compétence-compétence, v. en ce sens, E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; «Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage», in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, dir. Th. Clay, Lextenso, 2011, spéc. n° 5 et s.

¹²⁸ M. de Morpurgo, «A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding», *Cardozo J. Int'l and Comp. L.*, 2011.360.

¹²⁹ D. Wehrli, «Contingency Fees – Pactum de Palmario, Civil Law Approach», *Bull. ASA*, 2008.241; Jonathan D. Petrus, «Legal and Ethical Issues Regarding Third Party Litigation Funding», *Los Angeles Lawyer*, Novembre 2009, disponible à <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2644.pdf>; M. Napier *et al.*, «Improved Access to Justice – Funding Options & Proportionate Costs. The Future of Funding Litigation – Alternative Funding Structures», *Civil Justice Council*, juin 2007, disponible sur https://www.harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2015/08/cjc_future_funding_of_litigation_paper2007.pdf; 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 sur <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/12/02/kicking-all-the-tyres/>; A. J. Sebok, «Betting on Tort Suits after the Event: from Champerty to Insurance», *DePaul L. Rev.* 2011.453; G. Gharavi, «Le financement par un tiers», in W. Ben Hamida et Th. Clay (dir), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013, p. 33.

plus favorable pour la pratique du financement. Cette dernière n'avait qu'une faible présence dans les autres pays en raison des coûts relativement faible de l'action en justice et la présence de restrictions législatives.¹³⁰ Toutefois, le législateur a peu à peu allégé ces dispositions au nom de la liberté de commerce.¹³¹ En France, le recensement du financement attaché au procès judiciaire révèle sa rareté, que ce soit en matière de contentieux ou d'arbitrage.

104. En général, les mesures encourageant le financement sont timides. Cet atermoiement réside principalement dans l'existence de législations limitant son emploi, ainsi que dans le manque de confiance, parfois l'ignorance, accordé au rôle du tiers financeur. Les doctrines *Champerty* et *Maintenance* existent alors toujours dans le *common law*. Les systèmes de droit civil maintiennent toujours une passiveté inquiétante, mais le manque de législation prenant une position claire sur le financement laisse toujours une lueur d'espoir pour la validation et la réglementation de cette pratique (Section I). Le financement a déjà son propre marché économique (Section II) et s'offre sous différentes formes (Section III). Il reste juste au législateur à rattrapper son retard. Ce retard n'est pas justifié en raison des avantages multiples du financement (Section IV), alors que les critiques avancées contre lui ne sont pas toujours vraisemblables (Section V).

Section I: Les doctrines *Champerty* et *Maintenance* à l'avant-garde des prohibitions historiques contre le financement des procès

105. La doctrine du *Maintenance* est définie par l'assistance reçue par l'une des parties au procès, d'une partie tiers n'ayant aucun intérêt justifiant son intervention. Le *Champerty* n'est qu'une forme du *Maintenance*, permettant à un tiers de recevoir une part des dédommagements décidés pour l'assistance financière qu'il apporte au procès.¹³²

106. En France, le concept *Champerty* dérivait du mot "Champart", un terme français qui référait à

¹³⁰ *Id.*, Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014.

¹³¹ Voir la décision du Tribunal Fédéral Suisse à Lausanne, 10 décembre 2004, 131/223, considérant que le projet de loi proposé par le canton de Zurich en 2003, limitant le financement des contentieux par les tiers comme étant une violation de la liberté de commerce.

¹³² Cette définition émane de la jurisprudence Canadienne; voir en ce sens, *Buday c/. Locator of Missing Heirs Inc.* (1993), 16 O.R. (3d) 257 (C.A.) at 262-263; et *McIntyre Estate c/. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.) [McIntyre]. Steve Tenai et Nicholas Saint-Martin, «Third Party Funding of class actions», Article préparé pour le 8ème symposium national sur les groupes d'actions (Osgoode Hall: 28 et 29 Avril 2011).

une taxe imposée en France médiévale par les propriétaires sur leurs locataires, qui est payée par ces derniers comme une part de la récolte de céréales, et évaluée entre un sixième et un douzième de la totalité de ces récoltes.¹³³ Toutefois, les origines sont plus souvent associées avec les pratiques féodales de l'Angleterre médiévale, quand des hommes nobles présentaient leur soutien aux parties belligérantes afin de récupérer un intérêt quelconque non relié au fond du litige, par exemple comme source de profit ou pour affaiblir les rivaux.¹³⁴ Dans ce sens, le philosophe et juriste Anglais, J. Bentham, observait:¹³⁵

«Un Baron poursuit un faible procès en estimant que sa puissance le transformera en un fort procès, et que son épée portée au tribunal avec une foule traînant à ses talons pourraient semer la terreur dans les yeux d'un juge sur le banc. À présent, quelle attention devrait accorder un juge aux épées même de 100 Barons? Ni crainte, ni espoir, haine ou amour, le Juge de nos jours est prêt avec le même flegme à décider sur toutes les occasions, ce système, quel qu'il soit, de justice ou d'injustice, que la loi a mis en ses mains».

107. Cette observation reflète ce qu'était en Angleterre médiévale la raison exacte à l'origine des doctrines de *Champerty* et *Maintenance* dans une époque où l'administration de la justice était corrompue et sectorielle, permettant ainsi aux hommes influents, par le soutien d'une partie au procès ayant un droit réel apparent, de terroriser la cour en vue de recevoir une décision confirmant leur revendication territoriale en l'échange d'une part de ce droit. Dans l'affaire *Thallhimer* en 1824, la décision de la cour de New York venait clarifier la nécessité d'interdire le financement selon une loi datant de la 32^{ème} année du règne de Henry VIII.¹³⁶

«Pour réprimer les pratiques de ceux qui, quand ils pensaient avoir un droit réel, et afin de renforcer cet apparent droit, confiaient une partie de leur intérêt à une

¹³³ Ari Dobner, Comment, «Litigation for Sale», 144 U. PA. L. REV. 1529, 1543–46 (1996).

¹³⁴ J. Lyon, «Revolution In Progress: Third-Party Funding of American Litigation», 58 U.C.L.A. L. Rev. 571 (2010), p.580, décrivant un «sycophante» en Grèce antique, qui consistait en une personne payée dans la majorité des cas, et qui apparaît durant la procédure pour plaider au nom des parties. L'auteur se réfère aussi à un «calomniateur» en Rome antique qui consistait en une personne qui, sans autorisation préalable, intente une action au nom d'une partie, dans laquelle il n'a aucun motif légal, ou intente une action abusive et mal fondée. Voir aussi, M. Steinitz, «Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding», Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011, pp.1286–1287, qui décrit les origines féodales du *Champerty* en France, connu par *Champart*, consistant en une forme de projet de subvention immobilière.

¹³⁵ Ce passage a été cité dans Kaplan J., *Cannonway Consultants Ltd c/ Kenworth Engineering Ltd* [1995] 1 H.K.C. 179.

¹³⁶ *Thallhimer c/ Brinckerhoff*, 3 Cow. 623 (N.Y. Sup. Ct. 1824), para 644.

personne influente qui, avec son soutien, opprimaient les acquéreurs».

108. Ces raisons socio-économiques qui constituent la base de la prohibition du financement demeurent présentes à l'époque moderne et répondent aux nouvelles exigences de la transparence, intégrité et bonne administration de la justice. Un panorama de la doctrine actuelle reflète une position souvent en faveur de l'application du *Champerty* et *Maintenance*. En effet, soucieux de la prolifération des contentieux spéculatifs et excessifs, certains observateurs considèrent que le financement des procès offre aux investisseurs l'opportunité d'abuser du système judiciaire dans le simple but de réaliser des profits.¹³⁷
109. La jurisprudence de certains systèmes judiciaires démontre elle aussi une hésitation à légitimer une pratique considérée auparavant comme le fléau du pouvoir décisionnel judiciaire. En effet, dans l'affaire *Fostif*, alors que la cour Australienne a toléré le financement, elle a résumé dans sa décision les préoccupations modernes de l'effet de l'intervention d'un tiers sur l'intégrité de la justice:¹³⁸

«Un procès ordinaire est mené entre des parties représentées par des avocats ayant des obligations fiduciaires envers leurs clients et un devoir d'éthique devant les tribunaux. Ils peuvent être facilement contrôlés, non seulement par les associations professionnelles, mais aussi par les cours. Ces dernières sont en mesure de déployer de manière rapide et décisive, des sanctions condamnant les avocats en violation de leur devoir d'éthique. L'apparition des avocats est enregistrée dans le registre de la cour, alors que des institutions comme Firmstone & Feil, qui ne sont pas des avocats et ne disposent pas d'une qualification juridique déterminée, n'ont pas les mêmes devoirs d'éthique.

En outre, des organisations comme Firmstone & Feil jouent des rôles occultés qui ne sont pas identifiables dans les registres de la cour, et leur apparition n'est pas annoncée en audience publique. Il n'y a aucun doute que des sanctions pour l'abus de procès est disponible contre ces organisations dans le long terme, mais

¹³⁷ Sur la spéculation des procès, voir Notes et Commentaires, «The South's Amended Barratry Laws: An Attempt to End Group Pressure Through the Courts», *The Yale Law Journal*, Vol. 72, No. 8 (Juillet 1963), pp. 1629. *Saladini c/. Righellis*, 687 N.E.2d 1224, 1226 (Mass. 1997). Sur l'abus du procès, voir Percy H. Winfield, «History of Maintenance and Champerty», 35 *Law Q. REV.* 50, 57-68 (1919).

¹³⁸ *Campbells Cash and Carry Pty. Ltd. c/. Fostif Pty. Ltd.* [2006] HCA 41, para. 266.

cela est beaucoup plus lent et plus difficile que dans le cas des avocats. En bref, la cour est en mesure de surveiller les litiges menés par des personnes qui y sont parties; il est moins facile cependant de superviser des procès menés d'un côté par une partie au litige, tandis qu'à l'autre côté la partie adverse n'est qu'une partie nominale, le vrai contrôleur étant hors du contrôle de la Cour».

110. La peur de la manipulation du procès et les effets néfastes que peuvent apporter un financement extérieur au bon déroulement de la procédure, existent bien avant l'affaire *Fostif* quand Lord Denning a exprimé les raisons pour lesquels le *common law* condamne la doctrine de *Champerty*:¹³⁹

«La raison pour laquelle le Common Law applique le Champerty est l'abus qu'elle peut causer. Le Common Law craint que le [tiers] pourrait tenter, pour son propre gain personnel, d'exagérer les dommages, de cacher des preuves, ou même de suborner des témoins. Ces craintes peuvent être exagérées, mais, que ce soit vrai ou pas, la loi depuis des siècles avait déclaré la [doctrine] du champerty illégale, et nous ne pouvons pas faire autrement que de respecter la loi».

111. Cette crainte soulignée par Lord Denning a été ultérieurement invoquée dans l'affaire *Factortame*:¹⁴⁰

«Plus la part des profits est considérable, plus la tentation de s'écarter de la voie de la justice est grande».

112. Les raisons justifiant la prohibition de ces doctrines a conduit certaines jurisprudences à les considérer comme faisant partie de leur ordre public national. Cela a été essentiellement le cas en droit Anglais.¹⁴¹ Le procès *Trendtex* concernait la cession d'une affaire de *Trendtex Trading Corporation* contre la Banque Centrale du Nigeria (BCN), auprès du Crédit Suisse, le plus grand créancier de *Trendtex*, et résultant d'une vente de ciment. Le conflit réside dans le refus de BCN d'honorer une lettre de crédit pour la vente. *Trendtex* a cédé l'affaire à

¹³⁹ *In re Treppca Mines Ltd (No 2)*, CA [1963] Ch 199, 219-220.

¹⁴⁰ *R (Factortame Ltd.) c/. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA (Civ) 932, [32], [2003] Q.B. 381 para 413 (Eng.).

¹⁴¹ Voir décision de Lord Wilberforce, considérant que l'accord du financement autorisant une partie tierce à acheter le procès constitue un commerce de la justice et relève de l'ordre public Anglais, *Trendtex Trading Corporation c/. Credit Suisse*, [1981] 3 All E.R. 520 (HL) at 694-695, «*This manifestly involved the possibility, and indeed the likelihood, of a profit being made, either by the third party or possibly also by Credit Suisse, out of the cause of action. In my opinion this manifestly "savours of champerty," since it involves trafficking in litigation - a type of transaction which, under English law, is contrary to public policy*».

Crédit Suisse. L'accord stipulait que Trendtex ne s'opposait pas à la vente de l'affaire et a par conséquent cédé à Crédit Suisse ces droits d'action contre CBN. Trendtex n'avait pas un intérêt supplémentaire dans l'action et approuve de céder 90% de ses actions au Crédit Suisse en échange que ce dernier accepte de rembourser les créanciers de Trendtex.

113. Après que l'action contre CBN a été réglée, Trendtex exerce en Angleterre une action contre Crédit Suisse en raison que la cession du procès à Crédit Suisse constitue une *champerty* et *maintenance*. La cour a déterminé que la cession et puis la vente de l'affaire à un tiers constituait un trafic de litiges et devient dès lors contraire à l'ordre public.¹⁴²
114. Depuis, la prohibition a traversé l'Atlantique vers le Canada¹⁴³ et les États-Unis où les pratiques du *Champerty* et *Maintenance* furent criminalisées. Cependant, une seule exception au financement des procès demeure applicable en dépit de cette prohibition généralisée. Elle concerne spécifiquement l'investissement des avocats dans les contentieux de leurs clients.¹⁴⁴
115. Ainsi, la prohibition des doctrines de *Champerty* et *Maintenance* donnaient lieu à une responsabilité délictuelle prévenant tout financement ou commerce dans les procès.¹⁴⁵ Toutefois, ces doctrines ont été réadmisses dans la majorité des systèmes de *common law*, ainsi que le montre un panorama actuel de la position des différents systèmes de *common law* et de droit civil sur le financement.

Sous-section 1: Le financement des procès dans les pays du Common Law

Dans ce qui suit, une analyse comparative révèle la position des systèmes de l'Angleterre et les pays de Galles (§ 1), d'Australie (§ 2), de Singapour (§ 3), de Hong Kong (§ 4) et des États-Unis (§ 5) en matière de financement.

¹⁴² *Id.* affaire *Trendtex*.

¹⁴³ Décision du Juge Cullity de la Cour Suprême Judiciaire du Canada dans *Operation 1 Inc. c/ Phillips*, [2004] O.J. No. 5290 (Sup. Ct. J.), réitérant les mêmes arguments dans l'affaire *Trendtex*.

¹⁴⁴ Voir, Anthony J. Sebok, «The Inauthentic Claim», 64 *Vand. L. Rev.* 61, p. 99-100 (2011), «*At the turn of the twentieth century lawyers began to offer to take cases without payment unless they obtained a settlement or a judgment for their clients, a practice that was flatly illegal under the doctrines of maintenance and champerty. Courts and legislatures quickly found an exception to the restrictions on champerty such that by 1930, even in those states that strictly prohibited maintenance, a lawyer was permitted to "invest" in his client's civil litigation.*».

¹⁴⁵ Max Radin, «Maintenance by Champerty», 24 *Calif. L. Rev.* 48, p. 67 (1935), «*Champerty, embracery and barratry were crimes, pleas of the Crown. Their suppression was in the interests of the public welfare. Maintenance in general was an actionable wrong, a tort in modern terminology, and persons who suffered from it could obtain compensation.*».

§ 1. L'Angleterre et les pays de Galles

116. Après pratiquement des siècles de prohibition, les cours anglaises semblent avoir adopté une approche flexible envers l'application des doctrines *Champerty* et *Maintenance*. Après la promulgation de nouvelles lois autorisant le *Champerty*,¹⁴⁶ la jurisprudence anglaise introduisait la transition vers son approbation du financement de manière progressive. Elle décide que la doctrine devrait évoluer à travers le temps afin de refléter l'ordre public tel qu'il est appliqué en période moderne.¹⁴⁷ En 2005, la cour d'appel a statué de même sur l'attitude qu'un tiers financeur devrait adopter durant le déroulement du procès, sans contrôle ni intervention de sa part dans la gestion du contentieux:¹⁴⁸

«L'approche que nous nous apprêtons à promouvoir n'est pas appropriée dans le cas d'un accord de financement qui viole les principes directives transformant ainsi cet accord en Champerty. (...) Notre approche est conçue pour le financeur commercial qui finance une partie des coûts du contentieux d'une manière qui facilite l'accès à la justice et qui n'est pas autrement répréhensible. Ce financement laissera au demandeur la partie principalement intéressée par le résultat du procès et la partie qui contrôle le déroulement de l'instance».

117. Depuis, l'Angleterre commence à introduire des programmes d'évaluation pour le recours externe au financement des procès judiciaires et arbitraux.¹⁴⁹ Cette évaluation ne se limitait pas au marché anglais mais s'étend de même pour inclure les États-Unis. Alors que cette dernière jurisprudence est du *common law*, les cours des États fédérés ont adopté des approches incohérentes envers les doctrines *Champerty* et *Maintenance*.¹⁵⁰

¹⁴⁶ À titre d'exemple, l'Article 58 du Code sur les Cours et Services Légales de 1990, et l'Article 27 du Code d'Accès en Justice. Pour plus de détails, voir Christopher Hodges, Stefan Vogenauer et Magdalena Tulibacka, «Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study», Legal research paper series No. 55/2009, University of Oxford, p.29.

¹⁴⁷ *Id.*, *R (Factortame Ltd.)*, [2002] EWCA (Civ) 932, [32], [2003] Q.B. 381 at 399 (Eng.).

¹⁴⁸ *Arkin c/ Borchard Lines Ltd*, [2005] EWCA (Civ) 655 (Eng.), para 40.

¹⁴⁹ Claire Ruckin and Sofia Lind, «External Funding Booms as Litigators Plot Upturn», Legal Week, 20 mars 2008, «*Eight of London's top 10 law firms are already using or assessing external funding for litigation and arbitration cases, marking a dramatic move of third-party funding into mainstream practice*», disponible en ligne

http://www.alm.law.com/jsp/law/international/LawArticleIntl.jsp?id=900005560875&External_Funding_Booms_as_Litigators_Plot_Upturn#ixzz33H04lnS1; Ashby Jones, Third-Party Litigation Funding Stepping Up in the U.K., Wall St. J. L. Blog (20 Mars 2008), <http://blogs.wsj.com/law/2008/03/20/third-party-litigation-funding-stepping-up-in-uk/>.

¹⁵⁰ *Id.* M. Steinitz, «Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding», Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011, pp.1281, «*international law firms based in the*

118. L'Angleterre devait cependant attendre jusqu'en 2010, l'année qui marque le développement juridique le plus considérable en matière de financement par les tiers. Dans cette année, le Juge Rupert Jackson publie ce que devient connu comme le « Rapport Jackson » sur les coûts des contentieux civils.¹⁵¹ Le résultat de ce rapport s'achève par la création d'une association des financeurs des contentieux - *The Association of Litigation Funders of England and Wales* - qui publie en Novembre 2011 un Code de conduite sur les différentes clauses sur lesquelles les parties devront s'accorder dans leur contrat de financement.¹⁵²

119. Le Rapport Jackson, favorable en général à l'autorisation de l'institution du financement des procès,¹⁵³ indique cinq raisons justifiant la nécessité du financement en ce qu'elle augmente l'accès à la justice pour les parties impécunieuses:¹⁵⁴

- i. *Le financement par les tiers constitue un moyen supplémentaire pour financer les contentieux et, pour certaines parties, le seul moyen de financement disponible. Ainsi, le financement par les tiers favorise l'accès à la justice.*
- ii. *Quoique un demandeur sortant gagnant d'un procès intenté grâce à un financement, renonce à un pourcentage de ses dommages-intérêts, il est préférable pour lui de récupérer une partie substantielle de ses dommages que de ne rien récupérer.*

United Kingdom began utilizing litigation funding or seriously considering doing so, thereby creating competitive pressures on their competitors based in the United States».

¹⁵¹ Review of Civil Litigation Costs: Final Report, décembre 2009, Rupert Jackson, TSO, Ministère de la Justice du Royaume-Uni, disponible sur <http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2fDocuments%2fReports%2fjackson-final-report-140110.pdf>.

¹⁵² Parmi ces clauses les circonstances à la base desquelles le financeur peut résilier le contrat de financement ou recommander le demandeur sur toute décision concernant la résolution à l'amiable, règle 11 du *Code of Conduct for Litigation Funders – The Association of Litigation Funders of England and Wales*, Janvier 2014, «*The LFA shall state whether (and if so how) the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity may: 11.1 provide input to the Funder Party's decisions in relation to settlements; 11.2 terminate the LFA in the event that the Funder or Funder's Subsidiary or Associated Entity: 11.2.1 reasonably ceases to be satisfied about the merits of the dispute; 11.2.2 reasonably believes that the dispute is no longer commercially viable; or 11.2.3 reasonably believes that there has been a material breach of the LFA by the Funded Party*», disponible sur <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Jan-2014-Final-PDFv2-2.pdf>.

¹⁵³ Quoique les conclusions du rapport sont pour l'autorisation du financement, il est à noter que cette position n'était pas unanime avec le Comité des Jeunes Avocats «*Young Barristers' Committee*» qui a considéré que l'institution devrait-être interdite en toutes circonstances pour des raisons d'ordre public, *ibid.* pp.117, note 95.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp.117.

- iii. *L'utilisation des fonds des tiers (contrairement à l'utilisation des contingency fees («CFA») n'impose pas de charges financières supplémentaires sur la partie adverse.*
- iv. *Le financement par des tiers sera encore plus important en tant que moyen de financement des contentieux si les success fees sous CFA deviennent irrécupérables [de la partie adverse, tel que avancé par L.J. Jackson].*
- v. *Le financement par des tiers a tendance à exclure les demandes infondées, car les investisseurs ne prendront pas le risque de [financer] tels procès. Cela bénéficie à la partie adverse.*

120. Le premier avril 2013 marque la date à laquelle les réformes du Rapport Jackson ont pris effet en Angleterre, apportant ainsi des changements radicaux sur la rédaction des contrats de financement et la répartition des coûts entre les parties.¹⁵⁵ Pourtant, les considérations d'ordre public, surtout la peur que l'autorisation de l'institution du financement affecte la bonne administration de la justice, continuent à entraver la promulgation de nouvelles lois libéralisant ce marché.

121. En février 2012, un débat sur l'assistance judiciaire au *House of Lords* a fait allusion aux problèmes potentiellement liés au financement.¹⁵⁶ Selon les Lords, la perspective d'un financement par des tiers qui, à l'heure actuelle, est presque entièrement axé sur les affaires commerciales, pourrait devenir préoccupante si elle est introduite dans des domaines impliquant des plaideurs individuels, tels que les procès relevant du domaine de la responsabilité personnelle.¹⁵⁷ Ils ajoutaient que le développement rapide de l'institution du financement stimule les doutes sur la crédibilité du Rapport Jackson, suscitant ainsi la nécessité de reconsidérer ses résultats. En effet, le Rapport Jackson précise que le Code de conduite volontaire devrait être revu en cas de développement du marché de financement.¹⁵⁸ En l'absence de nouvelles étapes concrètes, l'autorisation du financement reste donc incertaine en Angleterre.

¹⁵⁵ Code of Conduct for Litigation Funders – The Association of Litigation Funders of England and Wales, janvier 2014 - 452.

¹⁵⁶ Voir Rachel Rothwell, «Storm raging over investing in litigation», 7 février 2012, disponible sur <http://www.lawgazette.co.uk/64162.article>.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Id.*, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, décembre 2009, Rupert Jackson, TSO, Ministère de la Justice du Royaume-Uni, pp. 119, paras 2.3 - 2.4.

§ 2. L'Australie

122. L'Australie représente à l'heure actuelle le marché le plus développé, le plus important et le plus libéral pour le financement des contentieux. La jurisprudence offre un précédent solide et stable, avec un soutien clair à l'institution du financement comme un moyen facilitant l'accès à la justice.¹⁵⁹ Les actions de groupes ont recueilli le plus d'avantages à cause du financement. Durant la période de juin 2014 jusqu'au juin 2015, le nombre des demandes de groupes d'actions enregistrés dans les cours fédérales et suprêmes de Victoria et New South Wales a augmenté de 100%, dénombant 33 nouvelles demandes, dont 13 ont été financées depuis les stades préliminaires du procès.¹⁶⁰
123. Similairement aux autres pays du *common law*, l'Australie était historiquement hostile au financement des contentieux.¹⁶¹ En fait, certains États fédérés continuent jusqu'à présent à prohiber les doctrines de *Champerty* et *Maintenance*, sans aucun changement notable envers la présence et le rôle des financeurs aux procès, afin d'éviter les effets pervers que l'institution du financement pourrait avoir sur l'administration de la justice.¹⁶² Depuis, un changement remarquable fut adopté par certaines cours Australiennes qui ont considéré que les exigences de l'ordre public ont changé et que ce n'est plus un tabou pour une partie qui assiste à un procès d'avoir un intérêt commercial légitime dans ce dernier.¹⁶³ Ce développement culminait avec les affaires *Fostif*¹⁶⁴ et *Mobil Oil Australia*,¹⁶⁵ par lesquels la *High Court of Appeal* a autorisé le financement par un investisseur disposant de larges pouvoirs concernant la gestion du procès.
124. Dans l'affaire *Fostif*, un investisseur (Firmstones Pty Ltd.), a financé un procès concernant les frais de licence de tabac. L'accord de financement permettait à l'investisseur de contrôler la

¹⁵⁹ Voir Clifford Hendel, «Third Party Funding» dans Miguel Ángel Fernández-Ballesteros et David Arias (eds), *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, (Wolters Kluwer España 2010, Volume 2010 no. 9) pp. 67 - 81.

¹⁶⁰ S. Friel et J. Barnes, *Litigation Funding, Getting the Deal Through*, 2017, p.9.

¹⁶¹ *Supra*, M. Steinitz, «Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding», Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011, pp. 1279; Lee Aitken, Before the High Court: «Litigation Lending After Fostif», 28 Sydney L. Rev. 171 (2006), pp.172-174.

¹⁶² Les États fédérés de l'Australie Ouest, Queensland et Tasmania et Northern Territory continuent à prohiber ces pratiques. Voir en ce sens Cento Veljanovski, «Third-party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p.406.

¹⁶³ Civil Justice Council, *The Future Funding of Litigation – Alternative Funding Structures 54* (2007), disponible sur www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/future_funding_litigation_paper_v117_final.pdf, cité dans M. Steinitz, «Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding», Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011, pp. 1279.

¹⁶⁴ *Id. Campbells Cash et Carry Pty. Ltd. c/ Fostif Pty. Ltd.*, [2006] HCA 41.

¹⁶⁵ *Mobil Oil Australia Pty. Ltd. c/ Trendlen Pty. Ltd.*, (2006) 229 ALR 51 (Austl.).

procédure, choisir l'avocat conseil et de régler le conflit avec les défendeurs avec pas moins de 75% du montant revendiqué. Le financeur s'engageait à assumer les coûts du procès en échange de 33% du montant reçu par le demandeur, ainsi que les dépenses légales ordonnées par la sentence arbitrale.¹⁶⁶ La Cour statuait par ce qui suit:¹⁶⁷

«La solution [au] problème [des coûts élevés des litiges] (s'il y en a un) ne se règle pas par le traitement des procès soutenus financièrement par les tiers différemment des autres procès. S'il y a un aspect particulier du problème qui doit être traité principalement dans des procès où un demandeur représente un tiers, cet aspect devrait être résolu, en première instance, par le biais des procédures qui sont applicables à ce genre de procès. Le problème ne se règle pas par l'identification d'une règle générale d'ordre public que le défendeur peut [à chaque fois] invoquer pour empêcher la détermination des revendications présentées contre lui».

125. La High Court a ajouté que les codes déontologiques et les règles gouvernant la représentation des parties dans les procès représentent une garantie contre les dangers traditionnels associés au financement par les tiers. Par respect du principe de l'autonomie des parties et la liberté contractuelle, la cour hésitait l'ingérence dans les accords de financement quand ces derniers sont conclus par des personnes *«majeures et capables, n'étant pas atteintes d'aucun vice»*.¹⁶⁸

126. L'affaire *Fostif* n'a pas considéré la position des autres États fédérés australiens qui adoptent toujours le *Champerty* et *Maintenance*. Une décision en 2014, dans l'espèce *Bolitho*, illustre clairement les circonstances dans lesquels les Cours australiennes sont devenues beaucoup plus préparées à intervenir dans la période post *Fostif*.¹⁶⁹ Dans *Bolitho*, le juge Ferguson a bien décidé que les avocats ayant des connections avec un financeur ne devront pas agir en tant que représentants des demandeurs dans une action de groupe, surtout dans les circonstances où le financeur est contrôlé par des entités appartenant aux avocats dans

¹⁶⁶ *Id. Fostif*, [2006] HCA 41, para 119.

¹⁶⁷ *Ibid.* para 95.

¹⁶⁸ *Ibid.* para 92, *«To ask whether the bargain struck between a funder and intended litigant is "fair" assumes that there is some ascertainable objective standard against which fairness is to be measured and that the courts should exercise some (unidentified) power to relieve persons of full age and capacity from bargains otherwise untainted by infirmity. Neither assumption is well founded».*

¹⁶⁹ *Bolitho v Banksia Securities Limited (No. 4)*, [2014] VSC 582.

l'espèce. Alors que la Cour n'a pas déterminé si les avocats ont violé des dispositions statutaires ou déontologiques spécifiques, la contrainte était nécessaire pour préserver la perception publique du principe de la bonne administration de la justice et de protéger l'intégrité du procès judiciaire.

127. Dans une autre espèce, *Taylor & Anor*, le juge Boddice a rejeté la demande de suspension de la procédure en raison de l'existence d'un financement provenant de l'assureur *Lexon*, citant que le financement ne peut être perçu comme un abus de droit. Il ajoute que la reconnaissance du financement des procès à mener à l'amélioration de l'accès en justice.¹⁷⁰ Cependant, dans un raisonnement audacieux, Boddice a statué que le contrôle par *Lexon* de la procédure, même si ce contrôle était raisonnable, forme une réelle possibilité que *Lexon* s'ingère dans l'administration du procès pour ses propres intérêts. Selon Boddice, cette ingérence existe dans les circonstances où les intérêts de la partie financée et ceux du financeur ne sont pas cohérents, ce qui crée un abus de procès qui nécessitant la suspension de la procédure judiciaire.
128. En matière de réglementation, en Australie, le tiers financeur n'est pas requis d'être habilité. En 2012, la High Court a déterminé que le financement est une opération de crédit, mais elle n'est pas un produit financier qui nécessite une licence quelconque de l'*Australian Financial Services License (AFSL)*.¹⁷¹ Une licence AFSL impose au licensier l'existence d'un capital adéquat, des obligations déontologiques et de transparence, ainsi que l'entraînement et la compétence des professionnels apprivoisant les services financiers.
129. Cette flexibilité législative et jurisprudentielle envers l'autorisation progressive du financement a été précédée par une série de lois promulguées par le législateur Australien, allant parfois jusqu'à l'approbation du financement dans les contentieux judiciaires.¹⁷² Dans son rapport rendu public en 2014 sur l'accès à la justice, le gouvernement australien a considéré que le procès est « lent et coûteux » et qu'il fallait promouvoir le financement par

¹⁷⁰ *Taylor & Anor v Hobson & Ors* [2016] QSC 226.

¹⁷¹ *International Litigation Partners Pte Ltd v Chameleon Mining NL (Receivers and Managers Appointed) and Ors* [2012] HCA 45. Voir, Corporation Act 2001 concernant l'exclusion du financement des produits financiers.

¹⁷² Ainsi, l'Australie du Sud autorise le financement en 1935 par le code *Criminal Law Consolidation Act*; Similairement à Victoria par la promulgation en 1958 des codes *Wrongs Act* et *Crimes Act*; New South Wales en 1993 par le code *Maintenance, Champerty and Barratry Abolition Act*, et Australian Capital Territory en 2002 par le *Civil Law Act*. De plus, la Commission Australienne pour les Titres et les Investissements (CATI) – *Australian Commission for Securities and Investment* - adopte le 22 Avril 2013 un règlement clarifiant le statut des financeurs envers les codes de CATI et la gérance des situations donnant lieu à des conflits d'intérêts.

les tiers comme remède aux coûts qui demeure sans plafond.¹⁷³

130. Afin de mettre le financement en pratique, le gouvernement fédéral a imposé à chaque financeur d'adopter un processus systématique interne pour détecter les situations de conflits d'intérêts dans toutes leurs transactions. Des sanctions pénales s'appliquent en cas de violation de ces dispositions.¹⁷⁴ Dans certaines situations, tel que les faillites, les cours exigent que des raisons valides existent pour l'approbation du financement des procès, notamment (i) les chances de succès, (ii) l'absence de tout abus de droit, (iii) la nature et complexité du procès, (iv) l'exploration par le syndic d'autres méthodes de financement, (v) les parts consenties en cas de recouvrement, ainsi que (vi) d'autres critères pour approuver le financement. Aussi, selon le rapport de 2014, l'acte de financement doit être révélé à la cour et à la partie adverse.¹⁷⁵
131. En ce qui concerne les coûts du procès, et depuis l'affaire *Knight* en 1992, les cours ont le pouvoir d'ordonner une partie tiers à payer les coûts du procès.¹⁷⁶ Il n'y a pas une catégorie précise pour ce type d'ordonnance, mais c'est plus précisément dans les circonstances où la partie financée a joué un rôle actif dans l'administration de la procédure et où cette dernière dispose d'un intérêt dans le procès. C'est dans l'affaire *Gore* en 2002, où la cour s'est fondée sur *Knight* pour confirmer l'autorité des juges étatiques d'ordonner un tiers financeur à payer les coûts de la partie adverse.¹⁷⁷ Une série de jurisprudence, notamment *Ryan Carter* en 2016, et la réforme apporté au droit de procédure civile en 2005, ont par la suite confirmé l'exercice par les cours de ces pouvoirs concernant les coûts depuis la décision *Knight* (1992).¹⁷⁸
132. La révélation de l'accord de financement suscite devant les cours les demandes de garanties de la part des parties non financées (*security for costs*).¹⁷⁹ Alors qu'il n'existe pas une obligation générale de révélation de l'accord de financement,¹⁸⁰ en cas d'existence d'un tiers

¹⁷³ Justice Report on the Productivity Commission of 2014, cité dans *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, S. Friel et J. Barnes, p.7.

¹⁷⁴ S. Friel et J. Barnes, *Litigation Funding, Getting the Deal Through*, 2017, p.7.

¹⁷⁵ Justice Report on the Productivity Commission of 2014, cité dans *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, S. Friel et J. Barnes, p.7.

¹⁷⁶ *Knight v F P Special Assets* (1992) 174 CLR 178.

¹⁷⁷ *Gore v Justice Corp Pty Ltd* [2002] FCA 354.

¹⁷⁸ *Ryan Carter and Esplanade Holdings Pty Ltd v Caason Investments Pty Ltd & Ors* [2016] VSCA 236. V. article 98 du Civil Procedure Act 2005 qui a conféré aux cours le pouvoir d'ordonner des coûts contre les parties et les tierces au procès.

¹⁷⁹ *Idoport Pty Ltd v National Australia Bank Ltd* [2001] NSWSC 744.

¹⁸⁰ Dans les actions de groupes devant la cour fédérale, le demandeur a l'obligation de révéler l'existence d'un financement. V. *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, S. Friel et J. Barnes, p. 9.

financier, la cour ordonne le dépôt d'une garantie contre le demandeur ou la partie financée.

133. Parmi les droits du financier, il est autorisé que ce dernier exerce un degré modéré de contrôle sur le choix de l'avocat. L'ingérence du financier dans la procédure est un rôle accepté et reconnu en Australie. Il est même commun de trouver des dispositions dans le contrat de financement garantissant ce pouvoir au financier. L'avocat s'engage de sa part à fournir au financier des rapports périodiques sur le développement du procès et les chances continues de ces succès. Le financier dispose aussi d'un droit d'ingérence durant le procès, en donnant des instructions à l'avocat sur l'administration de la procédure, mais ces instructions restent toutefois sujettes à l'approbation de la partie financée. L'avocat a toujours l'obligation d'agir selon les intérêts de son client et non du financier. Ce dernier a toujours le droit de suspendre son financement et d'annuler le contrat de financement sans cause. La validité de cette annulation est gouvernée par le droit des contrats australien.

§ 3. Singapour

134. Le financement par les tiers a été récemment autorisé par Singapour en 2017. Auparavant, les Cours refusaient l'autorisation du financement des procès quelles que soient les raisons justifiant cette pratique. Cette prohibition faisait en 2013 l'objet d'une décision d'un tribunal composé de trois membres et présidé par le Juge Sundaresh Menon, par laquelle un avocat a été condamné pour avoir conclu un contrat avec son client l'autorisant à revendiquer 40% de tout règlement ou décision lui octroyant une somme dépassant un montant de US\$ 276,000. Dans cette affaire, la partie financée a soumis une plainte auprès du Barreau de Singapour (Law Society of Singapore) dont l'avocat a plaidé coupable. Le Juge Menon décide ce qui suit:

*«Les règles qui interdisent les accords de Champerty sont prévues dans notre législation et elles ne peuvent être modifiées que par le Parlement. Quelles que soient les considérations justifiant ou autorisant ces accords, et à moins que ces règles ne soient modifiées par le parlement, elles contiennent des interdictions explicites. Toute violation en la matière reste grave et doit-être traitée en conséquence».*¹⁸¹

¹⁸¹ *Law Society of Singapore c/. Kurubalan s/o Manickam Rengaraju* [2013] SGHC 135, para 35.

135. Cependant, une lueur d'espoir est apparue en 2015, à travers une décision récente de la High Court dans l'affaire *Vanguard Energy*, selon laquelle le financement par les tiers a été déclaré admissible dans le contexte d'une procédure de liquidation. La Cour a considéré qu'un pouvoir statutaire existe, permettant au liquidateur de vendre les sommes envisagées d'un procès, sans l'application des doctrines *Champerty* et *Maintenance*.¹⁸² Selon la Cour:

«Section 272(2)(c) of the Act empowers liquidators to sell the immovable and movable property and things in action of the company. Section 328(1) sets out a statutory order of priorities in the payment of certain classes of preferred debts. Section 328(3) provides for equal ranking of debts within each class. Section 328(10) empowers the court to distribute assets recovered with funding provided by creditors, in a manner that is more advantageous to those creditors».

136. Plus généralement, la cour a considéré *in obiter dictum* dans *Vanguard Energy*, que le transfert de l'action ou des droits qui en résultent, peut ne pas être annulé par les cours, également si:

- a. Le transfert de l'action est accessoire au transfert d'une propriété ;
- b. La partie à laquelle l'action a été transférée dispose d'un intérêt légitime dans le résultat du contentieux;
- c. La réalisation de la justice n'est pas en risque à cause du transfert de l'action.

137. Alors que la décision dans l'espèce *Vanguard Energy*, n'est pas une décision déterminante et ne forme pas un *court precedent* en ce qu'elle est une décision de premier degré, son autorisation du financement, en dépit qu'elle reste limité aux cas de liquidation, signifie un revirement significatif et présente également une flexibilité envers les règles sur la prohibition du financement.

138. Dans le contexte législatif, un mouvement en faveur du financement se formait. En 2011, le Ministre de la Justice de Singapour, a publié un rapport (*consultation paper*) sollicitant les commentaires du grand public sur l'autorisation du financement par les tiers dans l'arbitrage

¹⁸² *Re Vanguard Energy Pte Ltd*, [2015] SGHC 156.

international.¹⁸³ Aussi, en juin 2016, le gouvernement a publié le projet d'amendements du Code civil et le 10 janvier 2017, le gouvernement a promulgué le *Civil Law (Amendment) Act (Bill No. 38/2016)*. Cette loi modifie la législation existante dans le but d'autoriser le financement par un tiers en arbitrage international et dans les procédures judiciaires annexes. Il est à noter que le financement devant les cours étatiques est toujours limité à Singapour.

139. En l'attente de cette législation nouvellement adoptée à Singapour, les règles d'arbitrage des investissements 2017 (en vigueur depuis le 1er janvier 2017) du centre d'arbitrage international de Singapour (Singapor International Arbitration Centre - SIAC) accordent au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner la révélation de l'existence d'un accord de financement par l'une des parties à la procédure, ainsi que l'identité du tiers financeur concerné et des détails supplémentaires sur la participation du financeur et son intérêt pour l'issue de l'affaire.
140. Le 31 mars 2017, le SIAC a également publié une directive sur la conduite des arbitres dans les affaires impliquant un financement externe. Cette directive comprend des normes de pratique et de conduite fournissant aux arbitres une clarté sur les questions relatives à leur indépendance et impartialité.
141. À leur tour, les cours peuvent ordonner un tiers à payer les coûts de l'arbitrage. Cependant, ces ordres sont exceptionnels et dépendent particulièrement de déterminer s'il existe une connection entre le tiers et le procès. Il nécessite aussi de déterminer si le financeur à causer la partie adverse à encourir ces coûts. Les cours ont plus explicitement décidé que leur pouvoir discrétionnaire d'ordonner un tiers à payer les coûts s'apprécie dans le cas où le tiers finance ou contrôle la procédure dans le but d'encourir un intérêt économique.¹⁸⁴ En ce qui concerne les procédures arbitrales ayant leur siège *lex arbitri* à Singapour, la compétence des tribunaux est limitée aux parties signataires de la clause d'arbitrage et ces tribunaux n'ont pas donc le pouvoir d'imposer les coûts aux tiers.
142. L'ordonnance concernant le dépôt d'une garantie *security for costs* figure aussi parmi le pouvoir des cours contre « *les parties intéressées, essayant leur chance en intentant des procès abusifs à travers des parties impécunieuses et qui laissent le défendeur, qui sort*

¹⁸³ Global Arbitration Review, «Singaporean Lawyer Suspended for Champerty», Douglas Thomas, 24 juillet 2013.

¹⁸⁴ *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, A. Henderson *et al.* p. 56.

victorieux, sans un droit effectif sur le remboursement de ces coûts ». ¹⁸⁵ Cette décision incite les cours à prendre en considération, dans l'exercice de leurs décisions sur les coûts, l'existence d'un financement et à imposer au demandeur les coûts de l'arbitrage et de la partie adverse. À la fin, il est préférable que le financement soit révélé au tribunal arbitral et la partie adverse.

§ 4. Hong Kong

143. Hong Kong a approuvé le financement par des tiers des arbitrages ayant Hong Kong pour siège *lex arbitri*, en adoptant le 14 juin 2017, la loi sur l'arbitrage et la médiation (*Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding)(Amendment) Bill 2016*). Ce développement est similaire à l'amendement de la loi au Singapour, au sens que la nouvelle législation vise à réglementer le financement qui fut interdit il y a quelque temps.
144. Historiquement, le financement des procès n'était pas permis devant les cours étatiques en raison des prohibitions historiques du *Champerty* et *Maintenance*. Ces deux pratiques sont pénalisées dans le Code pénal par l'emprisonnement. ¹⁸⁶ En 2007, l'espèce *Unruh* a introduit trois exceptions à ce principe: (i) dans les procès d'intérêt commun, concernant des parties tiers ayant un intérêt légitime dans le résultat du procès, (ii) en cas de manque d'accès à la justice, et (iii) dans des cas divers, tels que l'insolvabilité et les procédures de liquidation. ¹⁸⁷ Le financement des procès était autorisé uniquement dans l'une de ces exceptions, surtout la troisième catégorie qui est une procédure régulière au Hong Kong ¹⁸⁸ et, particulièrement, lorsqu'il existe un 'intérêt commercial légitime'. ¹⁸⁹
145. Il n'était pas clair si les doctrines *Champerty* et *Maintenance* s'appliquaient aux procédures arbitrales à Hong Kong. ¹⁹⁰ Dans *Cannonway Consultants*, la Cour de premier degré a statué que ces doctrines sont limitées aux contentieux étatiques ¹⁹¹ sans aucune confirmation à cet

¹⁸⁵ *Frantonios Marine Services Pte Ltd and anor c/ Kay Swee Tuan* [2008] 4 SLR(R) 224.

¹⁸⁶ Article 101 du *Criminal Procedure Ordinance*.

¹⁸⁷ *Unruh c/ Seeberger* [2007] 10 HKCFAR 31.

¹⁸⁸ *V. Re Cyberworks Audio Video Technology Ltd* [2010] 2 HKLRD 1137. *Chu Chi Ho Ian v Yeung Ming Kwong* [2014] HKEC 1901.

¹⁸⁹ *Jeffrey L Berman c/ SPF CDO I Ltd* [2011] 2 HKLRD 815; *Re Po Yuen (To's) Machine Factory Ltd* [2012] 2 HKLRD 752.

¹⁹⁰ *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, J. Copeman *et al.* p. 32.

¹⁹¹ *Cannonway Consultants Ltd c/ Kenworth Engineering Ltd* [1995] 1 HKC 179.

égard par la Cour d'appel dans l'espèce *Unruh*.¹⁹² Cela a changé en juin 2016 par l'adoption de cette nouvelle loi autorisant le financement par les tiers dans l'arbitrage.

146. Lorsque le financement est autorisé, la loi ne précise aucun plafond qui limite le droit de réclamation du financeur sur les sommes recouvrées. La nouvelle loi de 2017 stipule tout simplement la possibilité d'inclure dans l'accord de financement l'accord des parties sur la responsabilité du financeur envers les coûts. Cette responsabilité est donc facultative et dépend de la liberté contractuelle.
147. Alors qu'ils ne détiennent aucun droit sur le choix de l'avocat, les financeurs peuvent influencer l'identité de l'avocat de la partie financée par leur décision d'accorder ou de rejeter la demande de financement. En contrepartie, les cours peuvent ordonner aux financeurs de payer les coûts de la partie adverse (*adverse costs order*) selon les dispositions des règles de la cour supérieure.¹⁹³ La situation n'est pas la même en arbitrage, où les tribunaux n'ont pas la compétence pour ordonner à une partie non-signataire de la clause arbitrale, à payer les coûts de l'arbitrage. La même situation s'applique aux ordres concernant le dépôt des garanties (*security for costs*), puisque les cours n'ont pas le pouvoir d'ordonner au demandeur de déposer une garantie.¹⁹⁴
148. Enfin, la nouvelle réforme législative oblige la partie financée (Article 98T) à révéler l'accord de financement et l'identité du financeur, ainsi que la date du commencement du financement, *inter alia* avant ou après le début de l'arbitrage. Cette disposition a été consacrée depuis juin 2016, par une décision de la cour d'appel ordonnant aux demandeurs de révéler leurs modalités de financement. L'accord de financement avait été préalablement révélé pour justifier une demande *ex parte* des demandeurs d'extension de la période de service du procès.¹⁹⁵ Ces derniers étaient en vue de sécuriser un financement externe, ce qui a également tarder le service de leur procès. Cette décision n'avait pas créé une obligation de révélation, puisque son raisonnement était *obiter dictum*, mais qui a ultérieurement constitué le fondement de la disposition de l'article 98T de la nouvelle loi.

¹⁹² *Unruh v Seeberger* [2007] 10 HKCFAR 31. V. aussi, *Winnie Lo c/ HKSAR* (2012) 15 HKCFAR 16.

¹⁹³ Order 62, Rule 6A, Rules of the High Court et sections 52A et 52B du High Court Ordinance.

¹⁹⁴ Order 23, Rule 1, Rules of the High Court.

¹⁹⁵ *Enrich Future Ltd c/ Deloitte Touche Tohmatsu*, HCCL 10/2011, 22 juin 2016.

§ 5. Les États-Unis

149. Le financement par les tiers est relativement un nouveau sujet aux États-Unis, mais une série de jurisprudence révèle que le financement est accepté par les cours américaines. Cette jurisprudence, on le verra, a protégé la confidentialité de l'accord du financement, a décidé que la participation du financeur dans la procédure ne constitue pas une ingérence inadmissible dans la relation entre l'avocat et son client et que le droit de réclamation du financeur n'est pas de l'usure. La valeur et l'admission du financement aux États-Unis ne peut être meilleure décrite que dans *Hamilton Capital*. La cour a décidé qu'il est « *d'ordre public de donner accès à la justice à tous nonobstant leur impécuniosité* » et que les coûts du procès peuvent parfois prévenir d'établir la justice contre les « *malfaiteurs nantis* ». ¹⁹⁶
150. Vu la diversité du système américain, où chaque État fédéré promulgue ses propres lois, on prend New York comme exemple pour analyser le développement et la pratique du financement, ainsi que les lois fédérales dans la mesure où la loi de New York est silencieuse.
151. La loi New Yorkaise prohibe le *Champerty*, ¹⁹⁷ mais aucune décision des cours n'a considéré que le financement des procès soit du *Champerty*. Même si cette prohibition est imposée, l'amendement introduit en 2004 sur la loi prohibant le *Champerty* offre une exception sur la prohibition du financement, et ce quand l'investissement dépasse les US\$ 500,000. ¹⁹⁸ Cette exception sert à protéger presque tous les accords de financement puisque les coûts d'une procédure arbitrale dépassent généralement ce plafond. Par exemple, l'investissement dans la majorité des actions de groupe dépasse le plafond des US\$ 500,000. ¹⁹⁹
152. Puisque le financeur n'a pas un droit de réclamation définitif, le financement est traité comme étant un transfert ou une vente des recouvrements éventuels et donc les sommes transférées par le financeur ne sont ni soumis aux dispositions relatives à l'usure, non plus sujettes aux

¹⁹⁶ *Hamilton Capital VII LLC I v Khorrami LLP*, No. 650791/2015, 2015 WL 4920281, at *5 (NY Sup Ct 17 August 2015).

¹⁹⁷ *Justinian Capital SPC v WestLB AG*, No. 155, 2016 WL 627007 (NY 27 Octobre 2016). *Trust for the Certificate Holders of the Merrill Lynch Mortgage Investors Inc v Love Funding Corp*, 13 NY3d 190 (NY 2009).

¹⁹⁸ V. NY Judiciary Law 489(2). *Id. Justinian Capital SPC*.

¹⁹⁹ *Kaplan v SAC Capital Investors LP*, No. 12-CV-9350-VM-KNF, 2015 WL 5730101 (SDNY 10 septembre 2015), où les demandes ont dépassé les US\$ 680 Million et les coûts, certes, n'étaient pas limités à ce plafond.

intérêts applicables sur les prêts.²⁰⁰

153. Le financeur exerce aussi une influence indirecte sur le choix de l'avocat. D'un point de vue juridique et éthique, il revient à la partie financée de choisir son avocat et d'exercer son contrôle sur la procédure, mais la pratique dicte que le financeur a tous les droits de refuser d'investir s'il n'est pas d'accord sur le choix de l'avocat exercé par la partie financée (New York Rules of Professional Conduct NYRPC 1.2). Certes, l'avocat est un facteur important qui affecte la décision du financeur. Un demandeur doit ainsi s'attendre à ce que le financeur insiste sur un avocat qui a de l'expérience nécessaire dans tel ou tel conflit, mais il se peut que le financeur impose une catégorie de facteurs sans pour autant insister sur l'identité de l'avocat. Une fois l'avocat choisi, c'est ce dernier qui contrôle la procédure avec le consentement de son client. Dans tous les cas, le financeur a tous les droits d'arrêter le financement et d'annuler le contrat selon les dispositions de l'accord du financement, qui stipule généralement les conditions dans lesquelles ces droits peuvent être exercés.²⁰¹
154. Alors qu'aucune jurisprudence n'existe qui condamne le financeur à payer les coûts de la partie adverse, la pratique exige que l'accord de financement stipule si le financeur a l'obligation de verser ces coûts, chaque fois qu'ils sont ordonnés par la cour ou un tribunal arbitral. Cependant, la présence du financement n'influence pas les cours à octroyer une garantie. Selon les règles applicables, la garantie est calculée à la base du montant des dommages potentiels qui seront encourus par une partie ordonnée à octroyer cette garantie et non à la base des ressources financières ou l'impécuniosité des parties.²⁰²
155. La partie financée est protégée par la loi New Yorkaise contre toute demande de révélation de l'accord de financement. Mais la partie adverse peut contraindre la divulgation de cet accord dans les cas où la cour détermine que l'accord est pertinent au procès. Une seule décision existe à cet égard dans l'espèce *Kaplan*, refusant de contraindre une partie à divulguer son financement. La cour a considéré que cet accord n'est pas pertinent pour déterminer si l'avocat de la partie financée est compétent et dispose de l'expérience dans l'administration

²⁰⁰ *V. New York City Bar Association's Committee on Professional Ethics (NYCBA) opinion formelle 2011-2; Lynx Strategies LLC v Ferreira* 957 NYS 2ed 636 (NY Sup Ct 2010) (l'investissement d'un tiers contre le droit de réclamation éventuelle n'est pas une usure). Mais voir *Echeverria v Estate of Lindner*, 2005 NY Slip Op 50675(u) in 4-5 (Sup Ct Nassau County 2005) (le financement est un « prêt », non pas un investissement, parce que l'exercice du droit de réclamation était certain (...) il est ainsi de l'usure).

²⁰¹ *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, D.-G. Liston *et al.* p. 62.

²⁰² *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017, D.-G. Liston *et al.* p. 63.

des actions de groupe.²⁰³ Toutefois, une partie financée peut être ordonnée à divulguer certaines informations sur son financement, par exemple l'identité du financeur et l'étendue de son financement.²⁰⁴

156. En dépit du manque de réformes législatives, les cours américaines ont prononcé une série de décisions qui marquent l'évolution de la jurisprudence depuis l'application des doctrines *Champerty* et *Maintenance* (A). Cette activité jurisprudentielle, moteur des lois américaines, a divisé la doctrine aux États-Unis entre ceux soutenant le financement des procès et ceux y opposant sa pratique (B).

A. Une jurisprudence en évolution

157. L'application et les limites de l'ordre public national continuent à fomentier des convergences entre les Cours Américaines des États fédérés. Pour certaines, les exigences d'ordre public justifient la révocation de tout accord permettant à un financeur, n'ayant aucun intérêt légitime, de se mêler du processus judiciaire. Ainsi, la Cour Suprême du Nevada décide en 1971 ce qui suit:²⁰⁵

« Le soutien [maintenance] du procès par un tiers était, et le fut toujours, illégal sauf si la personne soutenant [maintaining] le procès dispose d'un intérêt quelconque au sujet de ce procès ».

158. La question de l'intérêt du financeur a été de nouveau soulevée par la Cour d'appel du Minnesota qui a décidé que:²⁰⁶

« L'accord dans lequel le répondeur n'avait aucun intérêt autrement, et quand il n'est point lié à la partie qui l'assiste, relève du Champerty et est nul puisqu'étant contraire à l'ordre public ».

²⁰³ *Kaplan v SAC Capital Investors LP*, No. 12-CV-9350-VM-KNF, 2015 WL 5730101 (SDNY 10 septembre 2015).

²⁰⁴ *In re Nassau County Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 24 juin 2003, 4 NY 3d 665, 678-79 (NY 2005) (l'information concernant le paiement des coûts par un tiers n'est pas protégée par une obligation de confidentialité).

²⁰⁵ *Lum c/ Stinnett*, 87 Nev. 488 P.2d 347, 350 (1971). Cette décision a été reproduite en 1997 par la même Cour dans l'affaire *Schwartz c/ Eliades*, 939 P.2d 1034, 1036 (Nev. 1997).

²⁰⁶ *Johnson c/ Wright*, 682 N.W.2d 671, 678 (Minn. Ct. App. 2004).

159. Au Delaware, la Cour suprême maintenait sa position précédente contre l'autorisation de la doctrine du *Champerty* en décidant qu'en vertu du *common law*, un accord relève du *Champerty* chaque fois qu'un successeur n'avait aucun intérêt, en droit ou en équité, dans un procès qui lui a été transféré.²⁰⁷

« Il est le devoir du tribunal de rejeter un procès dans lequel les éléments de preuve démontrent que le transfert du procès relevait du *Champerty* ».

160. D'autres cours demeurent plus flexibles en adoptant une voie médiane consistant en l'examen initial de la validité de l'accord de financement à la lumière des lois applicables, et évitent tout rejet catégorique d'un financement pour des justifications d'ordre public. L'examen, tel que appliqué par la Cour d'appel de New York en 2000 dans l'affaire *Bluebird Partners*, dérive d'une simple analyse des lois de l'État de New York pour savoir si un accord de financement quelconque relève du *Champerty*.²⁰⁸ Ce test impose qu'un accord de financement du procès soit conclu pour [la] raison d'intenter une action en justice et que le contentieux soit le facteur majeur derrière le financement de ce procès.²⁰⁹

161. Il apparaît que ce test a été développé pour prendre compte des intérêts de l'économie de marché et pour la protection des transactions complexes.²¹⁰ Il est à noter que l'adoption de cet examen dans l'État de New York, n'a pas aboli mais a plutôt limité les restrictions à la conclusion des accords relevant du *Champerty*.

162. Cependant, l'abolition des *Champerty* et *Maintenance* a effectivement eu lieu en Floride, où la Cour d'appel a décidé dans l'affaire *Kraft*, qu'un accord de prêt, dont les intérêts dépendaient de niveaux de collectes différents, est valide.²¹¹

163. En 2006, la Cour du Texas a de même considéré que, en l'absence de preuves que les accords de financement prolongent les contentieux, ces derniers ne sont pas contraire à l'ordre public

²⁰⁷ *Hall c/ State*, 655 A.2d 827, 829–30 (Del. Super. Ct. 1994).

²⁰⁸ *Bluebird Partners, L.P. c/ First Fid. Bank, N.A.*, 709 N.Y.S.2d 865, 870 (2002), para 736 (citant *Sprung c/ Jaffe*, 3 N.Y.2d 539 (1957)).

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Ronald L. Cohen et Robert M. Schwartz, «*Champerty and Claims Trading*», *ABI Law Review*, Vol. 11:197, p. 208.

²¹¹ *Kraft c/ Mason*, 668 So.2d 679 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

tel qu'il est appliqué au Texas.²¹² En général, le *Champerty* n'est pas catégoriquement interdit au Texas.²¹³

164. La Cour Suprême Judiciaire du Massachusetts aborde la même direction envers l'autorisation du financement en décidant en 1997 dans l'affaire *Saladini*, ce qui peut être considéré comme une évolution majeure vers la reconnaissance du *Champerty*:²¹⁴

«Cette doctrine n'est plus requise pour se protéger contre les démons que l'on craignait auparavant, tels que la spéculation des procès, les procès abusifs, ou la capacité financière d'une partie ayant une forte position de négociation.»

Dans la mesure où nous continuons à avoir les préoccupations que la doctrine de Champerty a sensé résoudre, nous concluons qu'il est préférable de s'adresser directement à ces derniers plutôt que de tenter de remodeler une doctrine ancienne aux circonstances modernes. Comme le juge Holmes disait il y a un siècle: Il est indigne de ne pas constater une meilleure raison que celle là pour une règle de droit qui été prévue à l'époque d'Henri IV. Il est encore plus indigne que les motifs à la base desquels cette doctrine a été prévue ont disparu depuis longtemps, mais la règle persiste tout simplement pour l'imitation du passé».

165. La Cour Suprême de la Caroline du Sud a adopté en 2000 le même raisonnement que celui de l'affaire *Saladini*, spécifiant à son tour que:²¹⁵

«La doctrine du Champerty n'est plus requise pour prévenir les démons qui lui sont traditionnellement associés et tels qu'ils se sont développés en période médiévale».

166. La prohibition des deux doctrines fut aussi libéralisée dans les autres États fédérés.²¹⁶ À

²¹² *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. c/ Haskell*, 193 S.W.3d 87, 104-05 (Tex. App.-Houston [1st Dist.] 2006).

²¹³ *Schick c/ Berg*, 2004 U.S. Dist. Lexis 6842 (S.D.N.Y. Apr. 20 2004), confirmé par 430 F.3d 112, 2005 U.S. App. Lexis 24671 (2d Cir. N.Y. 2005).

²¹⁴ *Saladini c/ Righellis*, 426 Mass. 231, 1997, pp. 235-236. La citation du Juge O.W. Holmes est apparue dans son article *The Path of the Law*, 10 Harv.L.Rev. 457, 469, 8 Janvier 1897.

²¹⁵ *Osprey, Inc. c/ Cabana Ltd. Partnership*, 532 S.E.2d 269, 279, (S.C. 2000). Voir, Lawrence S. Schanber and Thomas G. Appleman, «Third-Party litigation funding in the United States», *Revista De Arbitragem E Mediação* 2012 – Rarb 32.

²¹⁶ *Ibid*, Lawrence S. Schanber and Thomas G. Appleman, «Third-Party litigation funding in the United States».

présent, plus de la moitié des États fédérés de l'Amérique autorisent le financement²¹⁷ sous prétexte que le respect du principe de l'accès à la justice pèse plus que les exigences d'ordre public.²¹⁸

167. Cette activité jurisprudentielle des cours américaines enrichit certes le débat sur le financement des procès, mais ce débat devient de plus en plus polarisé à un point que l'absence de position claire et commune sur l'autorisation du financement commence à retarder le développement de ce marché.

B. Une doctrine divisée

168. Au-delà du contexte jurisprudentiel, la doctrine en Amérique prend des positions divisées au sujet du financement par les tiers. D'une part, des groupes de pression exercent des efforts pour le passage des lois autorisant l'institution du financement,²¹⁹ alors que d'autres travaillent pour maintenir le financement hors du système judiciaire.²²⁰ À titre d'exemple,

²¹⁷ *Id.* Anthony J. Sebok, «The Inauthentic Claim», 122, «(...) until we now have a situation where almost half of the jurisdictions in the United States allow some form of profit maintenance, and a few arguably have lifted all restrictions on maintenance under their common law, to the point where even antisocial forms of maintenance (malice maintenance) are treated as a species of abuse of process, malicious prosecution, tortious interference with economic advantage, or prima facie tort».

²¹⁸ Stephen Gillers, «Waiting for Good Dough: Litigation Funding Comes to Law», 43 Akron L. Rev. (2010), p. 13-17, dans laquelle l'auteur analyse les fondements des différentes argumentations avancées contre le financement, et qui relèvent généralement de l'ordre public, disponible sur <http://waynedeu.uakron.edu/dotAsset/1034461.pdf>.

²¹⁹ Binyamin Appelbaum, «Lobby Battle Over Loans for Lawsuits», N.Y. Times, 9 mars 2011. Tel est le cas à New York, Alabama, Kentucky, Indiana, Tennessee et Maryland.

²²⁰ J. Beisner, J. Miller et G. Rubin, «Selling Lawsuits, Buying Trouble - Third-Party Litigation Funding in the United States», US Chamber Institute for Legal Reform, octobre 2009. En Mississippi et Illinois, les pratiques du *Champerty* et *Maintenance* sont toujours prohibées *de jure*. Ces prohibitions peuvent provenir de deux sources : le Common Law ou les Statuts. Le Code du Mississippi stipule le suivant (Miss. Code Ann. § 97-9-11 (2013) : «*It shall be unlawful for any person, firm, partnership, corporation, group, organization, or association, either incorporated or unincorporated from this state or any other state, either before or after proceedings commenced: (a) to promise, give, or offer, or to conspire or agree to promise, give, or offer, (b) to receive or accept, or to agree or conspire to receive or accept, (c) to solicit, request, or donate, any money, bank note, bank check, chose in action, personal services, or any other personal or real property, or any other thing of value, or any other assistance as an inducement to any person to commence or to prosecute further, or for the purpose of assisting such person to commence or prosecute further, any proceeding in any court or before any administrative board or other agency, regardless of jurisdiction; provided, however, this section shall not be construed to prohibit the constitutional right of regular employment of any attorney at law or solicitor in chancery, for either a fixed fee or upon a contingent basis, to represent such person, firm, partnership, corporation, group, organization, or association before any court or administrative agency.*».

En Illinois la prohibition est moins généralisée puisqu'elle autorise le financement pour des raisons philanthropiques (720 ILCS 5/32-12): «*If a person officiously intermeddles in an action that in no way belongs to or concerns that person, by maintaining or assisting either party, with money or otherwise, to prosecute or defend the action, with a view to promote litigation, he or she is guilty of maintenance and upon conviction shall be fined and punished as in cases of common barratry. It is not maintenance for a person to maintain the action*».

quand la Cour Suprême d'Ohio affirmait par sa décision en 2003 dans l'affaire *Rancman* la restriction traditionnelle contre l'assistance financière des procès, une nouvelle loi fut passée ultérieurement mettant fin à l'interdiction de cette pratique.²²¹

169. En 2010, le centre de recherche américain "*RAND Corporation*", a publié un rapport préparé par Steven Garber sur les modes alternatifs de financement aux États-Unis, dans lequel il aborde le sujet du financement par les tiers et prend une position en faveur du financement et l'abandon des doctrines *Champerty* et *Maintenance*.²²² Dans son rapport, Garber fait allusion au Rapport Jackson, largement favorable au financement sans considération du contexte juridique dans lequel il s'applique. Garber considère que ce contexte est important et qu'il est douteux qu'une seule réglementation gouvernant tous les aspects des modes alternatifs de financement des procès devienne largement efficace dans la promotion de l'institution judiciaire ou arbitrale.²²³
170. De même, Garber insiste sur les exigences nationales appliquées dans chaque jurisprudence étrangère qui ne sont pas nécessairement similaires à celles qui sont appliquées aux États-Unis, tel le principe du perdant paie en Angleterre. Il ajoute qu'en raison de l'ignorance de l'effet du financement alternatif des procès sur l'administration de la justice, il est mieux, pour les législateurs, de limiter leurs interventions en adoptant des réglementations «robustes».²²⁴ Ces réglementations devront avoir deux caractéristiques: d'abord éviter tout contrôle rigide susceptible d'entraver le développement du financement; en outre, limiter leurs effets aux incidents que soulève le financement envers l'administration du procès, laissant par conséquent au marché la charge de résoudre les autres vices à caractère incertain.²²⁵

of his or her relative or servant, or a poor person out of charity». Voir, American Bar Association Commission on Ethics 20/20, «White Paper on Alternative Litigation Finance», p. 10-11, publié en octobre 2011.

²²¹ Ohio Revised Code Ann. §1349.55 (West 2013) «Non-recourse civil litigation advance contracts» sur la protection des consommateurs, disponible sur <http://codes.ohio.gov/orc/1349.55>; contra *Rancman c/. Interim Settlement Funding Corp.*, 789 N.E.2d 217, 220 (Ohio 2003); Voir, *id.* Stephen Gillers, «*Waiting for Good Dough: Litigation Funding Comes to Law*», 43 Akron L. Rev. (2010), p. 2; Cassandra Burke Robertson, «The impact of third-party financing on transnational litigation», Case Western Reserve University, School of Law, Case Research Paper Series in Legal Studies, working paper 2011-32, Nov. 2011, p.9 (bas de page n° 41), disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1966202>.

²²² S. Garber, «Alternative Litigation Financing in the United States - Issues, Knowns and Unknowns», RAND Corporation, Occasional Paper - 2010, disponible sur http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional_papers/2010/RAND_OP306.pdf.

²²³ *Ibid.* S. Garber, pp.45.

²²⁴ *Ibid.* sommaire pp. xi.

²²⁵ *Ibid.*

171. Alors que le rapport Garber présente en général une approche en faveur du financement des procès, il existe pourtant des positions renonçant à toute action introduite en justice par le biais d'un investisseur étranger, ne disposant d'aucun intérêt commercial légitime. Ainsi, l'institut pour la réforme légale de la chambre de commerce des États-Unis a publié, en 2009, un rapport préparé par le cabinet américain Skadden, qui présente une image plutôt sceptique sur les effets du financement. Selon les termes du rapport, le financement « *joue un rôle visible - et de plus en plus nuisible - dans les contentieux aux États-Unis* ». ²²⁶ Selon le rapport, le développement du financement crée des risques importants, spécifiquement dans le contexte des actions de groupe.
172. Le rapport tente de décrire la problématique derrière le financement. Selon le rapport, le problème se concrétise par la présence d'un étranger dans la relation traditionnellement privilégiée entre l'avocat et son client. Ce tiers n'est pas obligé de respecter les obligations fiduciaires que l'avocat s'efforce d'appliquer envers son client. Il n'a qu'un intérêt d'ordre financier qu'il dispose dans l'action dans laquelle il investit. ²²⁷ Cela pourra éventuellement ébranler cette relation entre avocat et client en fonction de la nouvelle réalité que l'étranger impose, notamment sur le partage des informations confidentielles et les conflits d'intérêts attribués à sa présence. ²²⁸ Le rapport finit par recommander la prohibition du financement aux États-Unis, notamment toute action intentée à titre collectif afin d'empêcher tout abus du procès. ²²⁹
173. Cette controverse jurisprudentielle et doctrinale est loin d'être résolue aux États-Unis. En dépit des efforts de la grande majorité des Cours des États fédérés pour autoriser le financement, ce marché qui est toujours en cours d'expansion apportera peut-être de nouvelles réalités incitant un changement de positions par la promulgation de réglementations conformes aux exigences de l'ordre public américain. ²³⁰
174. La position du *common law*, tel que élucidée dans les systèmes ci-dessus, envers le financement des procès, reste controversée. Alors que l'Australie est le système le plus

²²⁶ *Id*, John Beisner, Jessica Miller et Gary Rubin, «Selling Lawsuits, Buying Trouble – Third Party litigation funding in the United States», US Chamber of Commerce, Institute for Legal Reform, octobre 2009, pp.1.

²²⁷ *Ibid.* pp.2.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ En effet, depuis l'an 2013, plusieurs lois ont été présentées dans plusieurs États fédérés sur le règlement du marché du financement des procès. *Voir* Victoria Shannon, «Recent Developments in Third-Party Funding», *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2013 Volume 30 Issue 4) pp. 443 - 452.

favorable au financement, il ne représente pas cependant le marché économique le plus important pour les financeurs, tel que le marché américain (berceau des contentieux les plus nombreux et système judiciaire le plus grand), ou l'Angleterre (berceau du *common law* et de la cour commerciale, *High Court*, qui est l'une des cours les plus fréquentées au monde). Il reste donc à voir si ces deux systèmes suivront la voie de Singapour et de Hong Kong par l'autorisation officielle du financement. En ce qui concerne les pays civilistes, certains ont déjà été les protagonistes dans la validation du financement, allant même jusqu'à statuer sur la nature du contrat de financement.

Sous-section 2: Le financement dans les pays de droit civil

175. À part l'Australie, les États-Unis et l'Angleterre, qui conjointement forment la majorité du marché global du financement, cette pratique s'est aussi répandue dans la majorité des pays Européens de droit civil,²³¹ parmi lesquels l'Allemagne où l'institution du financement s'est récemment développée de manière professionnelle. C'est ainsi que de nombreux fonds d'investissement s'intéressent désormais à ce marché.
176. Dans ce qui suit, sera conduite une analyse qui révèle la position des systèmes français (§ 1), allemand (§ 2), suisse (§ 3) et du Moyent-Orient (§ 4) en matière de financement.

§ 1. La France

177. En dépit d'une croissance significative du nombre des demandes de financement et des procès financés,²³² le financement par les tiers n'est pas un modèle qui est entièrement appréciée et connue par les justiciables.²³³ Une décision isolée de la jurisprudence française dans l'affaire *Foris* est suffisante pour confirmer l'adoption de la loi française des pratiques du financement.²³⁴ Non seulement la Cour d'appel de Versailles s'est abstenue de décider sur la validité du financement, mais elle a aussi qualifié ce contrat comme étant un contrat « *sui generis, connu dans les systèmes germaniques* ».²³⁵

²³¹ À l'exception de la Grèce et le Portugal, voir Lovells LLP, «At what cost ? A Lovells Multi Jurisdictional Guide to Litigation (2010)», disponible sur <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/c940bb4b-a67f-4e63-a5b8-ced6198b2125/Presentation/PublicationAttachment/fff33267-29d5-4230-a140-cf2eeb7d4a05/LitigationCostsReport.pdf>

²³² P. Dunham *et al*, «Third-party funding snapshots: France», *Global Arbitration Review*, 22 mars 2012.

²³³ D. Mondolini, *Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur ?*, in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 361.

²³⁴ Cour d'Appel de Versailles, 12ème chambre section 2, arrêt n° RG: 05/01038 du 1 juin 2006.

²³⁵ Voir *infra*, sur la qualification du contrat de financement.

178. En l'absence d'une décision claire sur la validité du financement, la Cour de cassation rend le 23 novembre 2011, une décision qui a officiellement marqué l'approbation du financement en France.²³⁶ En l'espèce, un homme se proposa d'aider une veuve à mener pour son compte toutes les procédures judiciaires nécessaires, d'en avancer et d'en supporter les coûts, afin qu'elle puisse récupérer le capital garanti par le contrat d'assurance-vie souscrit par son défunt mari, dont elle avait été dépossédée. Elle s'engagea donc, par acte 'sous seing privé', à lui verser en cas de succès 30% des sommes recouvrées.
179. Après le succès de la procédure, la légataire, refusant d'honorer ses obligations, avait demandé une réduction judiciaire de la somme convenue avec le tiers. La Cour de cassation annule l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles au visa de l'article 1134 du Code Civil,²³⁷ condamnant l'héritière à verser la totalité des sommes dues. Selon la Cour de Cassation, l'aléa supporté par un tiers quelconque ne fait pas obstacle à la réduction éventuelle de la rémunération convenue.²³⁸ Chacune des parties ayant accepté de courir un risque, aucune d'elles ne peut prétendre être lésée quoi qu'il advienne: l'aléa chasse la lésion.²³⁹ Cependant, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence passée, selon laquelle les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de la révélation d'une succession en contrepartie d'honoraires, réduire ces derniers lorsque ceux-ci paraissent être exagérés au regard du service rendu.²⁴⁰ Ainsi, la décision de la Cour d'appel a été annulée pour n'avoir pas examiné si cette rémunération envisagée n'était pas excessive au regard du service rendu.²⁴¹
180. Là aussi, comme c'était le cas dans l'affaire *Foris*, la Cour de cassation s'abstenait de décider sur la validité de l'accord de financement, à défaut d'une demande soulevée à cet effet par la légataire. Mais il a ainsi été confirmé que le financement ne soulève pas, tel qu'aux États-

²³⁶ Cour de Cassation - première chambre civile, arrêt n° 1144 du 23 novembre 2011 (10-16.770).

²³⁷ Selon l'Article 1134: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*».

²³⁸ Cour de Cassation - première chambre civile, arrêt n° 1144 du 23 novembre 2011 (10-16.770).

²³⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, coll. «Précis», 2009, n°69.

²⁴⁰ Cour de cassation, - ch. civ. 1, arrêt du 5 mai 1998 (96-14.328).

²⁴¹ Une partie de la doctrine commentant sur cette affaire a considéré l'accord de financement comme un contrat de service, puisque le tiers avait organisé et pris en charge l'affaire en apportant un soutien moral à la demanderesse, *id.*, Colloque sur Le financement de contentieux par un tiers, E. Bertrand, *La pratique contractuelle*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 169. Il en est de même sur le contrôle de l'affaire, où le tiers s'est engagé à mener pour le compte de l'héritière toutes les procédures judiciaires nécessaires pour faire valoir ses droits. Effectivement, le tiers a contacté un avocat, a cherché un expert et a préparé la saisine des juridictions de la plainte qui a permis de révéler la fraude commise pour priver l'héritière de ses droits.

Unis, une question d'ordre public, suscitant l'intervention de la cour de son propre gré, pour annuler une pratique contraire aux règles d'éthique et à l'administration de la justice.

181. Plus récemment, le conseil de l'Ordre des avocats de Paris venait confirmer par une résolution rendue publique le 4 mai 2017,²⁴² que le financement de l'arbitrage par les tiers n'est pas contraire aux lois françaises et ne crée aucune violation des normes d'éthique. En revanche, il constitue un développement positif pour l'accès à la justice arbitrale.²⁴³ La résolution stipule : « *La pratique du financement des procès par les tiers est favorable à l'intérêt des justiciables et des avocats inscrits au barreau de Paris, particulièrement dans les arbitrages internationaux. Aucune disposition de droit français ne s'oppose à ce qu'une partie puisse recourir aux services d'un tiers pour financer une procédure d'arbitrage international* ».
182. Alors que les contrats types de financement, on le verra, donnent à l'avocat la capacité de recevoir ses instructions de la seule partie financée, la résolution venait confirmer ces clauses contractuelles en obligeant l'avocat à s'abstenir de communiquer au tiers financeur tout type d'information concernant l'espèce qu'il traite. Les contrats de financement imposent généralement à la partie financée l'obligation d'instruire son avocat à fournir au financeur toute information concernant le procès et la procédure.²⁴⁴ Cette obligation d'information est maintenant prohibée par la résolution de l'Ordre et un avocat admis à l'Ordre est donc invité à refuser de fournir toute information au financeur.
183. La résolution a de même statué sur la divulgation de l'accord de financement, incitant l'avocat de la partie financée à encourager son client à révéler aux arbitres l'existence d'un financement et mettre son client en garde contre les éventuelles conséquences que ce défaut de révélation est susceptible d'entraîner, en particulier la nullité de la sentence et les obstacles à son exécution en cas de découverte tardive de liens entre le financeur et un arbitre.²⁴⁵ On peut supposer le cas de l'arbitre statuant dans une procédure financée par un investisseur, qui est (l'arbitre) aussi l'avocat d'une partie financée par le même investisseur dans une autre procédure arbitrale ou judiciaire; l'autre hypothèse est celle d'un fonds finançant plusieurs

²⁴² La résolution a été adoptée à la séance du Conseil de l'Ordre du 21 février 2017.

²⁴³ Benjamin Button-Stephens, «Paris Bar approves third-party funding», *Global Arbitration Review*, 4 mai 2017.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ Aren Goldsmith, «Commentary: French Think Tank Releases Noteworthy Report On Third Party Litigation Funding», *Cahiers de l'arbitrage*, 3 avril 2014.

arbitrages et de l'arbitre apparaissant dans plusieurs arbitrages financés par ce fonds; la question du courant d'affaires pourrait alors être posée.²⁴⁶

184. La résolution appelle aussi l'avocat à distinguer entre le financeur actif ou passif et à veiller à ne pas mettre en œuvre des instructions provenant de la part du tiers financeur qui ne seraient pas avalisées par son client, sauf à créer une situation de conflit d'intérêts. L'« *active funding* » en France ne paraît donc pas comme étant une approche facile, voire valide, du financement des procès.
185. Outre le financement direct des procès par les tiers, les compagnies d'assurance offrent aussi en France une forme de financement des procès, mais elles sont inerdites de revendiquer une part des montants recouverts.

§ 2. L'Allemagne

186. Le financement par les tiers est apparu en Allemagne en 1999.²⁴⁷ Il n'est pas gouverné ou réglementé par aucune autorité publique puisqu'il échappe à toute qualification financière ou autre, tel que le marché qui lui-même est réglementé par des autorités financières fédérales (*Federal Financial Supervisory Authority – BaFin*). Il y a trois financeurs en Allemagne qui contrôlent 90% de ce marché. Ce sont ROLAND ProzessFinanz AG en Cologne, FORIS AG à Bonn et LEGIAL AG à Munich. Aucun financeur hors de l'Allemagne ne partage une part du marché allemand.
187. Le financement par les tiers n'a jamais été contesté et il est entièrement reconnu et accepté. En fait, la jurisprudence a même qualifié l'accord de financement comme étant un partenariat entre la partie financée et le financeur, selon les dispositions du Code civil allemand.²⁴⁸ Similaire aux cas dans d'autres systèmes judiciaires, le tiers financeur n'est pas autorisé à fournir un service juridique. Ainsi, les dispositions statutaires prohibant les avocats d'avoir une part des sommes recouvrées *pactum de quota litis* n'est pas applicable aux financeurs. Alors que la jurisprudence est rare sur le sujet du financement, une décision de la cour régionale de Munich a confirmé qu'une part de 50% des sommes recouvrées était justifiée, puisque le financeur s'est engagé à financer une partie après que la procédure avait été

²⁴⁶ Rapport du groupe de travail accompagnant la résolution de l'Ordre des Avocats de Paris sur le financement de l'arbitrage par les tiers, 21 février 2017.

²⁴⁷ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, E. Eversberg *et al.* p. 29.

²⁴⁸ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, E. Eversberg *et al.* p. 29.

déclenchées auprès des cours allemandes.²⁴⁹ La pratique impose donc que le plafond de recouvrement ne dépasse pas les 50% afin d'éviter qu'il soit contraire à l'ordre public.

188. Cela étant dit, les financeurs n'influencent pas le choix de l'avocat. En fait, dans la majorité des cas, la demande de financement se fait à travers ce dernier, ou par son client dépendant de l'avis de l'avocat. Ce dernier avait déjà évalué les chances de succès des demandes de son client impécunieux et avait conclu que le recours au financement est probablement une option valable pour avoir accès à la justice. Par peur de paraître imposants, les financeurs en Allemagne évitent d'exercer une influence quelconque sur le choix de l'avocat et préfèrent rejeter la demande de financement que d'imposer un autre avocat à la partie financée.²⁵⁰
189. La majorité des financeurs allemands partagent une conception d'eux-mêmes qui dépassent leur statut de simple investisseur et se considèrent plutôt comme des partenaires qui assistent dans l'analyse du procès, la stratégie de l'avocat et technique avant d'accepter de le financer. Les financeurs préfèrent donc adopter un rôle actif dans l'administration du procès qu'ils financent. Ce rôle est justifié par la nécessité de s'informer et de rester capable d'évaluer les chances de succès. Si à n'importe quel point où ces chances régressent, le financeur a toujours le droit d'annuler l'accord de financement.
190. Quand aux actions de groupe, et contrairement aux États-Unis, elles sont inconnues en Allemagne. En cas d'une action de groupe intentée par plusieurs demandeurs, les cours peuvent segmenter et diviser l'action selon que les demandeurs ont différents intérêts ou capacité dans l'action. Il est donc pratiquement impossible de financer une action de groupe.²⁵¹
191. Dans le système allemand, le financement n'est jamais considéré comme une méthode qui favorise les demandes abusives, mais un moyen qui garantit l'accès à la justice. Un tiers financeur n'est donc jamais condamné à payer les coûts de la partie adverse. La même raison empêche les cours d'ordonner à un tiers de déposer une garantie et de payer les coûts de la procédure. Finalement, aucune disposition juridique ou jurisprudence existe, qui oblige à révéler l'accord de financement.

²⁴⁹ Décision non publiée, citée dans *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, E. Eversberg *et al.* p. 29.

²⁵⁰ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, E. Eversberg *et al.* p. 29.

²⁵¹ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, E. Eversberg *et al.* p. 30.

§ 3. La Suisse

192. La jurisprudence suisse a donné un avis favorable à la présence et la pratique du financement par les tiers. En 2004, la cour fédérale suprême a autorisé le financement des procès, à condition que le financeur agisse indépendamment de l'avocat du client.²⁵² La cour a même prévu un avantage dans l'engagement d'un tiers, qui évalue les chances de succès du procès avant de financer ses coûts, créant ainsi un deuxième degré d'audit juridique, à part l'opinion de l'avocat, ce qui sert au filtrage des demandes infondées. Cette position a été confirmée en 2014 par une deuxième décision de la cour suisse qui ajoute que le Code déontologique de l'avocat lui oblige d'informer son client de l'existence de l'option du financement par les tiers.²⁵³ L'absence de lois réglementant le financement n'a pas empêché la cour d'identifier certaines dispositions (à savoir, e.g. l'article 27 du Code civil suisse, article 19 du Code des obligations et article 8 de la loi sur la concurrence déloyale), qui sont applicables en cas de violations du financement de certains principes de droit suisse.
193. Le droit suisse n'impose pas de restrictions concernant le recouvrement du financeur, mais en principe, selon les dispositions du droit pénal (article 157), et comme tout accord gouverné par le droit suisse, un accord de financement ne doit pas exploiter la partie faible. En pratique, le plafond varie entre 20% et 40% du montant net des sommes recouvrées.²⁵⁴ Similairement au droit allemand, le financement ne fait pas partie du marché financier et n'est pas lié aux institutions financières, qui sont réglementées par une série de lois indépendantes.²⁵⁵ Cependant, les financeurs peuvent être qualifiés comme des gestionnaires d'actifs (*asset manager*) de projets d'investissements collectifs, dans les cas où l'accord de financement est structuré d'une manière qui le rend assujéti à l'autorité suisse des marchés financiers (*Swiss Financial Market Supervisory Authority - FINMA*).
194. La pratique Suisse reconnaît aussi l'influence grandissante du financeur sur le choix de l'avocat. Il peut en effet refuser de financer une procédure quelconque s'il n'est pas entièrement satisfait des compétences et de l'expérience de l'avocat qui prendra en charge l'administration du procès. Ceci étant dit, l'avocat reste toujours indépendant du financeur et

²⁵² Cour fédérale suprême (BGE), 131 I 223/2004.

²⁵³ Cour fédérale suprême (BGE), 2C_814/2014. V. le Code déontologique suisse des avocats (Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten, BGFA).

²⁵⁴ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, M. Wegmueller, p. 57.

²⁵⁵ Lois sur la banque et les assurances, blanchiment d'argents et les projets d'investissements collectifs.

ne prend en considération que les intérêts de son client, y compris la négociation et la conclusion de l'accord du financement.²⁵⁶

195. En ce qui concerne la divulgation de l'accord de financement, la majorité des accords en suisse ont été conclus sans la révélation de leur existence.²⁵⁷ Il n'existe pas en soi une loi qui nécessite la révélation de ces accords. Donc, en l'absence de preuve de leur existence, une cour ou un tribunal arbitral ne peuvent être influencés par l'existence du financement pour ordonner e.g. le dépôt d'une garantie. Il n'existe pas non plus de dispositions limitant l'arrêt du financement ou l'annulation de cet accord par le financeur. Les circonstances et modalités de l'annulation dépendent du principe *pacta sunt servanda* et de l'accord des parties à cet égard. Les cas d'annulations qui forment l'accord des parties peuvent être répertoriés en deux catégories:²⁵⁸

- a. La première inclut les situations qui sont hors du contrôle des parties, notamment (i) la divulgation des faits préalablement inconnus par les parties, (ii) un changement judiciaire, que ce soit dans les lois ou la jurisprudence, qui conduit à diminuer les chances de succès, (iii) l'impécuniosité croissante de la défenderesse et le changement de son statut financier. Le financeur dispose du droit discrétionnaire d'arrêter son financement et de payer tous les coûts encourus jusqu'à la date de l'annulation de l'accord.
- b. La deuxième catégorie concerne les violations, par la partie financée, de ses obligations contractuelles. Le financeur peut également ici annuler l'accord, mais il n'est pas obligé de payer les coûts qui sont dûs. La partie financée peut être tenue de rembourser le financeur des ces dommages-intérêts, selon les règles générales applicables à la responsabilité civile contractuelle.

196. Si le financeur dispose d'un droit général d'annulation pour protéger ses intérêts, il ne peut cependant avoir un rôle actif et s'immiscer dans l'administration du procès.²⁵⁹ L'avocat devra contrôler la procédure dans tous les cas et éviter d'agir selon les instructions du financeur, à défaut de quoi il sera en position de violer son Code déontologique (BGFA). Tous droits

²⁵⁶ *Id.* Article 12 du BGFA.

²⁵⁷ *Getting the Deal Through: Litigation Funding 2017*, M. Wegmueller, p. 57.

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Id.*

d'accès à l'information, aux documents et toute observation du financeur sur la gestion du procès, devront être partagés et consentis avec la partie financée. Ce dernier a le dernier mot sur la stratégie et les techniques des plaidoiries.

197. Finalement, le droit de procédure civile n'octroie pas aux cours la discrétion d'ordonner à une partie tierce de payer les coûts du procès. En théorie, le financeur est uniquement obligé de payer les coûts à la base d'une opération judiciaire compliquée: Si l'accord de financement contient une pareille obligation de paiement des coûts de la partie adverse et que le financeur refuse de l'honorer, il est possible à la défenderesse, en cas de transfert de la partie financée de ces droits contre le financeur, de réclamer ces coûts contre ce dernier devant les cours compétentes. En cas d'absence de transfert, il revient à la partie financée de faire valoir ces droits directement contre le financeur.

§ 4. *Le Moyen-Orient*

198. La branche émiratie du centre d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), établie au *Dubai International Financial Centre* (DIFC-LCIA), une zone franche à Dubai appliquant le *common law*, a été parmi les premières juridictions au Moyen-Orient à autoriser le financement de l'arbitrage par les tiers, en adoptant le 14 mars 2017 une directive reconnaissant la légitimité de l'accord de financement.²⁶⁰

199. Similairement, la réforme apportée aux règles d'arbitrage du *Dubai International Arbitration Centre* (DIAC), devrait entrer en vigueur en 2019, autorise implicitement la pratique du financement, en obligeant par son projet de réforme la partie financée à révéler son accord de financement. Il est à noter que les règles d'arbitrage du centre DIAC sont promulguées par un décret du souverain de Dubaï, ce qui donne à l'autorisation du financement un aspect législatif officiel.

200. Ces développements apportent une certaine validité à la pratique du financement, surtout que le financement des procès n'est pas principalement prohibé au Moyent-Orient et dans les pays nord africains. Par exemple, au Maroc, le financement peut être offert par n'importe quelle partie et le tribunal arbitral n'a pas à examiner les origines de ce financement. Alors qu'un projet de codification du droit de l'arbitrage marocain est actuellement en cours,

²⁶⁰ PD 2/2017 du 14 mars 2017.

certaines membres de la communauté arbitrale ont appelé à la reconnaissance du financement des procès.²⁶¹

201. Ainsi, l'absence de ressources législatives sur la pratique du financement est régulièrement considérée comme un facteur positif pour le développement de cette pratique. Il existe en réalité plusieurs financeurs qui prennent Dubaï pour base et qui offrent leurs services aux parties impécunieuses dans le marché des contentieux, ce marché qui est d'ailleurs en croissance constante ces dernières années en raison de la crise financière qui frappe la plupart des secteurs économiques.

202. Le statut juridique du financement des procès, ainsi déterminé dans les systèmes du *common law* et de droit civil, est marqué par une lenteur considérable de la part des législateurs, qui regardent toujours le financement d'un œil sceptique. On l'a dit, argent et justice ne fonctionnent pas. La réalité de la pratique du financement est complètement différente, puisque les financeurs existent déjà en nombre considérable et offrent leurs différentes formes de financement aux justiciables. Ils ont déjà un marché qui fait partie du marché de l'arbitrage et ont tous l'intention de le défendre et le développer.

Section II: Le financement et le marché de l'arbitrage

203. Il semble jusqu'à présent que le financement des procès existe essentiellement dans le contexte judiciaire devant les cours étatiques.²⁶² Mais sa raison d'être trouve également plus de sens en arbitrage international où un nombre croissant d'utilisateurs ont eu recours aux fonds d'un tiers investisseur pour financer les coûts exorbitants de leur procès arbitral. En effet, l'expansion du financement des procès à l'instance arbitrale s'explique par le fait que la justice arbitrale internationale devient coûteuse et n'est plus disponible à tous ceux qui espèrent faire valoir leurs droits à travers un procès international et confidentiel.

204. Cependant, en raison du principe de confidentialité de la procédure arbitrale, aucune information fiable n'existe pour mesurer si le financement des procès arbitraux est constamment employé. Il n'est pas possible non plus de déterminer l'approche par laquelle

²⁶¹ «Old Issues, New Horizons: Third-Party Funding in Morocco», Kluwer Arbitration Blog, disponible sur <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/03/old-issues-new-horizons-third-party-funding-morocco/>.

²⁶² *Id.* Cassandra Burke Robertson, «The impact of third-party financing on transnational litigation», Case Western Reserve University, working paper 2011-32, Nov. 2011.

les arbitres statuent sur la nature et la validité de l'accord du financement, à supposer que ces questions ont été posées par les parties dans le cadre d'une instance arbitrale. Pourtant, la présence de l'institution du financement dans l'arbitrage domestique et international s'est révélée dans certaines sentences arbitrales publiques, ainsi que dans les décisions des cours étatiques statuant sur des procès liés d'une manière ou d'une autre à un procès arbitral.

205. Ces décisions judiciaires démontrent également que le financement est ouvert au demandeur et au défendeur à n'importe quelle phase de la procédure arbitrale,²⁶³ y inclus la phase de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale. En effet, une procédure devant la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire *Foris*, dévoile qu'un procès arbitral auprès de la CCI à La Haye a fait l'objet d'un financement par un tiers.²⁶⁴ Le procès judiciaire a été intenté contre la société allemande *Foris*, en raison de son abstention de payer les coûts de la procédure arbitrale à *Veolia Propreté* (anciennement dénommé *Onyx*), et ceux de la partie défenderesse dans l'arbitrage. Une décision du Tribunal de commerce de Nanterre avait confirmé les demandes de *Veolia Propreté* contre *Foris*, condamnant cette dernière à verser à la première société les dommages-intérêts après avoir rejeté toute exception de nullité de l'accord de financement relevée par la société *Foris*. Infirmant cette décision en raison de l'incompétence des juridictions françaises pour statuer sur les demandes de la société *Veolia Propreté*, la Cour d'appel de Versailles statue sur la nature du contrat de financement d'un procès en considérant ce qui suit:

«(...) Ce n'est pas un contrat de service au sens de l'article 5(1)(b) du règlement [de Bruxelles] 44/2001 étant, de surcroît observé, que la qualification de services au sens communautaire se rapporte à une activité déterminée telles que celles énoncées de manière non limitative par l'article 50 du traité CE qui fait état des activités de caractères industriel et commercial, des activités artisanales et des professions libérales.

(...) Le contrat de financement de procès est sui generis et inconnu des États membres de l'Union Européenne à l'exception des pays de culture juridique germanique.

²⁶³ Le financement est moins disponible pour la partie défenderesse, dont ses coûts au litige sont généralement couverts par des assurances, voir Burford Capital, «Theory and practice in litigation risk», disponible sur http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2012/11/Burford_Whitepaper11.pdf.

²⁶⁴ Cour d'Appel de Versailles, 12ème chambre section 2, arrêt n° RG: 05/01038 du 1er juin 2006.

Or, considérant qu'en droit allemand, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à estimer que le contrat est, en réalité, un contrat de société, les parties poursuivant ensemble un but commun qui est le gain du procès, chacune 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.

(...) Le caractère aléatoire de la rémunération [du financeur] s'oppose à la classification du financement du procès en tant que services».

206. La Cour d'appel de Versailles s'est abstenue de décider sur le fondement du droit d'action de la société *Veolia Propreté*, tel que soulevé par la société *Foris*, sur la base d'une stipulation pour autrui. Selon cette perspective, la Cour semble avoir déterminé la nature du contrat de financement comme étant un contrat *sui generis*, faisant figure atypique et unique du contrat aléatoire.²⁶⁵ Il faut cependant avouer que cette qualification dépend du contenu du contrat de financement tel qu'il est conclu entre les parties.²⁶⁶
207. Le financement par les tiers a fait aussi son apparition dans l'arbitrage d'investissement, surtout dans les procédures devant le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). Parmi ces procédures, l'affaire *S&T Oil Equipment and Machinery*,²⁶⁷ qui a été dévoilée par une décision sur mesures provisoires de *United States District Court for the Southern District of the State of Texas, Houston division*, dans laquelle un fonds d'investissement, *Juridica*, avait financé la procédure arbitrale contre la République de Roumanie.²⁶⁸
208. De même, un contentieux entre le demandeur et son avocat devant les juridictions texanes a dévoilé la présence d'un financement dans l'affaire *Waguih Elie George Siag* auprès du CIRDI par les avocats du demandeur (King & Spalding), en l'échange de 80% du montant de

²⁶⁵ M. de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français», *Revue des Sociétés* 2012, spéciale, n° 9, p. 279.

²⁶⁶ *Id.*, J.B. Racine, *Colloque sur Le financement de contentieux par un tiers - La gestion du procès: L'incidence en arbitrage*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 244.

²⁶⁷ *S&T Oil Equipment and Machinery Limited c/. République de Roumanie*, CIRDI affaire N° ARB/07/13.

²⁶⁸ P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», *Rev. Arb.* 2011/2, pp. 393.

la condamnation.²⁶⁹

209. Une discussion intéressante sur l'impact que pourra avoir le financement par les tiers dans les arbitrages d'investissement, notamment sur la qualité d'investisseur et la nationalité requise pour solliciter les protections stipulées dans les traités d'investissements, apparaît dans la sentence rendue dans l'affaire *RosInvest Co c/. La Fédération de Russie* devant la Chambre de Commerce de Stockholm (CCS).²⁷⁰ Le demandeur défendait sa qualité d'investisseur en affirmant qu'il était le propriétaire économique des actions de la société en dépit de leurs ventes à un tiers.²⁷¹
210. De la même manière, la présence d'un tiers financeur dans l'affaire *Kardassopoulos c/. La République Démocratique de Géorgie* a soulevé des doutes sur la capacité du demandeur de recouvrer les coûts de la procédure alors que ces derniers ont été financés en partie par un tiers investisseur.²⁷² Selon le tribunal arbitral, rien n'empêche l'application du principe perdant paie dans l'arbitrage d'investissement et la présence d'un tiers investisseur ne présente aucun obstacle au recouvrement de ces coûts par le demandeur.²⁷³

²⁶⁹ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c/. République Arabe d'Egypte*, CIRDI affaire N° ARB/05/15; *Waguih Siag et al. c/. King & Spalding*, United States District Court, Southern District Of Texas, 30 Juin 2010 (Opinion and Order).

²⁷⁰ *RosInvestCo UK Ltd. c/. La Fédération de Russie*, Aff. SCC No. Arb. V079/2005, para 288-324.

²⁷¹ Le demandeur a affirmé le suivant: «*Claimant asserts that despite the Participation Agreements whereby Claimant (the called Highberry) sold and transferred to Elliott International L.P. "a 100% interest in and to Highberry's interest" in total of (...), Claimant retained legal ownership (...) with all the attendant rights (...). This temporary transfer of an economic interest, Claimant argues, had no effect on Claimant's status (...)* » (para 290). « *Claimant points to the contractual restriction on Elliot International L.P. from transferring (...) without Claimant's consent, which is inconsistent with rights and protections afforded to mere nominal (...)* » (para 291). Selon la Fédération Russe, « *(...) a nominal interest lacks "a real interest in the subject property" and thus does not deserve protection. A nominal owner is neither economically harmed by violations of investment treaty protections nor does it economically benefit from the payment of compensation for such violations* », para 319.

²⁷² *Ioannis Kardassopoulos c/. Georgia* (CIRDI affaire No. ARB/05/18), sentence finale rendue le 3 mars 2010, para 686. Selon le défendeur, Kardassopoulos n'a pas droit à recouvrer ses coûts: «*(...) the Respondent claims that the Claimants' legal costs are excessive and because the Claimants' costs have been borne in part by a third party investor it is questionable whether such costs are properly recoverable*».

²⁷³ *Ibid.*, ARB/05/18, para 691: «*The Tribunal observes that among those factors identified by the Respondent in support of its submissions on costs is the fact that the Claimants have an arrangement with a third-party concerning the financing of these proceedings. The Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs. In this connection, the Tribunal notes that, while not directly applicable, the Georgia / Greece and Georgia / Israel BITs both provide in their respective dispute settlement provisions that a Contracting Party shall not raise as an objection at any stage of the proceedings the fact that the investor has received compensation or an indemnity under an insurance contract in respect of all or part of the damages incurred (Georgia / Greece BIT, Article 9(5) and Georgia / Israel BIT, Article 8(3). It is difficult to see why in this case a third party financing arrangement should be treated any differently than an insurance contract for the purpose of awarding the Claimants full recovery*».

211. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur l'impact du financement sur la procédure arbitrale. Cela permet tout du moins de penser à la réglementation du financement des procès arbitraux. Quoique cette conclusion soit parfaitement logique dans le contexte de la théorie économique du procès arbitral, le financement étranger présente cependant plusieurs incidents sur l'instance arbitrale qu'il faut certainement examiner.²⁷⁴
212. Le financement des procès existe alors en réalité à travers le marché de l'arbitrage, et s'offre aux justiciables à travers une multitude de formes dont le choix dépend des circonstances de chaque demande de financement.

Section III: Les différentes formes de financement

213. Le financement se manifeste par plusieurs moyens et il est loin d'être uniforme dans son emploi dans les différents types de procès d'arbitrage. Les formes du financement sont multiples et leur validité dépend des restrictions appliquées dans les différents systèmes concernés, notamment les limitations parfois stipulées dans les lois gouvernant la procédure arbitrale, *inter alia* la loi du siège de l'arbitrage, ainsi que les exigences d'ordre public du lieu de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale. Parmi les méthodes de financement, on note le développement d'un financement de type philanthropique essentiellement conçu pour plaider des causes humanitaires (sous-section 1), ainsi que d'autres types de financement traditionnels, tels que le financement par les avocats (sous-section 2), les assurances (sous-section 3), et le financement à travers des investisseurs institutionnels (sous-section 4).

Sous-section 1 : Le financement à but philanthropique

214. Il arrive que le sujet du conflit relève d'une cause humanitaire d'ordre écologique ou autre faisant partie des objectifs de certaines organisations philanthropiques, telles que des organisations non-gouvernementales ou des fondations caritatives.²⁷⁵ Dans ce genre de conflit, la procédure financée se matérialise souvent par une action de groupe dans laquelle plusieurs demandeurs revendiquent des dommages-intérêts contre un malfaiteur, généralement un conglomérat multinational.

²⁷⁴ Voir *infra*, para 437 et seq.

²⁷⁵ B. M. Cremades Jr., «Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration», 8(4) *Transnational Dispute Management* (2011), p. 17, para 6.2, *Donations and free financial assistance*. Eric De Brabandere et Julia Lepeltak, «Third Party Funding in International Investment Arbitration», 2012, p. 5: «Such situations however may better be qualified as donations rather than funding agreements», disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2078358>.

215. Étant des individus ne disposant pas des moyens nécessaires pour aller en justice arbitrale, ces plaideurs sont parfois approchés par des organisations leur offrant leur soutien financier pour intenter la procédure concernée. Contrairement aux autres investisseurs traditionnels, l'intérêt de ces organisations dans le financement de ces procès est d'ordre humanitaire et elles ne sont pas concernées par la réalisation d'une part des profits recouverts.²⁷⁶
216. Cette forme de financement a été utilisée dans les arbitrages d'investissement auprès du centre CIRDI. On note essentiellement.²⁷⁷ L'action a été financée par la fondation *Open Society Initiative* (OSI) basée à Londres et appartenant au milliardaire Georges Soros.²⁷⁸
217. Dans une autre procédure CIRDI,²⁷⁹ l'association *Bloomberg Foundation* se dédie à travers son programme, « *The Campaign for Tobacco Free-Kids* », à financer les coûts du gouvernement Uruguayen dans sa défense contre les revendications des demandeurs.²⁸⁰ La procédure concerne les dommages créés par l'adoption de mesures législatives anti-tabac affectant la vente des produits des demandeurs au marché.
218. Une autre affaire en matière d'environnement, cette fois devant la justice étatique néerlandaise, a été intentée par quatre fermiers de nationalité nigérienne après avoir reçu l'assistance financière de la branche néerlandaise de l'organisation *Friends of the Earth*.²⁸¹ Les fermiers décident de poursuivre, dans cette procédure, le géant pétrolier Shell pour sa pollution du delta du Niger entre les années 2004 et 2007. Le procès a été déclaré recevable

²⁷⁶ *Ibid.*, B. Cremades, p. 17, «*The second situation would be when a defendant receives financial assistance from a foundation or any other disinterested third party without expectation by the latter of any kind of recovery whatsoever. In other words, the defendant receives donations, grants, or any other kind of financial aid, which is for the defendant to keep regardless of the outcome of the proceeding*».

²⁷⁷ *Bernardus Henricus Funnekotter et autres c/. République du Zimbabwe*, affaire CIRDI No. ARB/05/6. Cette affaire concernait des fermiers néerlandais au nombre de treize, investisseurs dans de larges fermes commerciales dans la République du Zimbabwe et dont les exploitations ont été prétendument expropriées par l'État.

²⁷⁸ *Id.*, P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», rev. Arb. 2011/2, pp.385.

²⁷⁹ *Philip Morris Brand Sarl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Auiiae) e Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c/. République Orientale de l'Uruguay*, affaire CIRDI No. ARB/10/7.

²⁸⁰ L. E. Peterson, «Uruguay hires law firm and secures outside funding to defend against Philip Morris claim; not the first time an NGO offers financial support for arbitration», *International Arbitration Reporter*, 20 octobre 2010, disponible sur http://www.iareporter.com/articles/20101023_4. *Id.*, B. M. Cremades Jr., «Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration», 8(4) *Transnational Dispute Management* (2011), pp. 17-18. Voir aussi le communiqué de presse de l'avocat de l'Uruguay, Foley Hoag LLP, «Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations», 8 octobre 2010, <http://www.foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation>.

²⁸¹ Cour de La Haye, affaire No. C/09/337058 / HA ZA 09-1581.

par une décision du tribunal civil de La Haye, en dépit qu'une catastrophe écologique a eu lieu dans un pays étranger. Appliquant la loi nigérienne au fond du litige, le tribunal a tenu responsable la compagnie anglo-néerlandaise pour ne pas avoir nettoyé les déversements de pétrole près du village de Goi au Nigeria selon les standards internationaux et l'a condamnée à indemniser une des quatre victimes. Les demandes de dédommagement des trois autres fermiers ont été rejetées. L'affaire est importante du fait de la réussite des plaideurs à poursuivre les multinationales dans leurs pays d'origine au lieu de les poursuivre devant les juridictions relevant de la *lex loci delicti* ou la *lex loci damni*.²⁸²

219. La disponibilité de ce type de financement incite à la multiplication d'une série de procès dont les plaideurs sont surtout des victimes de violations des normes internationales de droits humains.²⁸³ Cela démontre l'importance de l'assistance financière apportée à ces victimes, sans laquelle leur réparation judiciaire serait restée impossible. Une autre forme de financement qui ne manque pas de similarité, est le financement par les avocats (sous-section 2).

Sous-section 2: Le financement par les avocats

220. La validité et l'étendue du financement d'un procès par les avocats dépendent du Code déontologique du lieu où l'avocat exerce à titre principal son activité. Ce financement s'exerce à travers ce qui est connu par le *pactum de quota litis*.

221. Selon cette forme de financement, l'assistance financière offerte par les avocats à leurs clients se fait en l'échange d'un pourcentage des profits calculés à l'avance en fonction du résultat estimé, mais qui est considérablement plus élevé que les sommes que l'avocat aurait traditionnellement revendiquée à partir des tarifs d'honoraires.²⁸⁴ L'assistance financière couvre en général les honoraires des arbitres, les frais administratifs du centre d'arbitrage et les frais associés au déroulement de la procédure arbitrale.

222. Cette forme de financement est prohibée dans certaines juridictions, telle que la France selon

²⁸² Audrey Gaughran, «Shell's Niger Delta pollution: the good, the bad and the ongoing quest for justice», Amnesty International live wire, 1 février 2013, <http://livewire.amnesty.org/2013/02/01/shells-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice/>.

²⁸³ Marta Requejo, «As for Shell...», Conflict of Laws.net, 11 Octobre 2012, <http://conflictoflaws.net/2012/as-for-shell/>.

²⁸⁴ Cette somme a effectivement atteint dans l'affaire *Siag* les 80% du montant de la sentence arbitrale. Voir *id.*, P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», rev. arb. 2011/2, pp.396.

les dispositions de l'article 10 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.²⁸⁵ Cependant, est licite en France la convention qui prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. La prohibition de ce type de financement relève en général de la relation complexe que la profession d'avocat entretient avec l'idée de profit.²⁸⁶ Cependant, cette prohibition n'a pas la même ampleur dans le contexte d'un arbitrage concernant une affaire commerciale internationale. Ainsi, une décision de la Cour d'appel de Paris a considéré que :

*«Dès lors que les conventions d'honoraires s'insèrent dans le cadre spécifique de la résolution d'un litige (...) par la voie d'un arbitrage international (...), la rémunération sous forme d'un pourcentage est reconnue par les usages du commerce international».*²⁸⁷

223. La Cour d'appel se borne à constater que les conventions d'honoraires «*se rattachent (sic) directement et expressément à des arbitrages internationaux*» et doivent donc relever d'un pacte international régi, en l'absence d'une loi applicable, par les usages du commerce international et non pas des exigences de la loi interne. En réalité, rien n'empêche de valider la convention d'honoraire selon la liberté contractuelle des parties *pacta sunt servanda*.²⁸⁸ Selon la même logique, un contrat de financement par un tiers dans le cadre d'un arbitrage international devrait aussi être confirmé comme valide, puisqu'il ne fait l'objet d'aucune

²⁸⁵ Cet article prévoit le suivant : « *La tarification de la postulation et des actes de procédure est régie par les dispositions sur la procédure civile. Les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client. À défaut de convention entre l'avocat et son client, l'honoraire est fixé selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci. 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. Dans le mandat donné à un avocat pour la conclusion de l'un des contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 222-7 du code du sport, il est précisé le montant de ses honoraires, qui ne peuvent excéder 10 % du montant de ce contrat. Lorsque, pour la conclusion d'un tel contrat, plusieurs avocats interviennent ou un avocat intervient avec le concours d'un agent sportif, le montant total de leur rémunération ne peut excéder 10 % du montant de ce contrat. L'avocat agissant en qualité de mandataire de l'une des parties intéressées à la conclusion d'un tel contrat ne peut être rémunéré que par son client. Par dérogation aux dispositions de l'avant-dernier alinéa, les fédérations sportives délégataires peuvent fixer, pour la rémunération du ou des avocats, un montant inférieur à 10 % du contrat conclu par les parties mises en rapport».*

²⁸⁶ A. Brunois, note Cass. civ. 1^{re} ch., 4 juillet 1972, *D.*, 1973.249. Voir aussi, Y. Avril, *La Responsabilité de l'Avocat*, Dalloz, 1981, p. 184, n° 292.

²⁸⁷ *Société International Contractors Group c/ Me X.*, Cour d'appel de Paris (1Ch. B.), 10 Juillet 1992, *Rev. arb.* 1992/4, pp. 609 – 614, note Ph. Leboulanger; *Rec. Dalloz* (1992), p.459, note Charles Jarrosson.

²⁸⁸ J.B. Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers. La gestion du procès: L'incidence en arbitrage* », éditions Panthéon-Assas, 2012, para 231. V. aussi, Charles Jarrosson *D.*, 1992 p. 47 n° 15, et *D.*, 1992 p. 461 n° 5.

interdiction particulière.²⁸⁹

224. Il faut cependant noter que cette décision est uniquement liée à une procédure entamée dans le cadre d'un arbitrage international.²⁹⁰ Le raisonnement de la cour ne s'applique donc pas à un pacte conclu pour financer un arbitrage domestique ou une procédure judiciaire, puisque ce pacte serait exclusivement régi par les dispositions de la loi interne en l'absence de choix exprès par les parties.²⁹¹
225. Cependant, cette distinction ne s'applique pas en Angleterre où il a été décidé dans l'affaire *Bevan Ashford* que les objections d'ordre public contre les conventions d'honoraires, selon la section 58 de la loi concernant l'administration des procès devant les cours (*Courts and Legal Services Act 1990*), sont applicables à l'arbitrage.²⁹² En Angleterre, les pactes de *quota litis* ne sont pas répandus et leur utilisation se limite aux cours administratives et aux travaux des avocats durant la phase préalable au procès.²⁹³ Il importe de noter que les honoraires de résultat (*success fees*) sont autorisés en Écosse et en Irlande du Nord, mais sont limités aux petits contentieux commerciaux.²⁹⁴
226. Contrairement au système Anglais, les pactes de *quota litis* sont largement répandus aux États-Unis et sont considérés comme une source principale de financement des contentieux, en dépit de certaines susceptibilités de la part de leurs usagers envers les frais excessifs imposés par les avocats.²⁹⁵

²⁸⁹ *Ibid.*, J.B. Racine, para 231, «Si le pacte de *quota litis* est admis dans le cadre de l'arbitrage international, il doit logiquement en aller a fortiori du contrat de financement par un tiers (...). La seule réserve est celle d'une contrariété éventuelle à l'ordre public (...)».

²⁹⁰ Quoique pour certains une incertitude persiste en ce sens, Charles Kaplan, «Third-party funding in international arbitration – Issues for counsel», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 6, p. 71, «[The national rules on financial arrangements] are clearly intended to apply to litigation before the state courts of each country concerned. That leaves open the question whether they also apply to arbitration and, specifically to international arbitration».

²⁹¹ *Id.*, P. Leboulanger, Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. B.) 10 juillet 1992 - Société International Contractors Group v. Me X., *Rev. Arb.*, 1992/4, pp. 621. Il est à noter que l'article 1504 du C. de Procédure Civile détermine la nature internationale d'un arbitrage en fonction de son sujet, «Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international».

²⁹² *Bevan Ashford c/ Geoff Yeandle*, [1998] All E.R. (D) 138.

²⁹³ *Id.*, Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe, Journal of Law», Economics and Policy, Vol. 8, 3/2012, p.408.

²⁹⁴ *Id.*, Christopher Hodges, «John Peysner et Angus Nurse, Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, Research report, Janvier 2012, p.88.

²⁹⁵ Leo J Shapiro & Associates, *Public Perceptions of Lawyers: Consumer Research Findings 14* (Avril 2002), document préparé pour la section des contentieux de l'American Bar Association, «Of all of the criticisms that consumers raise about their personal experiences with lawyers, the greatest number of complaints arise around lawyers' fees. Consumers say that lawyers charge too much for their services; are often not upfront about their

227. Finalement, en Allemagne la loi interdit tout recours au financement des procès à travers les pactes de *quota litis*, que ce soit dans un contexte procédural domestique ou international.²⁹⁶ Pourtant, la Cour Fédérale de Justice *Bundesgerichtshof - BGH* a admis cette forme de financement dans de rares situations, par exemple en droit international privé dans une affaire concernant l'activité d'un avocat israélien en Allemagne, pourvu que la loi israélienne était la loi applicable à la convention d'honoraires.²⁹⁷ La BGH a de même validé ce financement dans le cas où le client n'aurait pas pu autrement recourir à la justice en raison de ses contraintes financières.²⁹⁸ Toutefois, un pacte dans ce cas devrait être conclu sous forme écrite et pourrait rejeter tout droit d'honoraires à l'avocat dans le cas où la procédure échoue.²⁹⁹ Une troisième forme de financement qui est assez répandue dans les contentieux étatiques, est le financement par cession.

Sous-section 3: Le financement par cession

228. Cette forme de financement évoque l'idée du transport du droit d'action au tiers financeur, qui remplace partiellement le demandeur initial dans ses droits au procès et prend la charge de financer les coûts de la procédure arbitrale.³⁰⁰ Elle semble avoir pour socle une cession de créance et se fait essentiellement dans le cas d'un financeur actif voulant contrôler la procédure arbitrale.³⁰¹ La cession est personnelle et transmet la créance litigieuse au tiers financeur qui devient titulaire des droits qui dérivent de cette créance, notamment le droit d'action.³⁰² Il en résulte que le cessionnaire possédera le droit au procès.³⁰³

fees; and are unwilling to account for their charges or hours», p.14, disponible sur <http://www.cliffordlaw.com/abaillinoisstatedelegate/publicperceptions1.pdf>.

²⁹⁶ Pour une discussion, voir M. Kilian, 'Zugang zum Recht' (2008) *Anwaltsblatt* 236, 239.

²⁹⁷ *Bundesgerichtshof*, arrêt du 24 janvier 1957 (*JDI*, 1963.488, note W. Wengler).

²⁹⁸ Christopher Hodges, John Peysner et Angus Nurse, «Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, Research report, Janvier 2012, p.40.

²⁹⁹ Voir B. Hess et R. Hübner (Allemagne) dans C. Hodges, S. Vogenauer et M. Tulibacka, *The Costs and Funding of Litigation: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2010.

³⁰⁰ L'article 1689 du Code Civil français stipule : «Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre».

³⁰¹ Isabelle Hautot, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers*. «La pratique contractuelle – La relation financeur-client», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 71, «Ce que l'on regroupe sous la dénomination de financement actif (...) semble avoir pour socle une cession de créance : ce serait alors la version la plus claire, sinon la plus acceptable, du financement par un tiers, car qui dit cession dit désintéressement du créancier originaire – et désintéressement va de pair avec désintéret».

³⁰² Andrea Pinna, «La mobilisation de la créance indemnitaire», *RTD Civ.* 2008, p. 229. En ce sens Civ. 1^{re}, 10 Janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 6 ; D. 2006. 365, obs. X. Delpech; D. 2006. 2129, note D. Bert; Dr. et proc. 2006. 3. 147, obs. E. Putman; LPA 31 oct. 2006. 5, note G. Mecarelli; Defrénois, 2006. 597, obs. E. Savaux, arrêt qui laisse entendre que l'action en justice peut être transférée indépendamment de la créance ; Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 433, *RDC* 2007. 291, obs. G. Viney : «Vu les articles 1615 et 1692 du code civil ; Attendu qu'il résulte de ces textes que la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au

229. Alors que l'acceptation du transport par la partie adverse n'est pas indispensable, la cession n'a d'effet à l'égard de cette dernière qu'après la signification du transport ou son acceptation de celle-ci.³⁰⁴ La jurisprudence française a considéré que la notification d'une demande d'action contre le débiteur cédé peut-être qualifiée comme signification au sens de l'article 1690 du Code civil.³⁰⁵ La cession partielle ou totale n'a d'effet qu'entre les parties, alors que la partie adverse ne peut s'en prévaloir.³⁰⁶
230. La signification du transport est aussi requise dans les autres systèmes à tradition civiliste. Ainsi, la loi néerlandaise requiert que la cession soit signifiée au débiteur en forme orale et écrite.³⁰⁷ Selon le Code civil italien, la signification peut aussi se faire par la stipulation de la date du transport dans un document public faisant preuve de la reconnaissance de la partie cédée.³⁰⁸ Par opposition, dans les systèmes germaniques, la cession est effective sans besoin de l'acceptation du cédé, ou même sa connaissance de l'accord de cession.³⁰⁹ Dès que la cession se fait entre le cessionnaire et le demandeur initial, les droits associés à la créance cédée ne font plus partie du patrimoine de ce dernier.³¹⁰
231. Selon l'adage *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, le transport de l'action ne crée pas plus de droits ni plus d'obligations au cessionnaire; la créance est cédée sans aucune responsabilité supplémentaire à la charge du tiers.³¹¹ Une règle similaire existe en *common*

cédant et attachés à la créance cédée et, notamment, sauf stipulation contraire, l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire, fondée sur la faute antérieure d'un tiers, dont est résultée la perte ou la diminution de la créance, à l'exclusion des actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant».

³⁰³ H. Beale et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2^e éd., 2010, p.1293, «An assignment is a transaction whereby a right is transferred by its owner, called the assignor, to another person, called the assignee, as a result of which the assignee becomes entitled to sue the person liable, called the debtor».

³⁰⁴ Article 1690 C. Civil, «Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique».

³⁰⁵ Cass. com. 18 Février 1969, *Bull. civ. IV* n°65.

³⁰⁶ Civ. 3^e, 12 Juin 1985 : *Bull. civ. III*, n°95 ; *RTD civ.* 1986. 350 obs. Mestre. – V. aussi, civ. 20 Juin 1938 : *GAJC*, 11^e éd., n°241-242 (II) ; *DP* 1939.1.26, note Weill.

³⁰⁷ Articles 3.84 et 3.94(1) BW, en tandem avec l'article 3:37 BW.

³⁰⁸ Voir les articles 1264, 1265, 2704 Codice Civile.

³⁰⁹ Article 398 du Code Civil Allemand (BGB): «A claim or debt may, by agreement between the creditor and another, be transferred by the former to the latter (assignment). Upon the conclusion of such an agreement, the new creditor takes the place of the former creditor».

³¹⁰ *Id.*, H. Beale et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2^e éd., 2010, p.1296.

³¹¹ Com., 26 Avril 2000, n°97-21486 ; Com., 27 Juin 1989, n°87-15847 ; Civ. 3^e, 7 Juillet 2010, *Bull. civ. III*, n°138. *Ibid.*, H. Beale et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2^e édition, 2010, p.1319.

law selon laquelle le cessionnaire, agissant dans les droits du cédant, ne dispose pas de plus de droits que ce dernier contre le cédé.³¹²

232. En droit Anglais, la cession n'est pas considérée comme étant un contrat et la présence d'une rémunération (*consideration*) de la part du cessionnaire n'est pas nécessaire pour sa validité.³¹³ En tous cas, cette rémunération est bel et bien présente dans le cadre du financement par un tiers, puisque le cédant recevra l'assistance financière du tiers en l'échange d'une part des sommes recouvertes en arbitrage. Mais le Code de la propriété de 1925 a imposé la forme écrite de l'accord de cession afin de permettre au cessionnaire d'exercer seul son droit d'action contre le cédé.³¹⁴

233. Une distinction s'opère alors en droit Anglais entre une cession légale et une cession en équité, qui n'impose aucune forme particulière mais qui transfère au cessionnaire le droit d'action uniquement dans le cas où il joint le cédant dans son procès contre le cédé. Cette distinction est utile dans le cadre du financement, puisqu'elle permet au financeur de joindre le cédant dans son action contre le cédé sans soulever des répliques de la part de ce dernier sur la validité de l'accord de cession ou sur son ingérence dans le procès.³¹⁵ Il en résulte que si la cession du droit d'action est admise en l'absence même d'une forme spécifique pour sa validité, il doit logiquement en aller *a fortiori* du contrat de financement, où le tiers financeur ne participe pas généralement à la procédure entre la partie financée et la partie adverse.

³¹² *Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GMBH c/. Voest Alpine Intertrading* [1997] 2 Lloyd's Rep 279: «*Standing in the shoes of the insured, the insurer have no lesser or greater rights than the insured. (...) Under English law, assigned rights of action are subject to equities and under the Arbitration Act 1950 an assignee takes the assigned right both with the benefit and the burden of the arbitration clause.*».

³¹³ *Id.* H. Beale et al., Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, 2^e édition, 2010, p.1295.

³¹⁴ Law of Property Act 1925, s. 136(1): «*Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing in action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice:*

(a) the legal right to such debt or thing in action;

(b) all legal and other remedies for the same; and

(c) the power to give a good discharge for the same without the concurrence of the assignor:

Provided that, if the debtor, trustee or other person liable in respect of such debt or thing in action has notice :

(a) that the assignment is disputed by the assignor or any person claiming under him; or

(b) of any other opposing or conflicting claims to such debt or thing in action; he may, if he thinks fit, either call upon the persons making claim thereto to interplead concerning the same, or pay the debt or other thing in action into court under the provisions of the Trustee Act, 1925».

³¹⁵ *Id.*, H. Beale et al., Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, 2^e édition, 2010, p.1302. Pour plus de détails sur les exigences des deux formes de cession, voir Trietel, « The Law of Contract » (13^e éd., Edwin Peel), Sweet & Maxwell, 2011, Ch. 15.

234. Les tribunaux vont également évaluer la nature de l'acte de cession, ce qui pourra soulever des exceptions d'ordre public, tel qu'identifiées par les cours anglaises dans le cas *Arkin*³¹⁶ et l'application du devoir de loyauté de l'avocat envers le cessionnaire.³¹⁷
235. De toute manière, le contrôle du procès par cession s'avère difficile à opérer dans les cas où la participation du demandeur initial, le cédant, demeure nécessaire. Un exemple pratique est celui où l'intervention continue du cédant, par sa fourniture d'informations reliées aux différents aspects du litige, est indispensable. Son intervention peut aussi être liée à son désir de maintenir une relation continue avec le défendeur.³¹⁸
236. Un autre obstacle qui entrave l'application de cette forme de financement est dans le cas où le contrat, objet du procès arbitral, contient une clause interdisant sa cession.³¹⁹ Cette limitation est commune dans les contrats d'entreprise où l'employeur interdit son entrepreneur de céder à un tiers ses droits au contrat sans son consentement préalable.
237. En France, la loi est silencieuse sur la validité des clauses de non-cession. Une décision de la Cour de cassation a toutefois jugé ces clauses comme invalides quand elles dépassent les limites prévues par la loi, en plaçant des actifs hors de la libre circulation des marchandises.³²⁰ En Allemagne, les clauses de non-cession sont invalides quand le droit en question relève d'une opération commerciale,³²¹ ou quand le débiteur est une entité gouvernementale.³²²

³¹⁶ *Arkin c/. Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] EWCA Civ 655 (26 May 2005), J. Coleman, para 40.

³¹⁷ Voir Clause 9(c) du Code de Conduite des financeurs du contentieux, *The Association of Litigation Funders of England and Wales - Code of Conduct for Litigation Funders*, janvier 2014, «*A Funder will (...) not seek to influence the Funded Party's solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder*». V. aussi l'intervention du Lord Jackson, Judiciary of England and Wales, *Third Party Funding or Litigation Funding, Sixth Lecture in the Civil Litigation Costs Review Implementation Programme – The Royal Court of Justice*, 23 Novembre 2011, p. 5, «*This provision [Clause 9(c)] should prevent the Funder from usurping control of the litigation in a manner which would infringe the principles referred to in Arkin*», disponible sur <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/lj-jackson-speech-third-party-funding-or-litigation-funding-23112011.pdf>.

³¹⁸ *Id.*, C. Hodges, John Peysner and Angus Nurse, «*Litigation Funding: Status and Issues*», CSLS et Lincoln Law School, Research report, janvier 2012, p. 85.

³¹⁹ *Helstan Securities Ltd c/. Hertfordshire County Council*, QBD, [1978] 3 All ER 262; *Linden Gardens Trust Ltd c/. Lenesta Sludge Disposals Ltd*, HL [1994] AC 85, 108-09. Voir dans les pays à tradition civiliste, § 399 Code allemand *BGB*, article 164(1) du code Suisse des obligations, article 3:82(2) BW. V. aussi article 11:301 Principes du Droit Européen du Contrat.

³²⁰ Cass. civ. 1 juin 1853, DP 1853.1.191.

³²¹ Tel que définie dans l'article 343-45 du Code commercial allemand.

³²² § 354a-(1) HGB: «*Where the assignment of a money claim is excluded by agreement with the debtor in accordance with § 399 BGB, and the transaction giving rise to that claim constitutes, for both parties, a commercial transaction, or the debtor is a legal person under public law (...), the assignment shall nevertheless*

238. Certes, le financement des procès étant une opération commerciale dans laquelle le financeur envisage des profits par son investissement, la simple inclusion d'une clause de non-cession dans les contrats n'empêche pas de financer les procès par cession dans les systèmes qui contiennent une disposition similaire au § 354a-(1) HGB. De la même manière, le droit italien dispose dans son article 1260(2) *Codice Civile*, que toute clause de non-cession n'empêche pas le cessionnaire d'acquérir le droit au procès cédé, sauf s'il était conscient des dispositions de cette clause à la date de la cession en question.

239. Ainsi, ces dispositions obligent les parties à cette forme de financement de prendre en considération la loi applicable à l'acte de cession afin d'assurer sa validité et son applicabilité. Une autre forme classique du financement des procès est les assurances, une forme très similaire au financement par un tiers investisseur.

Sous-section 4 : Les assurances comme moyen de financement

240. Selon certains économistes, l'assurance forme l'une des fondations de l'activité économique. En effet, l'assurance trouve son fondement quand l'incertitude devient présente dans l'activité économique.³²³ Cette incertitude se matérialise souvent par des échecs donnant lieu à des revendications légales. Les polices d'assurances déterminent en général ces revendications que l'assureur devrait rembourser en faveur de l'assuré, inclus les frais de la procédure arbitrale et le montant de toute décision ou sentence rendue contre l'assuré, constituant ainsi une des formes les plus adoptées pour le financement des procès.³²⁴

241. Le financement de l'arbitrage par assurance se fait selon deux modalités conventionnelles, "assurance avant l'évènement" et "assurance après l'évènement". Alors que l'assurance avant

be valid. However, the debtor may, with the effect of discharging the debt, pay the sum due to the former creditor. Any agreement to the contrary shall be ineffective». Id., H. Beale et al., Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, 2^e édition, 2010, p. 1314.

³²³ Mark V. Pauly, «The Economics of Moral Hazard: Comment», 58 *American Economic Review*, 531-537, p. 531, «*When uncertainty is present in economic activity, insurance is commonly found*», disponible sur <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02072/pauly-1968.pdf>.

³²⁴ Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 5. Voir, Geoffrey McGovern et al., «Conference Proceedings: Third-party litigation funding and claim transfer - Trends and implications for the civil justice system», RAND Corporation, UCLA Law / Rand, Centre for Law and Public Policy, p. 8: «*In many European jurisdictions, legal insurance indemnifies a litigant for legal expenses incurred while pursuing or defending a claim. It is popular to purchase "before-the-event" insurance that covers legal expenses associated with going to trial, even before a specific claim arises. There is growing interest in policies purchased "after the event." (In this context, the "event" is the advancement of a legal claim.) This type of policy protects the litigant from incurring liability for the opponent's legal expenses in the event of a failed legal claim*».

l'évènement sert comme une forme de protection contre les risques associés aux coûts de tous procès éventuels, l'assurance après l'évènement a pour objet de protéger l'assuré contre toute décision ordonnant à l'assuré de payer les coûts d'un procès déjà en cours.³²⁵

242. Cette obligation de l'assureur est assumée en échange d'une prime annuelle payée par l'assuré³²⁶ qui varie entre 20% et 40 % des coûts de la procédure concernée, et qui peut même augmenter en cours de procédure.³²⁷ La prime dans l'assurance après l'évènement n'est payée par l'assuré qu'à la fin de la procédure, et uniquement quand ce dernier gagne le procès. Le montant de cette prime est récupérable sur la partie perdante qui devra aussi assumer ses propres coûts au litige. Ce déséquilibre financier a été questionné dans le Rapport Jackson, entré en vigueur depuis Avril 2013, qui a considéré que les primes d'assurances après l'évènement ne devront plus être récupérées sur la partie perdante.³²⁸ Le gagnant devra dorénavant assumer les coûts de ces primes des dommages prononcés en sa faveur.

243. Le caractère raisonnable de ces primes a été décidé dans l'affaire *Kelly*, dans laquelle la Cour anglaise (*High Court*) a été invitée à évaluer les dommages que le défendeur (*Black Horse Limited*) devrait payer aux demandeurs (*Margaret et Paul Kelly*), pour un montant de 70% des dépenses de ces derniers, incluant la prime d'assurance et les honoraires de résultat.³²⁹ La Cour s'est référée à l'affaire *Redwing Construction* qui a décidé du caractère proportionnel des primes d'assurance après l'évènement:³³⁰

«In relation to CFAs and ATE Insurance, the basic costs rules and practice about

³²⁵ *Id.*, Cento Veljanovski, «Third Party litigation funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 409.

³²⁶ *Id.* C. Hodges, John Peysner and Angus Nurse, «Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, Research report, janvier 2012, p. 11.

³²⁷ *Id.*, Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pp.96-97.

³²⁸ Décivant la partie bénéficiant d'une assurance après l'évènement comme un 'super-claimant', le Rapport a considéré que ce genre de financement incombe à la partie adverse un fardeau disproportionné, «*This package enables the client to hedge much of the risk of commercial litigation and to pursue its claim at relatively modest cost. At the same time the other side will face a potentially crushing costs burden, namely (i) its own costs, (ii) the ATE insurance premium (up to 65% of its own costs), (iii) the other side's base costs (at full hourly rates, not the "low fee" rate) and (iv) a success fee (100% of the other side's base costs). The partners in their presentations, not unreasonably, described the client with such a package as a "super-claimant". The super-claimant has modest exposure to costs liability, whereas the opponent has a very substantial exposure to costs risk*», *Id.*, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, Décembre 2009, Rupert Jackson, TSO, Ministère de la Justice du Royaume-Uni p. 98, disponible sur <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Jacksonfinalreport140110.pdf>.

³²⁹ *Kelly & Anor c/. Black Horse Ltd* [2013] EWHC B17 (Costs) (27 Septembre 2013).

³³⁰ *Redwing Construction Ltd c/. Wishart* [2011] EWHC 19 (TCC) (17 Janvier 2011), para 15.

reasonableness and proportionality apply. Thus, to the extent that the mark-up or uplift under the CFA or the premium for the ATE Insurance is unreasonable or disproportionate, it should be disallowed, at least on a standard assessment».

244. Le Juge Hurst a décidé que la prime imposée étant disproportionnée, aucune preuve n'a été produite pour révéler l'information sur laquelle l'assureur s'est fondé pour évaluer le taux de la prime.³³¹ Il en résulte que les demandeurs devront dorénavant produire des preuves convaincantes sur la méthode employée par l'assureur pour calculer le taux de ses primes et révéler toute information qui lui a été divulguée pour cet exercice. Autrement, les cours vont appliquer des taux qui reflètent le montant des coûts exacts du litige.
245. Aux États-Unis, les assurances avant et après l'évènement ne sont pas populaires, mais cela pourra changer avec l'introduction du financement des procès.³³² En revanche, les formes d'assurance généralement adoptées supposent la subrogation des procès, une méthode selon laquelle l'assureur, après avoir dédommagé l'assuré de tout dommage survenant à sa personne, poursuit l'auteur de cet acte en justice pour la récupération des montants payés à l'assuré.³³³
246. Une des caractéristiques du financement de l'arbitrage à travers les assurances est le contrôle de la procédure arbitrale que l'assuré devra céder à l'assureur. L'étendue de ce contrôle peut varier entre la détermination d'une résolution à l'amiable du litige et l'administration de la procédure arbitrale.³³⁴
247. La transmission du contrôle à l'assureur s'opère de la même manière que dans le cas du financement par cession.³³⁵ Toutefois, contrairement au financement par les tiers, un assureur traditionnel serait régulièrement en position de dicter le choix du demandeur de son conseil, alors que ce dernier est d'habitude le point de contact du demandeur avec le tiers financeur. Dans leur rapport sur les tiers financeurs (*ICCA-QMUL Task Force*), les Professeurs W. Park

³³¹ *Id. Kelly & Anor*, para 26.

³³² *Id.*, Geoffrey McGovern et al., «Conference Proceedings: Third-party litigation funding and claim transfer - Trends and implications for the civil justice system», RAND Corporation, UCLA Law / Rand, Centre for Law and Public Policy, p. 8.

³³³ *Ibid.*, Geoffrey McGovern et al.

³³⁴ *Id.*, Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pp. 5-6.

³³⁵ *Supra*, para 228 et seq.

et C. Rogers soulèvent que les assureurs avant l'évènement sont présumés être moins engagés dans les petits détails du procès que les tiers financeurs.³³⁶ Malheureusement, Park et Rogers ne présentent aucune justification de leur affirmation qui ne s'applique pas dans le cas d'un P&I Club (*Protection and Indemnity*), une association d'assurance mutuelle maritime qui assure la représentation de ses membres contre les risques.

248. En fait, ces derniers assureurs sont directement engagés dans la gestion des procès, inclus le choix du conseil représentant du membre dont ils financent son procès.³³⁷ Après tout, l'attitude active des P&I et Defence Clubs envers l'administration de la procédure arbitrale inclus, (i) la non divulgation de leur participation, (ii) leur contrôle de la gestion du procès, et (iii) la nomination du conseil de la partie demanderesse.³³⁸
249. La situation est assez comparable à celle des tiers financeurs actifs qui ne se limitent pas à financer le procès, mais engagent une équipe complète dédiée à sa gestion.

Sous-section 5: Le financement à travers l'investissement d'un tiers

250. Cette forme de financement se développe très rapidement à travers des institutions de financement spécialisées dans la pratique des contentieux et d'arbitrage, opérant dans les principales juridictions comme l'Australie, l'Angleterre, l'Allemagne et les États-Unis. Comme toute institution spécialisée dans le domaine de la finance, les institutions de financement des procès gèrent les fonds des tiers parties en les investissant dans des procès d'arbitrage, en échange d'une part des sommes recouvrées.
251. Le champ d'intervention principal des tiers financeurs était, jusqu'à bien récemment, les procédures d'insolvabilité. Ce sont généralement des petites ou moyennes demandes avec des résultats assez prévisibles qui suscitaient l'attention des financeurs. Parmi ceux qui investissent dans les cas d'insolvabilité, Harbour, Redress Solutions, Therium, ILF Advisors

³³⁶ W. Park et C. Rogers, «Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen Mary Task Force (2014)», Penn State Law Legal Studies Research Paper No. 42-2014, p.6.

³³⁷ Voir, Insurance Companies (Legal Expenses Insurance) Regulations 1990 (SI 1990/1160), implementing Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the Coordination of Laws, Regulations and Administrative Provisions relating to Legal Expenses Insurance, cited in Hazelwood and Semark, *P&I Clubs Law and Practice*, 4ème éd. (2010), para 26.2.

³³⁸ James Clanchy, «Navigating the Waters of Third Party Funding in Arbitration», *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82(3), 2016, p. 226-227.

et 1st Class Legal peuvent être cités. Certains financeurs, comme Harbour et ILF Advisors, traitent également de réclamations fiscales. Les tiers financeurs les plus impliqués ne financent que les grands litiges commerciaux, principalement des conflits contractuels et commerciaux. Les litiges qui n'attirent pas leurs intérêts sont les conflits matrimoniaux, les accidents, diffamation et ceux liés aux fautes professionnelles. En revanche, plusieurs investisseurs sont spécialisés dans le financement d'arbitrage et les actions de groupe, en particulier les contentieux de la concurrence.

252. Le seuil minimum mis en place par de nombreux investisseurs pour financer un procès quelconque dépasse une demande de US\$ 2 millions, et certains requièrent des demandes d'au moins US\$ 7 millions. Toutefois, dans la pratique, les demandes avec une valeur inférieure seront financées si elles sont particulièrement attrayantes en termes de solidité de l'affaire et de perspective d'un règlement rapide.³³⁹
253. Il existe deux modèles de financement par les tiers. Le premier est le modèle du demandeur individuel, par lequel une entreprise avance de l'argent au(x) demandeur(s) individuel(s) et charge les intérêts mensuels ou quotidiens à des taux annuels qui peuvent dépasser les 100% de la valeur du financement. Ces sommes sont comme des prêts sans recours, ce qui signifie que si le demandeur perd, le tiers financeur n'est pas habilité à demander un remboursement. Le montant du financement n'est remboursé que si le procès se clôture par des sommes monétaires prononcées en faveur du demandeur.
254. Le deuxième modèle est celui du demandeur entreprise *persona mores*, à travers duquel le tiers financeur avance de l'argent au(x) demandeur(s) en échange d'une part pro-rata prédéterminée et applicable sur les dédomagements découlant du procès, nonobstant le montant de ces sommes.³⁴⁰
255. Dans le deuxième modèle, la société de financement est une société d'investissement spécialisé ou un fonds de couverture, et l'emprunteur est généralement un avocat d'entreprise. Selon la valeur de l'affaire, les sommes versées au demandeur peuvent dépasser US\$ 15 millions. Une autre différence par rapport au premier modèle est que les montants du

³³⁹ Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p.418.

³⁴⁰ Jason Lyon, «Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation», 58 *UCLA Law Review* 571, at 578 (2010).

financement sont parfois effectués directement auprès du cabinet d'avocats plutôt que du demandeur individuel, et les prêts peuvent être rattachés à un cas particulier ou à un portefeuille de procès. Les sommes versées au demandeur entreprise sont également effectués sans recours, ce qui donne au financement par un tiers une ressemblance avec les autres mécanismes de financement entre les avocats et leurs clients, tels que les frais de succès (*success fees*). Cependant, ils diffèrent des frais de succès en ce que le tiers financeur est étranger au litige. Par conséquent, certains considèrent que, par leur présence, les tiers financeurs transforment un système de justice conçu pour juger les différends d'une manière juste et impartiale en un marché où les différends sont instrumentalisés pour servir les intérêts des investisseurs.³⁴¹

256. À cet effet, les institutions de financement emploient l'expertise des avocats, auditeurs et conseillers économiques, ayant une certaine expertise dans le processus judiciaire et dans l'administration des procès, afin d'évaluer le fond de toute demande arbitrale et la valeur économique de leur investissement comparée aux profits envisagés. Ces derniers seront partagés entre la partie financée et le financeur selon les termes de leur accord. En revanche, toute sentence finale rejetant les demandes de la partie financée n'entraîne pas la responsabilité de cette dernière envers les coûts de la procédure. Ces derniers devront être assumés par le tiers financeur. Ce risque de rejet des demandes par le tribunal arbitral justifie l'examen préalable du fond du litige, allant parfois jusqu'à solliciter l'avis indépendant d'un avocat sur les mérites et la stratégie à adopter durant la procédure arbitrale, avant la conclusion de l'accord de financement.³⁴²

257. Quelle que ce soit le modèle de financement adopté, la façon dont les investissements à travers le financement par les tiers sont structurés varie grandement. La flexibilité dans ces arrangements financiers est primordiale et s'adapte aux besoins particuliers du procès et du demandeur. Par exemple, le degré d'intervention du tiers financeur dépend de son accord

³⁴¹ NAMIC Strategic Policy Policy, «Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit», May 2011, p.2.

³⁴² *Id.* C. Hodges, John Peysner and Angus Nurse, «Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, Research report, Janvier 2012, p. 86, «(...) the funder is asked to assess the merits of the case and the existing legal strategy and to make a straight funding assessment based on a pre-existing determination of the case and its merits. The funder may require the client and legal team to clarify some aspects of the case and may offer advice on additional evidence or strategy but primarily are making an investment in the case on the basis of existing strategy. (...) The evidence and planned legal strategy established by the legal team are also factors influencing the funding decision, meaning that funding is more likely to be obtained for a good case with an experienced legal team known to the funder or recognized as having expertise and with a clear strategy in place for the case».

avec la partie financée et l'étendue de son investissement. Il est largement observé, quoique ce soit parfois contestable, qu'aucun contrôle du procès n'est transféré au tiers.³⁴³ Les décisions sur la gestion du procès demeurent ainsi prises par le demandeur et son avocat, qui reste le représentant légitime et unique du demandeur. Certes, il incombe au demandeur et à son avocat d'informer le financeur de tout développement durant la procédure, surtout en ce qui concerne le paiement des coûts du procès.³⁴⁴ Cette forme de financement passif est prédominante en Europe, surtout en Angleterre où les doctrines de *Champerty* et *Maintenance* interdisent l'ingérence du financeur dans la procédure arbitrale.³⁴⁵

258. Cependant, il arrive parfois que l'intérêt du financeur à réaliser des profits le pousse à adopter une posture active en s'ingérant dans l'administration du procès arbitral et dans la stratégie adoptée sur les coûts de la procédure.³⁴⁶ Cette distinction entre un financeur actif et un financeur passif est opérée par certaines juridictions qui conviennent en principe de condamner le premier aux frais de la procédure sans que cela devienne le cas pour le second.³⁴⁷ Cette approche est justifiée afin de responsabiliser les financeurs professionnels,³⁴⁸ sans que leur responsabilité dépasse la valeur proportionnelle du financement accordé.³⁴⁹ Cette forme de financement avec un financeur actif est essentiellement populaire en Australie et aux États-Unis. L'ingérence affecte cependant l'administration du procès arbitral, en remettant en cause l'efficacité de cette procédure. Les formes de financement ainsi déterminées, il est nécessaire de révéler les raisons pour lesquelles le recours à ce financement est justifié.

³⁴³ *Ibid.*, C. Hodges *et al.*, «Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, Research report, janvier 2012, p. 86, «*Funders in Model B adopt a 'hands off' approach and are purely investors in the case in return for a share of the proceeds and thus are not active participants*».

³⁴⁴ *Id.*, Cento Veljanovski, «Third Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 408, «*It is the responsibility of the claimant's legal advisers to manage and prosecute the claim. As the case progresses, the funder is kept informed and periodically pays invoices for legal and other costs*».

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 408.

³⁴⁶ Édouard Bertrand, *Colloque sur Le financement de contentieux par un tiers*. «La pratique contractuelle», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 155.

³⁴⁷ *Supra* décision du *Privy Council* dans l'affaire *Dymocks*. Dans l'affaire *Petromec Inc c/ Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Others*, Court of Appeal (Civil division), [2006] EWCA Civ 1038, 19 juillet 2006, la cour Anglaise a confirmé cette idée selon laquelle «*plus que le tiers prend en charge le contrôle du procès plus qu'il s'expose à devoir payer les coûts de procédure dans l'hypothèse d'une demande infructueuse, à tout le moins à hauteur de la proportion qu'il a financée*», voir *id.*, P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», *rev. arb.* 2011/2, pp. 399. Voir *infra*, para 477 sur la distinction entre un financeur actif et passif.

³⁴⁸ Voir *supra* l'affaire *Arkin*, para 42, «*Making funders liable for adverse costs means that professional funders will also have to consider with even greater care whether the prospects of litigation are sufficiently good to justify the support that they are asked to give. This also will be in the public interest*».

³⁴⁹ *Ibid.*, *Arkin* para 41, «*The funder should be potentially liable for the costs of the opposing party to the extent of the funding provided*».

Section IV: Les raisons justifiant le financement par les tiers

259. L'arbitrage international et le financement des contentieux par les tiers appartiennent à deux régimes différents ayant des fondements théoriques distincts. En fait, le développement de chacun de ces deux secteurs sert effectivement à réaliser des objectifs différents et à servir des acteurs économiques actifs dans le secteur financier et du commerce international. Il y a quelques années, aucune observation empirique n'a été complétée sur la relation entre le système arbitral et l'assistance financière aux procès arbitraux. Il se peut que la rigidité du principe de confidentialité en arbitrage prévienne toute divulgation d'une présence étrangère au procès.³⁵⁰ D'ailleurs, cette confidentialité s'applique aussi aux accords de financement entre le financeur et la partie financée, et sert à dissimuler toute présence d'une partie tierce au litige. Ce n'est que récemment qu'on commence à apercevoir une assistance financière aux procès arbitraux dans les différentes décisions des cours étatiques, notamment dans les procédures de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales.
260. Le recours à l'arbitrage international a sans doute crû ces dernières années comme le mode alternatif de règlement des différends, surtout pour la résolution des conflits commerciaux et d'investissement. Cette croissance n'aurait pas été possible sans le déclin du prix de pétrole. Il est commun dans les contrats de pétrole et gaz que les États, dans leurs appels d'offres, refusent d'accepter les clauses d'arbitrage dans leurs contrats avec les compagnies pétrolières et préfèrent d'habitude le recours aux cours étatiques pour le règlement des différends. En raison du déclin des prix du pétrole, les négociations sur les clauses contractuelles sont devenues plus flexibles, avec les États acceptant dorénavant l'inclusion de clauses d'arbitrage dans leurs contrats, surtout à cause de la réticence des compagnies pétrolières à accepter de nouveau des contrats-types imposés par les États, eu égard au risque économique qui a fait surface avec la réduction de ces prix.
261. De plus, la majorité des centres d'arbitrages et les institutions juridiques étatiques prennent au sérieux la modernisation et la flexibilité de leurs règles d'arbitrage afin de servir les besoins du commerce international et les principes du libre-échange.³⁵¹

³⁵⁰ Voir *infra*, para 378 *et seq.*, sur la confidentialité de la procédure arbitrale.

³⁵¹ Voir la directive de la CCI sur l'obligation de révélation de l'arbitre pour s'adapter aux problèmes récents de conflit d'intérêt, ICC Practice Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration.

262. Il existe aussi l'aspect philosophique de l'arbitrage, perçu essentiellement comme étant un des aspects de la politique réaliste du XIX^e siècle sur la résolution pacifique des différends étatiques. La fin de la guerre froide et l'expansion des blocs commerciaux³⁵² ont contribué au développement de l'arbitrage avec la croissance du commerce international, dont il est détaché de tout ordre étatique et se transforme en un levier principal de la mondialisation, pavant ainsi la route pour une justice internationale tant louée par les différents acteurs économiques. Cette relation entre l'arbitrage et le milieu commercial a donné à l'arbitrage un statut spécifique dont l'accès apparaît réservé uniquement aux acteurs économiques riches et sophistiqués.
263. Dès lors que le financement des contentieux s'est heurté aux prohibitions internes spécifiques à chaque système,³⁵³ les financeurs ont opté pour l'arbitrage afin de se développer loin des règles impératives de chaque État. En effet, étant le moteur principal pour le règlement des conflits commerciaux internationaux, la pratique du financement semble être plus attractive et plus lucrative dans le contexte d'une procédure arbitrale.³⁵⁴ Depuis, le financement de l'arbitrage s'opère pour soutenir le système arbitral comme un des leviers du développement du commerce international, mais aussi pour soutenir le recours des acteurs de l'économie internationale à ce système, en échappant aux exigences domestiques de la justice étatique.
264. Ainsi, nonobstant leurs fondements théoriques différents, l'arbitrage et le financement des procès sont deux faces appartenant à une seule monnaie employée pour servir les besoins du commerce international et du libre-échange économique (sous-section 1). L'image consacrée à l'arbitrage comme étant une justice pour les riches justifie l'adoption de la pratique du financement pour atténuer le fardeau financier imposé par les coûts exorbitants de la justice arbitrale (sous-section 2). Plusieurs acteurs, qui étaient actifs dans l'industrie financière avant la crise économique internationale de 2008, cherchent dorénavant à investir dans des secteurs alternatifs, et surtout lucratifs. Ainsi, les dommages-intérêts souvent décidés en arbitrage

³⁵² Comme le ALENA (accord de libre échanges nord-américain), ASEAN The Association of Southeast Asian Nations, accord commercial des pays de l'amérique latine (MERCOSUR), l'union économique et monétaire européenne (UE), *et cetera*.

³⁵³ *Id.* les doctrines *Champerty* et *Maintenance* dans les pays du *Common law*.

³⁵⁴ Jean-Baptiste Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers*. «La gestion du procès – L'incidence en arbitrage», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 232, «Il semble cependant qu'un intérêt particulier soit porté à l'arbitrage (certains financeurs se spécialisent dans ce secteur). En effet, l'opportunité de la pratique paraît plus grande dans le domaine de l'arbitrage que dans celui de la justice étatique. Si l'on raisonne en termes purement économiques, le marché du financement de l'arbitrage est sûrement plus attractif et plus lucratif que celui du financement du recours au juge étatique».

commercial international et les sommes recouvrées dans les conflits d'investissement motivent ses acteurs à investir dans certains types de procès arbitraux ayant un rendement financier élevé (sous-section 3).³⁵⁵ La présence d'un tiers financeur devient alors nécessaire, voire indispensable dès que l'aide public pour l'accès à la justice n'inclus pas la procédure arbitrale (sous-section 4).

Sous-section 1: L'arbitrage et le financement au service du commerce international

265. L'arbitrage international s'est sans doute développé significativement durant ces dernières décennies en raison de la relation intrinsèque qu'il entretient avec le monde des affaires. Contrairement à l'usage commercial ancien, où la relation physique entre les marchands était déterminantes, les négociateurs des contrats internationaux contemporains concluent plusieurs variétés du même contrat et de la clause arbitrale dans différentes juridictions, nonobstant les exigences domestiques de la loi interne.³⁵⁶
266. Depuis sa promulgation en 1958, la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales est perçue par le milieu des affaires comme une épée à double tranchant.
267. Le *premier* représente la certitude que la convention offre à travers la reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue à la marge du système juridique étatique. Un détachement des normes exigeantes de la justice étatique devenait ainsi possible par la seule exigence d'une clause arbitrale mutuellement consentie par les parties. Cela empêche le juge de prendre en considération les dispositions de sa loi interne pour la reconnaissance d'une sentence arbitrale, quand ces dispositions sont moins favorables que les dispositions de la convention

³⁵⁵ Les financeurs démontrent parfois un intérêt à financer des petits litiges, voir par exemple le financeur Augusta et son produit 'Trinity' visant des investissements dans des procès ayant de petits valeurs, i.e. £ 50,000, Rachel Rothwell, «Opening up funding for small claims», The Law Society Gazette, 26 septembre 2014, disponible sur www.lawgazette.co.uk/analysis/comment-and-opinion/opening-up-funding-for-small-claims/5042339.fullarticle.

³⁵⁶ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, OUP 2013, p. 37-38, «*The environment of international private commercial relations bore little relation to today's world. The number of sovereign states formally qualified to establish national legal orders was only a fraction of what it is today. International commerce was of a far less macroeconomic magnitude. It tended to involve simple, short-term transactions. (...) Arbitrations were not necessarily very international even if they involved exotic arbitrants. (...) Today negotiators of international contracts need not leave their desks, and may be entering into variants of the same contract in a great number of countries. And to the extent there were agreements to arbitrate, the resulting awards were in fact treated elsewhere – if at all – as pronouncements of the legal system of the country where they took place.*».

de New York.³⁵⁷

268. La nécessité économique de cette convention émanait essentiellement de l'essor des multinationales qui ne sont pas rattachées à une juridiction quelconque. Elle exige que chacune des entreprises faisant partie d'une multinationale possède une personnalité juridique autonome. Cette fiction légale hors des juridictions étatiques permet à la multinationale d'utiliser toutes les ficelles du droit interne et international pour réaliser le maximum de bénéfices.³⁵⁸
269. On observe à cet égard, dans l'arbitrage d'investissement, de multiples investisseurs étrangers originaires d'un pays n'ayant pas contracté un traité bilatéral avec celui dans lequel ils fonctionnent, ou ayant contracté un traité n'offrant pas une couverture suffisante, et qui procèdent à la création d'une société intermédiaire, souvent uniquement une "boîte aux lettres" dans une juridiction offrant un minimum de couverture contre les abus de la nation hôte, et cela afin qu'ils puissent poursuivre cette dernière en justice arbitrale dans le cas où leur investissement serait confisqué ou dissipé.³⁵⁹ Par ailleurs, alors que les multinationales ont longtemps affirmé leur caractère de sujet de droit international,³⁶⁰ les exigences du critère de nationalité comme condition indispensable pour tout recours aux protections stipulées dans les traités d'investissement, deviennent de plus en plus obsolètes et vides de substance.³⁶¹

³⁵⁷ À l'exception des dispositions de l'ordre public interne, Monde Diplomatique, «La conférence des Nations unies sur l'arbitrage commercial international abandonne le principe de la territorialité», octobre 1958.

³⁵⁸ Monde Diplomatique, «Des géants en quête d'un statut juridique», par Armando Uribe, avril 1975.

³⁵⁹ À titre d'exemple, la compagnie pétrolière américaine, Exxon-Mobil, poursuit le Venezuela par des procès évalués à plusieurs milliards de Dollars en invoquant les protections du traité bilatéral néerlandais où elle opère une filiale presque virtuelle. Voir, Commercial Dispute Resolution, «States take the BIT between the teeth», Tom Moore, 19 Novembre 2013, «*Foreign investors not covered by a bilateral investment treaty will often create an intermediary company so it can sue the host nation if relations turn sour and its investment compromised*», disponible sur <http://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/4585-states-take-the-bit-between-the-teeth?newslettercrmid=e5f52206-3d41-e311-8324-b8ac6f1693a8>. C'est aussi le cas de la compagnie *Canadienne Pacific Rim* qui a prétendument transféré sa filiale des îles Caïmans au Nevada aux États-Unis en 2007, bénéficiant des protections offertes par le traité DR-CAFTA de libre échange auquel les États-Unis sont parties, v. Laurent Carasik, Undermined, «the case against international arbitration tribunals», Foreign Affairs, 1er octobre 2014, disponible sur <http://www.foreignaffairs.com/articles/142130/laurent-carasik/undermined>.

³⁶⁰ Cela malgré les mouvements contestataires dirigé auparavant contre cette tendance. *Id.*, Monde Diplomatique, «Des géants en quête d'un statut juridique», par Armando Uribe, avril 1975.

³⁶¹ E.g., Article 25 de la Convention et Règlements du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre pays et nationaux d'autres pays, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf. V. P. Pinsolle; «Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration», TDM 4 (2013).

270. Ainsi, la convention de New York survenait comme une étape supplémentaire suite à l'institutionnalisation de l'arbitrage, par la création en 1923 de la cour d'arbitrage international au sein de la CCI, comme un mode de règlement principal des conflits commerciaux.³⁶² Selon la CCI elle-même, cette organisation internationale lutte pour le développement d'une économie mondiale ouverte et efficace comme une source de paix et de prospérité à travers le monde.³⁶³ L'arbitrage est son levier jurisprudentiel principal pour la réalisation de cet objectif. Il n'est pas étrange qu'en 1979, le débat sur l'analyse économique du droit lancé par R. Posner identifiait, dans la pratique de l'arbitrage commercial, les composantes d'un marché efficient des services jurisprudentiels.³⁶⁴
271. Cependant, avec l'effondrement de l'ordre juridique étatique, les acteurs économiques privés requièrent de plus en plus la sécurité dans des marchés délocalisés et dérèglementés,³⁶⁵ que seules peuvent fournir des formes institutionnelles non étatiques et dûment homologuées pour le règlement des litiges. Depuis, soumis à la logique commune de la concurrence et du profit au service du commerce international, les centres d'arbitrages prolifèrent dans les principaux centres d'affaires économiques au monde.³⁶⁶
272. Ainsi dérèglementé³⁶⁷ et fortement autonomisé de l'ordre judiciaire étatique,³⁶⁸ l'arbitrage

³⁶² A. S. Sweet *et al.*, The evolution of international arbitration: Delegation, judicialization, Governance, in Walter Mattli et Thomas Dietz, *International Arbitration and Global Governance – Contending theories and evidence*, Oxford University Press, 2014, p.34 «Under the New York Convention, parties that fail to abide by an arbitral judgment can be sued at their national bar, and national judges are, with few exceptions, required to enforce the judgment against the recalcitrant party. (...) The first claim, then, is that these treaties perform a constitutional function, in that they delegate authority to arbitrators and create a legal framework for enforcement of arbitral awards by national judges».

³⁶³ ICC Dispute Resolution, *A world of experience, a wealth of expertise*, ICC Publication, octobre 2012.

³⁶⁴ William M. Landes et Richard A. Posner, «Adjudication as a Private Good», 8 *Journal of Legal Studies* 235 (1979). Voir aussi, Horatia Muir Watt, «Économie de la Justice et Arbitrage International», (Réflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation), *Rev. Arb.*, 2008/3, pp. 392, «Initialement, l'hypothèse d'un marché privé des services judiciaires a été utilisée pour éclairer et expliquer les défauts du service public de la justice et ainsi répondre à la question de savoir « Why Courts Don't Work ». La perte de confiance des justiciables dans les juridictions étatiques, associée au coût très élevé des procès, à la lenteur et à la rigidité des procédures et à l'imprévisibilité des décisions, incitait en effet à rechercher dans le modèle de l'arbitrage les composantes d'un marché efficient du contentieux commercial».

³⁶⁵ Voir en ce sens, Monde Diplomatique, «Droit et justice sous la loi du marché», par Yves Dezalay, septembre 1989.

³⁶⁶ On note à titre d'exemple le centre CIRDI pour les conflits d'investissements www.worldbank.org/icsid, PRIME Finance pour les conflits émanant des transactions financières complexes www.primefinancedisputes.org, Cour d'Arbitrage de la CCI, Centre d'Arbitrage International de Singapour, Centre d'Arbitrage International de Hong Kong, London Court of International Arbitration, ainsi que des dizaines de centres d'arbitrage à travers le monde pour la résolution des conflits commerciaux.

³⁶⁷ On entend par ce terme le détachement des normes étatiques, mais l'ordre arbitral dépend toujours du droit commercial international, la *lex mercatoria*, et l'ordre public international. Même quand le fond du conflit est gouverné par une loi étatique quelconque, les approches des arbitres sur les questions de fond les conduit souvent à parvenir à des résultats différents des juges nationaux, puisque les forces sociales du marché agissent

offre un service juridictionnel presque complet, opérant dans un « *marché global des services jurisprudentiels* ». ³⁶⁹ Étant donné l'intérêt que porte l'arbitre à sa réputation individuelle, ³⁷⁰ ce dernier rend sa décision en prenant compte les intérêts des seules parties à la procédure arbitrale, sans être intéressé par les normes d'intérêt public affectant la collectivité. ³⁷¹ En opposition, ces normes devront être prises en considération dans toute décision issue par la justice étatique. Cette justice arbitrale à la carte, dénommée « *multi-door-courthouse* », ³⁷² profite donc aux entreprises en leur permettant de garder le contrôle et la gestion de leurs différends.

273. La convention de New York offre un *deuxième* outil concernant la garantie de l'efficacité internationale des sentences arbitrales, en offrant un mécanisme homogène d'exécution de ces sentences. À titre similaire, la convention de New York a été couplée avec la convention de Washington de 1965 sur l'arbitrage d'investissement. ³⁷³ À part certains règlements régionaux, aucun mécanisme international équivalent n'existe pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étatiques. ³⁷⁴

conjointement pour démotivé l'arbitre en l'empêchant de prendre une décision conforme aux lois étatiques, mais pouvant endommager les intérêts de l'arbitrage commercial international, ou celles des parties qui l'emploient. Voir, *id.* Joshua Karton, *The culture of international arbitration and the evolution of contract law*, Oxford University Press, 2013. Sur la théorie économique des décisions de l'arbitre, voir *id.* Sophie Harnay, «Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : Quelques éléments d'analyse économique», *Rev Arb.*, Vol. 2012/4, pp. 763 «*L'intérêt de l'arbitre à sa réputation individuelle emporte de ce fait des conséquences sur la décision arbitrale. En effet, l'arbitre va désormais produire individuellement sa décision en tenant compte non seulement de sa satisfaction privée et des effets de celle-ci sur son revenu, (...) mais également des effets de cette décision sur sa réputation. Cette dernière exercera par suite un effet " disciplinant " sur l'arbitre, ou incitatif à la production de décisions satisfaisant effectivement les demandes des parties. En particulier, lorsque la production d'une décision conforme aux préférences privées de l'arbitre, mais s'éloignant des attentes des parties, comporte un coût réputationnel élevé (...), l'arbitre acceptera de rendre une décision se rapprochant des demandes des parties et s'éloignant de ses préférences privées.*». Voir en ce sens, *id.* Horatia Muir Watt, «Économie de la Justice et Arbitrage International», *Rev. Arb.*, 2008/3, pp. 392, qui évoque le manque de responsabilité des juges envers leur inefficacité, ou les erreurs du système judiciaire dû à l'absence de l'incitation existante au marché privé «*dans la mesure où ils ne subissent pas de leur côté le coût public de leur propre inefficacité ou des erreurs de jugement*».

³⁶⁸ *Id.* Horatia Muir Watt, «Économie de la Justice et Arbitrage International», pp. 392.

³⁶⁹ J. Dammann et H. Hensmann, «Globalising Commercial Litigation», *Cornell Law Review*, Vol. 94:1, 2008.

³⁷⁰ *Id.* Sophie Harnay, «Réputation de l'arbitre et décision arbitrale», p. 763.

³⁷¹ *Id.*, William M. Landes et Richard A. Posner, «Adjudication as a Private Good», 8 *Journal of Legal Studies* 235 (1979), p. 238.

³⁷² *Id.*, Monde Diplomatique, «Droit et justice sous la loi du marché», par Yves Dezalay, Septembre 1989.

³⁷³ Convention de Washington de 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Voir, E. Cabrol, «Droits des investissements internationaux. Contentieux arbitral international», Arbitrage CIRDI, *Juris Classeur Droit International*, Fasc. 572-70, 2009, n° 67.

³⁷⁴ V. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; Convention arabe de Riyad de 1983, relative à la coopération en matière judiciaire.

274. Dans ce contexte, le financement de la procédure arbitrale intervient initialement comme un support additionnel pour le développement de l'arbitrage au service du commerce international. Les financeurs commercialisent ce service à grande échelle, en faisant du contentieux un pur « investissement financier ».³⁷⁵ Cela a pour effet d'améliorer l'accès des différents acteurs du commerce international aux services de la justice arbitrale, surtout les plaideurs impécunieux, faisant ainsi de l'arbitrage un mécanisme de résolution des différends disponibles pour toutes les composantes du commerce international.
275. De la même manière, le financement des procès est aussi disponible pour des acteurs ayant les ressources financières nécessaires pour se servir de la justice arbitrale, mais qui préfèrent externaliser les coûts de cette procédure vers un tiers financeur.³⁷⁶ Ces coûts exorbitants représentent un facteur considérable stimulant le développement de la pratique du financement. D'une part, le financement promu l'arbitrage comme le mécanisme principal pour la résolution des différends commerciaux internationaux. D'autre part, il sert à améliorer l'accès à ce mécanisme de règlement des différends par la couverture des coûts croissants de la procédure arbitrale.
276. Nonobstant le fait que l'arbitrage international et le financement par les tiers se développent d'une manière distincte, ils partagent pourtant des facteurs similaires justifiant leur intersection. Dans ce contexte, certains ordres juridictionnels entament la modernisation de leurs systèmes en démontrant à la fois leurs tendances favorables à l'arbitrage et au financement comme un moyen pour attirer l'investissement direct étranger.³⁷⁷ Le financement et l'arbitrage se présentent donc comme des leviers importants pour le développement de l'économie nationale et internationale.³⁷⁸ Plus les conflits commerciaux sont résolus, plus les affaires commerciales peuvent continuer et plus l'économie affiche des indices de développement élevés.

³⁷⁵ Voir e.g la boîte de financement Claim Trading Ltd, établie à Londres et Dubai, Faire du contentieux un investissement financier, Droit & Patrimoine, no. 225, Mai 2013, p.6, https://www.claimtrading.com/docs/DEP225_eclairage%20financement%20de%20proces%202013%20May.pdf.

³⁷⁶ *Id.*, Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 439.

³⁷⁷ *Id.*, Selwyn Seidel, «Third-party investing in international arbitration claims – to invest or not to invest? A daunting question», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 2, p. 17.

³⁷⁸ Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, «Profiting from injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Boom», *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, Bruxelles 2012, pp. 56-63.

277. Si le règlement des conflits commerciaux se fait alors à travers l'arbitrage, comme le moyen préféré de règlement des conflits, un accord avec le tiers financeur sert à éliminer le risque financier, celui des coûts, qui entrave le demandeur à porter plainte. Le financeur s'engage à prendre en charge la couverture des coûts de l'arbitrage, un remède tellement attendu surtout qu'un mouvement de contestation ne cessait, légitimement, de protester contre les coûts élevés de l'arbitrage.

Sous-section 2 : La réduction des coûts de la justice arbitrale

278. La différence principale entre l'arbitrage et les autres procédures tient au fait que, le plus souvent, l'arbitrage est rémunéré. Bien qu'il s'agisse de rendre la justice, ce qui constitue une mission originellement gratuite, l'arbitrage donne lieu à un versement d'argent. Aussi peut-on se demander si cette spécificité transforme à ce point l'arbitrage qui l'éloigne de son appartenance à la justice. Et ce d'autant plus que la patrimonialisation de l'arbitrage est allée croissant, au point que la question des coûts prétendument excessifs de l'arbitrage est devenue lancinante.

279. Auparavant, l'arbitrage se justifiait par sa rapidité, flexibilité, expertise, confidentialité, neutralité, mais aussi par ses coûts réduits. L'avantage dominant de l'arbitrage international est que les multinationales veulent faire usage d'une justice neutre, ouverte et hors des stéréotypes 'nationaux' souvent observés dans les cours étatiques.³⁷⁹ En France, ces avantages étaient inhérents à l'arbitrage depuis le 18^{ème} siècle quand l'Assemblée Constituante considérait l'arbitrage comme étant le mode habituel et naturel pour le règlement des différends.³⁸⁰ Depuis, la Révolution française a critiqué l'arbitrage à la base que les parties à un conflit devraient y avoir accès à, et également la protection et les garanties de la justice étatique.³⁸¹ Durant cette période, le code de procédure civil de 1806 imposait des limites à la pratique de l'arbitrage et la Cour de cassation a rejeté en 1843 l'exécution d'une clause arbitrale, pour la simple raison qu'elle n'identifiait pas les arbitres.³⁸² Depuis, la demande d'une justice rapide et neutre a refait surface pour répondre aux besoins du commerce

³⁷⁹ W. L. Kidane, *The Culture of International Arbitration*, OUP, 2017, p. 91.

³⁸⁰ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, § 39-40, citant l'article 86 de la constitution française de 1793 et l'article 210 de la même constitution de 1795.

³⁸¹ *Idem*, § 41.

³⁸² W. L. Kidane, *The Culture of International Arbitration*, OUP, 2017, p. 91.

international. Mais ces caractéristiques d'expertise et neutralité, ainsi que la complexité des transactions internationales,³⁸³ ont contribué à augmenter les coûts de l'arbitrage.

280. L'arbitrage moderne est onéreux³⁸⁴ et devient de plus en plus complexe. Il y a eu sans doute un changement dans la manière dont on gère une procédure arbitrale. Un arbitrage moderne est très différent de l'arbitrage de 1958, l'année durant laquelle la convention de New York a vu le jour. Alors que la structure de base du procès arbitral est la même, e.g. un arbitre désigné par les parties qui résout leurs différends à travers une sentence arbitrale, une procédure arbitrale moderne contient dans la majorité des cas trois, cinq ou sept arbitres, des experts nommés par les parties et le tribunal arbitral, des témoins des parties concernés, des procès dans lesquels on a consolidé deux ou plusieurs procédures arbitrales, des actions de groupe, des audiences et des plaidoiries étalées sur deux ou trois ans. À cela s'ajoute une multitude de nouvelles théories qui n'existaient pas il y a 20 ans, et qui représentent un développement procédurale à la base duquel on accepte dans un arbitrage moderne, e.g. à transmettre la clause arbitrale à des non-signataires, à ordonner le dépôt d'une garantie, à accepter l'intervention d'un tiers,³⁸⁵ ainsi que d'autres nouvelles théories qui ne formaient pas dans le passé une partie de l'arbitrage.

281. On peut aussi, dans l'analyse des coûts de l'arbitrage, rappeler le fait que la manière dont on gère habituellement une procédure arbitrale devient davantage un style anglo-saxon, notamment avec le «*disclosure/discovery*» en matière de preuve³⁸⁶ et la «*cross-examination*» des témoins et experts.

³⁸³ *Op. cit.* B. Oppetit.

³⁸⁴ CIArb Costs of International Arbitration Survey 2011, une enquête rassemblant 250 arbitrages commerciaux internationaux entre 1991 - 2010, déterminant que les demandeurs dépensent en moyenne GBP 1,580,000 en total, alors que les répondants dépensent GBP 1,413,000. Les coûts des arbitrages des conflits d'investissements ont effectivement augmentés durant les dernières années. V. OCDE, «Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement», table ronde à Paris sur la liberté d'investissement, p.8, 14 décembre 2012: "*Although information about costs is limited, it appears that legal and arbitration costs for the parties in recent ISDS cases have averaged over USD 8 million. In a recent case involving mass claims, the parties had spent almost USD 40 million in legal fees alone by the time the tribunal decided it had jurisdiction to decide the merits.*"

³⁸⁵ T. Bevilacqua, «Voluntary Intervention and Other Participation of Third Parties in Ongoing International Arbitrations: a Survey of the Current State of Play», in (2007) 1 World Arbitration and Mediation Review 507.

³⁸⁶ La procédure est appelée «Discovery» aux États-Unis, et semble être critiquée par un mouvement qui considère que cette pratique est difficile à concilier avec les meilleures pratiques d'arbitrage: J. Barkett, «E-discovery for Arbitrators under the IBA Rules for Taking Evidence» (John M. Barkette, 2007); B. Hanotiau, «Document Production in International Arbitration: a Tentative Definition of Best Practices», in ICC Special Supplement 2006, *Document Production in International Arbitration*, pp. 113-128; voir aussi, R. Smith et T. Robinson, «E-disclosure in International Arbitration» (2008) 24, *Arbitration International*, 105; J. Carter, J. Hardiman et J. Neuhaus, «Discovery in Arbitration: Recent Developments» (2009), *Arbitration Review of the Americas* 8.

282. Certes, la forme moderne des contentieux arbitraux a causé l'augmentation des coûts de l'arbitrage. Philippe Fouchard dénonçait déjà en 1989 «*les lourdeurs effrayantes des arbitrages internationaux, qui donnent lieu à plusieurs échanges de mémoires interminables, accompagnés de kilos de pièces ou de mètres de dossiers, des expertises et des contre-expertises, des audiences de plusieurs semaines*». ³⁸⁷ Mais les coûts de l'arbitrage n'empêchaient pas ses usagers d'avoir recours en échange de la confidentialité, des dommages intérêts élevés et d'une procédure internationale certaine et claire pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (certes, à travers la convention de New York).
283. Quelles que soient les raisons qui ont rendus l'arbitrage cher et coûteux, le sujet des coûts devient problématique et nécessite des mesures drastiques pour le résoudre. Des études récentes ont confirmé que les coûts moyens des demandeurs et défendeurs dans l'arbitrage des conflits d'investissement ont augmenté de 32% pour les conflits réglés après 2006, comparés à ceux qui avaient été réglés avant cette année. ³⁸⁸
284. Il y a quelques années, le centre CIRDI n'avait qu'un potentiel incertain. Cependant, les traités bilatéraux d'investissements, notamment l'ALENA et le traité sur l'énergie (*Energy Charter Treaty*) ont changé la dynamique du centre qui abrite actuellement des procédures d'arbitrages les plus coûteuse du monde. ³⁸⁹ Une grande partie de ces procédures sont intentés sur la base de l'ALENA ou l'*Energy Charter Treaty*.
285. En ce qui concerne l'arbitrage commercial, les coûts du tribunal arbitral dans ces contentieux

³⁸⁷ Cité dans W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage - Le marché de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013, p.24.

³⁸⁸ Plus de 250 procès ont été enregistré au CIRDI, la plupart durant les 15 dernières années. Au moins 100 autres procédures d'investissements sont enregistrées dans d'autres centres d'arbitrage ou selon les règles CNUDCI. La raison de cette croissance dans les nombres des procès sont les quelques 2,500 traités bilatéraux qui tous réfèrent à l'arbitrage pour le règlement des conflits. Voir, N. Ulmer, «Arbitration has come out of the Closet and Gone Global», 6(4) *The Deal*, 11-17 février 2008; accord, T. Webster, «Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues», in (2009) 25 *Arbitration International* 469 at p. 503, K. H. Böckstiegel, *Perspectives of Future Development in International Arbitration*, in Newman and Hill (eds.) *Arbitration* (2^{ème} éd., 2008), pp. 825-826.

³⁸⁹ Plus de 250 procès ont été enregistré au CIRDI, la plupart durant les 15 dernières années. Au moins 100 autres procédures d'investissements sont enregistrées dans d'autres centres d'arbitrage ou selon les règles CNUDCI. La raison de cette croissance dans les nombres des procès sont les quelques 2,500 traités bilatéraux qui tous réfèrent à l'arbitrage pour le règlement des conflits. Voir, N. Ulmer, «Arbitration has come out of the Closet and Gone Global», 6(4) *The Deal*, 11-17 février 2008; T. Webster, «Efficiency in Investment Arbitration: Recent Decisions on Preliminary and Costs Issues», in (2009) 25 *Arbitration International* 469 at p. 503, K. H. Böckstiegel, *Perspectives of Future Development in International Arbitration*, in Newman and Hill (eds.) *Arbitration* (2^{ème} éd., 2008), pp. 825-826.

ont aussi augmenté de 56% durant la même période 2006.³⁹⁰ Les équipes administratives des centres d'arbitrage ont grandi en nombre et variété, ce qui explique également l'augmentation des coûts de l'arbitrage. La CCI a par exemple établi récemment des branches en Europe de l'Est et le Moyen-Orient³⁹¹ pour répondre au nombre croissant de procès provenant de la chute du bloc soviétique et l'instabilité politique continue du printemps Arabe. Une croissance similaire peut être vue par le nombre de procès administrés par le LCIA,³⁹² SCC,³⁹³ ICDR,³⁹⁴ les chambres suisses³⁹⁵ et d'autres institutions arbitrales.

286. Un facteur qui n'est pas tellement nouveau, mais qui a certes augmenté ces dernières années et qui a contribué à l'augmentation des coûts de l'arbitrage, ce sont les pratiques malveillantes de certaines parties visant à entraver le déroulement efficace de l'instance.³⁹⁶ Par exemple, une partie peut retarder la conclusion de la procédure, en décidant au début du procès de ne pas participer à l'arbitrage mais en changeant d'avis au milieu de l'arbitrage. Sauf à risquer, faute de risquer l'annulation de sa sentence, un tribunal arbitral ne peut pas continuer la procédure arbitrale *ex parte* et devra donc modifier certaines étapes procédurales afin d'accommoder la participation de cette partie, ce qui retarde la conclusion de l'arbitrage et augmente par conséquence ses coûts.

287. En parallèle, depuis la crise financière en 2008, les petites et moyennes entreprises se

³⁹⁰ GAR, «counting the costs of investment treaty arbitration», 24 Mars 2014.

³⁹¹ La CCI a récemment établi depuis janvier 2018 une équipe basée à la zone franche financière d'Abou Dhabi, Abu Dhabi Global Market, disponible sur <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/arbitration/adgm-arbitration-centre>.

³⁹² En Novembre 2008, le LCIA a confirmé l'enregistrement de 175 nouvelles procédures arbitrales durant cette année, comparées avec les 137 procédures en 2007, une augmentation de 22%.

³⁹³ Voir, «All time high!», Stockholm International Arbitration newsletter 1/2008, p. 1.

³⁹⁴ M. Appel, «International Commercial Arbitration as Relevant as Ever», (2009), *European and Middle Eastern Arbitration Review* 1, pp. 1-2.

³⁹⁵ Voir les statistiques reportées dans Kellerhals, «Highlights from the arbitration committee», cité dans Dr. Rainer Füg (ed.), *Swiss Rules of International Arbitration : Five Years of Experience* (2009), p. 25 ('Swiss Rules Report').

³⁹⁶ Des mesures furent récemment introduites par des organisations judiciaires et des centres d'arbitrages pour contourner l'emploi de ces techniques. On note les lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international, adoptées par la résolution du 25 Mai 2013, préambule, p.2 «*The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (the 'Guidelines') are inspired by the principle that party representatives should act with integrity and honesty and should not engage in activities designed to produce unnecessary delay or expense, including tactics aimed at obstructing the arbitration proceedings*». Il est à noter que ces règles ne sont pas obligatoires. V. aussi, les nouvelles règles d'arbitrages de la *London Court of International Arbitration (LCIA)*, entrées en vigueur le 1^{er} Octobre 2014, Article 28(4) : «*(...) The Arbitral Tribunal may also take into account the parties' conduct in the arbitration, including any co-operation in facilitating the proceedings as to time and cost and any non-co-operation resulting in undue delay and unnecessary expense. Any decision on costs by the Arbitral Tribunal shall be made with reasons in the award containing such decision*». Article 37(5) du Règlement d'Arbitrage de la CCI, «*Lorsqu'il se prononce sur des frais, le tribunal arbitral peut tenir compte des circonstances qu'il estime pertinentes, y compris dans quelle mesure chacune des parties a conduit l'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coûts*».

trouvent de plus en plus en difficulté d'honorer leurs obligations financières.³⁹⁷ D'où le besoin de nouveaux instruments pour le financement du procès, permettant aux parties concernées de faire valoir leurs droits.³⁹⁸ L'initiative vient au début par les conseils, dont le problème principal réside dans le financement de leurs coûts. Le modèle est désormais celui d'une société d'avocats aux moyens d'autant plus illimités qu'ils seront de plus en plus souvent abondés, non par la partie défendue, mais par un tiers, quand ce n'est pas le cabinet d'avocats qui travail à perte, escomptant se rémunérer par la sentence.³⁹⁹ Cela ouvre le champ de l'arbitrage aux parties insolubles⁴⁰⁰ et même plus généralement aux parties faibles⁴⁰¹ qui peuvent agir sans avoir la capacité de couvrir la charge financière initiale.

288. Il est logique que le financement des procès ne se limite pas aux cas d'impécuniosités, mais permette aussi à des plaideurs motivés par des considérations financières et économiques d'y avoir recours en transférant les coûts et les aléas de la procédure à un tiers financeur, tout en bénéficiant d'un paiement anticipé du montant de la réparation.⁴⁰² Un défendeur impécunieux peut aussi avoir recours au financement, surtout lorsqu'il introduit des demandes reconventionnelles uniquement admises lors du versement d'une provision déterminée.⁴⁰³ Le

³⁹⁷ Peter Lang, «Financial Capacity of the Parties. A condition for the validity of arbitration agreements?», German Institute of Arbitration, 2004.

³⁹⁸ Voir, M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Thèse, Université de Versailles-Saint-Quentin, 2011.

³⁹⁹ T. Clay, «Impécuniosité et arbitrage», conférence au comité français de l'arbitrage, 10 juillet 2008.

⁴⁰⁰ M. De Fontmichel, *L'argent dans l'arbitrage - «Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable»*, 2013, Lextenso éditions, p. 37, «L'insolvable (...) est celui qui fait l'objet d'une procédure collective, soit de sauvegarde, soit de redressement, soit de liquidation, et qui ne peut plus faire face aux coûts d'un arbitrage en raison de son manque de capacité financière. Sa situation recoupe, à de nombreux égards, la situation de l'impécunieux qui, lui non plus ne peut faire face aux coûts d'un arbitrage mais qui, contrairement à l'insolvable, n'est pas dans une situation juridique objective de cessation de paiement ou de procédure collective. Il est à noter qu'une partie peut faire l'objet d'une procédure collective et conserver tout de même une capacité d'engager quelque dépense aux fins de la réalisation des objectifs de procédure. Mais cette dernière hypothèse ne pose pas de difficulté particulière au regard de la problématique de l'accès à la justice arbitrale (...)». Le financement, entendu largement, constitue un des différents outils financiers à la disposition de la partie insolvable pour réaliser son droit, c'est-à-dire accéder à la justice arbitrale.

⁴⁰¹ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préface de T. Clay, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.

⁴⁰² Voir *id.*, Jean-Baptiste Racine, «Colloque sur le financement de contentieux par un tiers. La gestion du procès – L'incidence en arbitrage», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 233 «Il est, semble-t-il, assez fréquent qu'un plaideur non impécunieux fasse le choix de recourir au financement de contentieux par un tiers, cette décision étant motivée par des considérations d'opportunité économique». *Id.*, Andrea Pinna, la mobilisation de la créance indemnitaire, RTD Civ. 2008, p. 229, «Si la mobilisation d'une créance indemnitaire était possible, le prix du transfert se substituerait à la réparation du préjudice de la victime. Ce prix serait certes inférieur au montant de la créance de réparation intégrale, mais s'accompagnerait d'une suppression des coûts et des aléas de la procédure, et le cédant bénéficieraient d'un paiement considérablement anticipé. Cette anticipation dans le versement de l'indemnité est de nature à inciter les victimes à mobiliser et les investisseurs à spéculer sur la différence temporaire entre le placement et le retour sur investissement. Les avantages potentiels d'une mobilisation de créance indemnitaire apparaissent bien réels par rapport aux méthodes traditionnelles de réparation du préjudice qu'il soit contractuel ou délictuel».

⁴⁰³ Article 36(6) du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) 2012, «Lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, le Secrétaire Général peut, après consultation du tribunal arbitral,

recours à un financeur assure ainsi le respect de la contradiction en permettant à la partie défenderesse de soumettre des revendications juridiques.⁴⁰⁴ Le principe de contradiction prévient donc toute éventualité d'annulation de la sentence arbitrale rendue sans la prise en considération des demandes du défendeur.⁴⁰⁵

289. Il est à noter que les arguments rejetant tout fondement du bénéfice d'accès à la justice, sont avancés dans un contexte plutôt judiciaire qu'arbitral. Pour certains, le financement des contentieux par un tiers ne portera que sur des contentieux à forts enjeux financiers limités aux grandes entreprises, sans tenir compte des petites plaintes souvent avancées par des parties impécunieuses.⁴⁰⁶ Dans un système judiciaire, le financement des procès peut également exclure les revendications aux sommes réduites,⁴⁰⁷ mais dans un arbitrage international cette exclusion n'existe pas, puisque, de toute façon, les procès arbitraux sont

l'inviter à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours, à l'expiration duquel les demandes auxquelles correspond cette provision seront considérées comme retirées. Si la partie concernée entend s'opposer à cette mesure, il lui appartient de demander, dans le délai ci-dessus, que la question soit tranchée par la Cour. Un tel retrait ne prive pas la partie concernée du droit de réintroduire ultérieurement la même demande dans une autre procédure».

⁴⁰⁴ L'idée de l'égalité des ressources en arbitrage concerne plus spécifiquement les coûts des avocats que ceux de la justice arbitrale. Voir en ce sens une étude faite par la Chambre de Commerce Internationale concernant les procès résolus en 2003 et 2004 ou les coûts individuels des parties, voire le coût légal, représentaient 82% de la totalité des coûts arbitraux, *Techniques for Controlling Time and Cost in Arbitration*, Publication CCI 843, Introduction (2007).

⁴⁰⁵ Voir l'affaire *Société Licensing Projects (LP) et autres c/ Société Pirelli & C. SPA et autres*, Cour d'Appel de Paris 17 Novembre 2011, *Rev. arb.* 2012/2, p. 387, «*La décision de la Cour internationale d'arbitrage selon laquelle la défenderesse à l'arbitrage ayant omis de payer l'avance des frais relatives à ses demandes reconventionnelles, celles-ci étaient considérées comme retirées sans préjudice de la possibilité qu'elles soient présentées à nouveau dans le cadre d'une autre procédure, a été tenue pour acquise par le tribunal arbitral. Une telle décision, alors que la défenderesse à l'arbitrage faisait valoir, et qu'il était d'ailleurs constant, qu'elle avait été placée en liquidation judiciaire et qu'elle n'était pas en mesure de payer la provision fixée, apparaît, dans les circonstances de l'espèce, comme une mesure excessive qui a eu pour effet de la priver de la possibilité de faire prononcer sur ses prétentions*»; D. Cohen, «Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ?», *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} Janvier 2012 n° 1, p. 159, «*Cette exigence du droit d'accès au juge se retrouve dans la Convention européenne des droits de l'homme, si présente aujourd'hui devant le juge étatique, et son défaut d'application directe à l'arbitrage n'empêche pas les principes qu'elle édicte de l'influencer largement, notamment à travers son article 6-1 sur le droit à un tribunal impartial et indépendant (...). La matière arbitrale a d'ailleurs connu, après une forte opinion doctrinale (...), une consécration de ce droit d'accès au juge par l'invocation du risque de déni de justice comme chef de compétence du juge d'appui français en jurisprudence d'abord (...) puis récemment dans les textes, à travers la réforme de l'arbitrage opérée par le décret du 13 janvier 2011 et la reprise de cette solution dans l'article 1505, 4^o CPC*». Cela en dépit de l'observation de l'auteur que la décision de la Cour d'Appel suscite de légitimes interrogations sur l'application de l'article 30 du Règlement d'Arbitrage de la CCI de 1998 (Article 36(6) du même Règlement 2012), considérant que cette décision viole l'accord des parties sur l'application de ce Règlement à leur procédure arbitrale; F.X. Train, «Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 nov. 2011)», dans l'affaire *id. LP c/ Pirelli*), *Rev. arb.* 2012/2, p. 267.

⁴⁰⁶ *Id.*, Anne-Marie Guillerme, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «Retour d'expérience des juristes d'entreprise*», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 60 «*Le financement des contentieux par les tiers ne portera, en réalité, que sur des contentieux haut de bilan à forts enjeux financiers (et donc à fort potentiel de retour sur investissement), concernant donc les entreprises et non les particuliers nécessiteux*».

⁴⁰⁷ À moins que le financement de ces plaintes incite les actions de groupe.

majoritairement complexes ayant des répercussions financières énormes⁴⁰⁸ et qui nécessitent parfois le recours au financement.

290. De plus, l'arbitrage requiert que les parties assument elles-mêmes les coûts de la procédure alors que la charge de la justice étatique est généralement exportée vers la collectivité. Ainsi, le prix d'accès à la justice arbitrale reflète le coût réel de cette procédure et dépend largement des dépenses propres de ses usagers, en l'absence totale de subventions accordées par l'État. Inversement, on parle d'un prix sous optimal des services judiciaires étatiques puisque les plaideurs assument uniquement les seuls frais de leurs conseils.⁴⁰⁹
291. En revanche, dans la procédure d'arbitrage, les parties ont recours aux services plus ou moins dispendieux d'arbitres, d'experts et d'avocats.⁴¹⁰ Dans ce contexte, une alternative souvent avancée réside dans l'adoption de mesures qui limitent les dépenses, tels que l'acceptation d'un calendrier rigide qui limite les plaidoiries et les demandes d'ajournement des parties. Mais il devient difficile d'appliquer ces mesures dans les litiges complexes, tels que les conflits de construction, de gaz et de pétrole, où l'expertise est nécessaire pour déterminer les aspects techniques du conflit. Ainsi, étant une justice privée, l'arbitrage est une procédure flexible dont la structure dépend des besoins des parties, non de l'intérêt public. Les arbitres ont, bien remarquablement, un motif d'agir avec efficacité puisqu'ils subissent de leur côté le coût de leur propre inefficacité ou des erreurs de leurs jugements.⁴¹¹ Ce qui nécessite la multiplication des efforts des arbitres afin de connaître tous les aspects du litige. En plus, et alors que les justiciables sont excusés des dépenses relatives au fonctionnement de la justice étatique, ils devront bel et bien assumer les coûts de la procédure arbitrale, ce qui explique les coûts élevés de cette justice privée.
292. Cette réalité souvent négligée par les différents observateurs, combinée à la longévité

⁴⁰⁸ *Id.*, Isabelle Hautot, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La relation contractuelle - La relation financeur-client»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 78.

⁴⁰⁹ *Id.*, Horatia Muir Watt, «Économie de la Justice et Arbitrage International (Réflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation)», *Rev. Arb.*, 2008/3, pp. 392, «*Le prix des services judiciaires est sous-optimal, puisque les plaideurs (...) n'internalisent pas les coûts d'un procès souvent inutile voire abusif*».

⁴¹⁰ *Id.*, Sophie Harnay, «Réputation de l'arbitre et décision arbitrale: Quelques éléments d'analyse économique», *Rev. Arb.*, 2012/4, pp. 758, «*En outre, selon cette littérature, l'issue de la décision arbitrale est supposée dépendre au moins en partie des dépenses relatives des parties : plus une partie investit dans la procédure d'arbitrage, (...) plus elle est supposée augmenter sa probabilité d'obtenir une décision favorable de la part de l'arbitre; à l'inverse, une partie investissant peu - ou moins - que la partie adverse est supposée réduire sa probabilité d'obtention d'une décision favorable*».

⁴¹¹ *Id.*, Horatia Muir Watt, «Économie de la Justice et Arbitrage International (Réflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation)», *Rev. Arb.*, 2008/3, pp. 392.

croissante de la procédure arbitrale, se manifeste par l'incapacité des parties, et particulièrement les plaideurs, à avoir accès à la justice arbitrale et à assumer les coûts de la procédure.

293. Plusieurs initiatives ont été adoptées, permettant aux arbitres de prendre des mesures nécessaires pour respecter l'efficacité de la procédure arbitrale. On note l'accent particulier mis sur la durée du procès et l'efficacité des coûts dans le nouveau Règlement d'Arbitrage de la CCI.⁴¹² D'autres initiatives privées proposent que les arbitres confirment leur disponibilité pour gérer le procès selon un calendrier expéditif, i.e. trois mois après la clôture des audiences en vue de réduire les dépenses.⁴¹³
294. En dépit de ces efforts modestes, les coûts de la procédure arbitrale sont loin d'être contrôlés. La longévité de la procédure est souvent inhérente au comportement même des parties qui tendent à profiter des délais disponibles pour retarder le procès, une technique qui est d'ailleurs commune à l'attitude des avocats dans les procédures arbitrales.⁴¹⁴ Il se peut que le délai prévu initialement s'avère être trop bref. Il est fréquent en effet que le procès arbitral gagne en complexité au fur et à mesure de son déroulement. La complexité du procès constitue aussi un facteur qui pourrait retarder sa résolution, notamment le recours aux systèmes anglo-saxon de *disclosure* ou *discovery*, qui augmentent considérablement la durée du procès arbitral et, par conséquent, les dépenses relatives à son propre fonctionnement.
295. Dans ce cas, il sera nécessaire de proroger le délai, qu'il soit conventionnel ou légal. L'article 1463(2) CPC⁴¹⁵ dispose ainsi que "*le délai légal ou conventionnel peut être prorogé par accord des parties ou, à défaut, par le juge d'appui*". Ainsi, les dispositions de l'article 1463(2) permettent de proroger les délais de l'arbitrage sans limite, tant que les parties sont d'accord. Ces derniers réalisent un peu trop tard l'augmentation des coûts de la procédure depuis qu'ils ont initié l'arbitrage.
296. Les coûts de l'arbitrage s'expliquent encore au regard de la façon par laquelle les coûts des

⁴¹² Voir, appendice IV du Règlement d'Arbitrage de la CCI 2017 sur la gestion du procès arbitral.

⁴¹³ Debevoise & Plimpton LLP, «Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration», 2010, disponible sur <http://www.debevoise.com/files/News/2cd13af2-2530-40de-808a-a903f5813bad/Presentation/NewsAttachment/79302949-69b6-49eb-9a75-a9ebf1675572/DebevoiseProtocolToPromoteEfficiencyinInternationalArbitration.pdf>.

⁴¹⁴ *Id.*, les lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international, 2013.

⁴¹⁵ Applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506 (CPC).

conseils sont calculés. Les usagers de l'arbitrage sont de plus en plus réticents à accepter de payer ces frais à base de tarifs d'horaires (*time spent*), sans la prise en compte d'une certaine forme de plafond pour les garder selon des paramètres budgétaires prévisibles. Les avocats, à leur tour, hésitent à s'accorder sur un plafond quelconque, dès lors que la procédure est par nature imprévisible et que plusieurs facteurs peuvent en affecter les coûts, la longévité et la trajectoire qu'ils veulent adopter pour la réussite des demandes de leurs clients.⁴¹⁶ De plus, les cabinets d'avocats démontraient peu d'enthousiasme à financer eux-mêmes les procès de leurs clients, sans mentionner que certaines de ces formes de financement sont problématiques dans certains systèmes.⁴¹⁷ Cependant, les grands cabinets d'avocats considèrent sérieusement la possibilité de remplir cette tâche de courtage en nouant des relations avec des investisseurs tiers spécialistes dans le secteur des contentieux et intéressés à réaliser leurs profits par le financement des procès.⁴¹⁸

297. En effet, la réduction du fardeau financier des plaideurs porte en elle un impact positif sur l'accès au procès arbitral. Cela se manifeste essentiellement par le développement positif dans la plupart des pays envers l'abolition des doctrines de *Champerty* et *Maintenance* et démontre une nouvelle tendance pour l'amélioration de l'accès en justice et la promotion des contentieux comme un moyen social utile pour le règlement des litiges.⁴¹⁹

⁴¹⁶ *Id.*, Clifford Hendel, «Third Party Funding in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds)», Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2010 Volume 2010 Issue 9) pp. 69, «*It hardly needs stating that clients are more and more reluctant to agree to pay hourly rates without some manner of cap or collar to keep them within predictable budgetary parameters (any general counsel facing a potential contentious matter and not sharing these concerns is heartily encouraged to read no further and call the author without delay). Similarly, it hardly needs stating that lawyers, especially litigators, remain reluctant to agree to such caps or collars since the trajectory, longevity and demands of any matter, especially a contentious matter, are inherently unpredictable and the number of variables that could upset the most finely-crafted budgetary prediction render the exercise a mere "shot-in-the-dark"*».

⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 70, «*Very few lawyers are prepared to "finance" (more than on a rather limited basis) their clients' business or litigation needs: this is simply not our business and involves risks which we generally do not want (and, more importantly, do not need) to take. Moreover, in some respects conditional and contingency fee arrangements can actually exacerbate the problem: for example, in current English practice, success fees in permitted conditional fee arrangements are payable by the losing party as part of costs [cela a été rejeté par le Rapport Jackson], thus increasing the exposure faced by the litigant*».

⁴¹⁸ *Voir*, Grania Langdon-Down, «Litigation Funding: An Overview of a Contentious Area of Growth», Law Society Gazette (London), 21 Mai 2009, www.lawgazette.co.uk/features/litigation-funding-an-overview-of-a-contentious-area-of-growth. Cependant, en cas de restrictions sur la pratique du financement exercer par les avocats en parallèle à leur profession, ces derniers peuvent créer des entités juridiques distinctes qui fonctionnent exclusivement comme des usines de financement en leur transférant les demandes de financement d'arbitrages, *voir* en ce sens Stacy L. Brustin, «Legal Services Provision Through Non-Profit Multidisciplinary Practice: Encouraging Holistic Advocacy while Protecting Ethical Interests», 73 Univ. of Colorado Law Review, pp.799–821 (2002); Jay S. Zimmerman & Matthew J. Kelly, «From the Trenches and Towers: *MDPs May Be Dead After Enron/Andersen, But Subsidiary Businesses Thrive*», Law & Society Inquiry Vol.29/3, Juillet 2004, pp. 644–647.

⁴¹⁹ *Voir id.*, Saladini, *supra* note 219 pp. 234-235, dans laquelle la Cour Suprême du Massachussetts décide le suivant: «*L'idée que le contentieux est suspect fut abandonner depuis longtemps, et nous avons reconnu que les*

298. Certes, la quantité des procès enregistrés devant les juridictions n'est pas un indicateur certain d'une justice forte et équitable. C'est plutôt les mesures limitant, voire prohibant, les obstacles à son accès qui déterminent l'autorité de la loi et l'efficacité du système judiciaire.⁴²⁰ Ainsi, en externalisant les coûts de la procédure arbitrale, le financement par les tiers permettrait aux parties impécunieuses de recourir à la justice arbitrale en partageant leurs dépenses avec un tiers investisseur en échange d'une part des sommes recouvrées.

299. D'un point de vue juridique, le financement encourage alors l'accès à la justice, mais d'un point de vue financier, le règlement des procès est un nouveau produit financier que le tiers investisseur devrait considérer dans sa décision sur l'investissement de son argent.

Sous-section 3: Le financement comme un nouveau produit financier

300. Le crash financier de 2008 marque un tournant majeur pour les institutions financières, comme les banques et les sociétés de courtage en prêt qui émettaient des titres liées à la dette immobilière des ménages aux États-Unis.⁴²¹ Au lendemain de cette crise, plusieurs procès ont été intentés concernant spécifiquement la légitimité de certaines pratiques financières qui ont été derrière la crise.⁴²² Le nombre élevé de ces procès, dont une bonne majorité demeure *en suspens* devant les tribunaux et cours étatiques, a créé un énorme fardeau financier pour les parties qui souffraient déjà d'une situation financière instable à la suite de la crise. Ils ne pouvaient plus par conséquent financer les coûts de leurs procès.⁴²³

301. L'intérêt des tiers financeurs dans l'arbitrage peut être regroupé en deux séries d'interrogations: l'argent dans l'arbitrage et les dommages-intérêts qui résultent du procès

accords achetant un intérêt dans une action peut réellement favoriser la résolution d'un différend (...). La société ne considère plus les contentieux comme un malaise social qui, comme d'autres différends, doivent être minimisés (...), et donc se considère maintenant comme un moyen socialement utile pour résoudre les différends». V. aussi, Paul Bond, «Making Champerty Work: An Invitation to State Action», 150 U.Pa.L.Rev. 1297, 1331-1341 (2002).

⁴²⁰ Voir Binyamin Appelbaum, «Investors Put Money on Lawsuits to Get Payouts», *New York Times* (14 Novembre 2010), citant un propos de Alan Zimmerman, fondateur de Law Finance Group, une compagnie de financement des contentieux, qui considère que le manque d'argent signifie moins de contentieux et, également, moins de justice.

⁴²¹ CDO (Collateralized Debt Obligations) et CDS (credit default swap).

⁴²² Baker & McKenzie LLP, «Demand for third party litigation funding rises as supply becomes volatile», Octobre 2008.

⁴²³ Jonathan D. Glater, «Billable Hours Giving Ground at Law Firms», *N.Y. Times*, 30 Janvier 2009, A1, disponible sur <http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30hours.html?pagewanted=all>, citant Evan R. Chesler, avocat partenaire à Cravath, Swaine & Moore à New York.

arbitral.

302. En premier lieu, le facteur '*argent*' entretient une relation proche avec l'arbitrage. En effet, tel que signalé par certains auteurs, «*L'argent dans l'arbitrage, bigre!*».⁴²⁴ L'argent est le point aveugle, le non-dit, de cette justice arbitrale dont la particularité est pourtant d'être payante et qui charrie des sommes importantes, celles des enjeux des litiges soumis à l'arbitrage bien sûr, mais aussi, dans une moindre mesure, celles de la rémunération des acteurs de l'arbitrage, arbitres, conseils, centres d'arbitrage, assureurs, *et cetera*. L'argent est présent à tous les stades de l'arbitrage et il pose de nombreuses questions qui concernent la façon dont l'argent est injecté dans l'arbitrage. Cela vient d'être confirmé par les activités, pas autant récentes mais certes régulières, de financement des acteurs de l'arbitrage, les parties (parfois supplées,⁴²⁵ parfois insolvable⁴²⁶), sans oublier les risques financiers pour les entreprises qui réduisent les coûts en procédant parfois par appel d'offres.⁴²⁷ L'argent présente donc une motivation importante pour ceux qui se dédient à l'arbitrage, comme arbitre ou comme conseil, mais certes aujourd'hui comme financeur.

303. Deuxièmement, les dommages-intérêts considérables prononcés dans les sentences arbitrales, notamment dans les arbitrages d'investissement, ont attiré l'attention des investisseurs qui cherchent depuis la crise, à transformer le procès arbitral en un nouveau produit financier et à le commercialiser comme un investissement sûr et crédible.⁴²⁸ De fait, la dénomination de la

⁴²⁴ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage*, 2013, Lextenso éditions, p. 7.

⁴²⁵ H. Garavi, «L'argent dans l'arbitrage - Le financement par un tiers», sous la direction de Walid Ben Hamida et Thomas Clay, 2013, Lextenso éditions, p. 33.

⁴²⁶ M. De Fontmichel, «L'argent dans l'arbitrage - Le financement de l'arbitrage par une partie insolvable», sous la direction de Walid Ben Hamida et Thomas Clay, 2013, Lextenso éditions, p. 37.

⁴²⁷ P. Herbel, «L'argent dans l'arbitrage - Le financement de l'arbitrage par appel d'offres», sous la direction de Walid Ben Hamida et Thomas Clay, 2013, Lextenso éditions, p. 75.

⁴²⁸ *Id.*, M. Steinitz, «Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding», Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011, pp.1283, «*Additionally, in the aftermath of the crisis, institutional investors are looking for new types of investments that are untainted by some of the problems which led to the crisis, or that at least can be marketed as such to their own investors. As a new asset class, legal claims provide just that*». Certains observateurs préfèrent ne pas aller jusqu'à spéculer sur la création d'une bulle judiciaire, voir *id.*, Xavier Lagarde, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle. Les incidences sur la relation client-avocat»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 137, «*Le marché du droit (...) ne diffère guère d'un marché de fruits et de légumes. Des prestations s'échangent contre du numéraire, il ne s'y passe rien de plus. Spécialement, il n'y-a pas de spéculations sur les actifs disponibles, au contraire de ce qui a cours en permanence sur les marchés financiers. Sur le marché du droit, les créances litigieuses ne sont pas des actifs. Les seuls actifs sont les compétences des professionnels et sur ces actifs, on conjecture sans doute, à proprement parler, on ne spéculé pas*». D'autres parlaient d'un risque similaire au genre détecté dans le secteur immobilier aux États-Unis, voir les propos de John C. Coffee, Jr., «*Enhancing Investor Protection and the Regulation of Securities Markets - Hearing Before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs*», 111th Congress 10 mars 2009, p. 52-53, «*The 2008 financial market meltdown was clearly a supply-driven bubble, 6 fueled by the fact that mortgage loan originators came to*

pratique du financement des procès comme un 'investissement financier' fut commercialisée comme telle à grande échelle, ce qui paraît sans doute être l'appellation la plus emblématique de cette activité.⁴²⁹

304. À cela s'ajoute l'avènement d'un mouvement de marchandisation des services légaux, notamment dans les systèmes du *common law*⁴³⁰ et de l'arbitrage.⁴³¹ Cela a facilité le développement d'un marché privé pour le financement du procès arbitral basé sur la logique de la recherche du profit comme étant le lien unique entre l'investisseur et le conflit sous-jacent.⁴³²
305. En effet, chaque procès présente en soi un investissement qui n'est pas attaché à une quelconque caution/obligation ou titre.⁴³³ Il attire, de fait, de nombreux investisseurs intéressés par le financement en échange d'une part des dommages recouvrés. Plus précisément, l'idée de la recherche du profit exige que le tiers financeur investisse au début

realize that underwriters were willing to buy portfolios of mortgage loans for asset-backed securitizations without any serious investigation of the underlying collateral. With that recognition, loan originators' incentive to screen borrowers for creditworthiness dissipated, and a full blown "moral hazard" crisis was underway.

⁴²⁹ Voir *id.*, Code of Conduct for Litigation Funders – The Association of Litigation Funders of England and Wales, qui présente l'activité comme un *investment fund*, disponible sur [http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2FDocuments%2FCJC%2FPublications%2FCJC+papers%2FCCode+of+Conduct+for+Litigation+Funders+\(November+2011\).pdf](http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2FDocuments%2FCJC%2FPublications%2FCJC+papers%2FCCode+of+Conduct+for+Litigation+Funders+(November+2011).pdf). Voir aussi, *id.*, Xavier Lagarde, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle. Les incidences sur la relation client-avocat»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 134. V. aussi, Munir Maniruzzaman, «Third-Party Funding in International Arbitration - A Menace or Panacea?», Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2012, «*The third-party financing is an investment per se in arbitration (albeit a high-risk investment) to be described as a portfolio investment rather than direct*», disponible sur <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>.

⁴³⁰ *Id.* Marco de Morpurgo, «A comparative legal and economic approach to third-party litigation funding», *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2011, Vol. 19, p. 407, «*From an even broader perspective, common law legal systems, especially the United States and the United Kingdom, are the ones that have reached the highest level of "commodification" of justice and legal services among the world's legal traditions, a trend where legal services are treated as "commodities," and which has found further epiphanies, e.g., in contingency fee schemes, advertisement of legal services, aggregate litigation, and generally a more entrepreneurial-oriented class of legal professionals. The increasing commodification of civil justice in the common law probably creates a cultural environment that is fertile ground for the development of markets based on the transferability of property rights in litigation like those for TPLF and other similar practices*».

⁴³¹ J.-B. Racine, La marchandisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage, dans *Droit et marchandisation*, E. Loquin et A. Martin (dir), Lexis-Nexis Litec, 2010, p. 321.

⁴³² *Id.*, C.J. Hendel, «Third party funding», *Spain Arbitration Review*, 2010, Issue 9, p. 68, «*TPF providers' sole interest in and connection with the dispute is the "mercenary" or capitalistic aim of making a profit. TPF providers are accordingly differentiable from others who may fund, to some extent, litigations in which they have an interest of another nature, including lawyers, unions, consumer organizations, insurers, legal aid groups, political or other interest groups. TPF is an intriguing and powerful innovation or "product" may be of material assistance to clients in a broad range of disputes, particularly in international arbitrations*».

⁴³³ *Id.*, Baker & McKenzie LLP, «Demand for third party litigation funding rises as supply becomes volatile», Octobre 2008.

en anticipant que les sommes recouvrées seront supérieures à son investissement initial.⁴³⁴ De fait, similairement à celui qui achète une option, le tiers financeur paie une prime couvrant les honoraires de l'avocat et les coûts du procès d'arbitrage, en échange d'une valeur éventuelle de la créance litigieuse.⁴³⁵ Ainsi, si les revendications judiciaires ne sont pas à présent négociables, il est très possible qu'avec le développement du financement elles deviendront telles sur le marché privé et dans le secteur boursier.⁴³⁶ La présence d'un tiers financeur devient alors nécessaire dès lors que l'assistance juridictionnelle au procès n'inclut pas les demandeurs d'une procédure arbitrale.

Sous-section 4: L'assistance au procès par l'aide juridictionnelle

306. Les ressources allouées à la justice publique sont en réduction constante en raison des politiques d'austérité survenues à la suite de la crise financière internationale. On assiste à présent à un changement dans le comportement de la justice étatique où le manque des ressources humaines et financières pousse les justiciables vers les modes alternatifs de résolution des conflits.⁴³⁷ En général, l'aide judiciaire attribuée aux parties en conflit se limite au procès judiciaire étatique, mais ne s'étend pas à l'arbitrage. Encore plus, cette aide judiciaire n'est pas disponible aux personnes morales ayant un but lucratif,⁴³⁸ alors que le financement s'impose dans les milieux d'affaires dans des conflits concernant principalement des entreprises.

307. En outre, qualifier le financement des procès d'arbitrage comme une alternative à l'aide

⁴³⁴ *Id.*, Xavier Lagarde, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle - Les incidences sur la relation client-avocat»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 136, «*La dépense de l'investisseur est indexée sur l'évolution d'un actif sous-jacent dont il est espéré que les évolutions permettront un retour qui excède la dépense initiale*».

⁴³⁵ En ce qui concerne la relation entre le demandeur et son avocat, la disponibilité du financement permet à ce premier de subroger la responsabilité sur les tarifs de ses conseils vers le tiers financeur, lui autorisant ainsi à collecter les frais directement de ce dernier, sans subir les délais généralement perçues en cas de collecte des plaideurs impécunieux. Voir *id.* M. Steinitz, «*Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*», University of Iowa, legal study research paper No.11-31, Août 2011, pp. 1284, «*Law firms face the prospect of easier collection from funders, whose very investment consists of paying the firms' bills, rather than a struggle to collect the fees owed them from clients reeling from the recession*».

⁴³⁶ *Id.* Selwyn Seidel, «*Third-party investing in international arbitration claims – to invest or not to invest? A daunting question*», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 2, p. 29,

⁴³⁷ Voir les propos du Ministre de la Justice Britannique, Lord Edward Faulks, *The Law Society Gazette*, «*Fix the courts instead of pushing ADR*», Rachel Rothwell, 28 Mai 2014, disponible sur www.lawgazette.co.uk/fix-the-courts-instead-of-pushing-adr/5041366.article.

⁴³⁸ Directive n° 2002/8/CE du 27 Janvier 2003 sur l'aide judiciaire dans les affaires transfrontalières (transposée dans la loi n° 2005-750 du 4 Juillet 2005), qui exclut toutes les personnes morales à but lucratif ou non.

publique, voire comme une tentative de privatisation de l'aide juridictionnelle, semble mal conçu. En effet, l'aide juridictionnelle n'existe pas dans le domaine commercial international pour qu'elle soit privatisée. Les acteurs de l'économie internationale sont exclus de l'aide juridictionnelle qui n'exprime que la solidarité nationale.⁴³⁹ Une bonne majorité de la jurisprudence confirme que les sociétés commerciales ne doivent pas être traitées sur le même plan que les personnes physiques et morales sans but lucratif en ce qui concerne l'accès à la justice.⁴⁴⁰ De la même manière, on trouve la plupart de l'aide judiciaire réservée aux procédures civiles et pénales, mais rarement aux procès commerciaux.⁴⁴¹ Les entreprises à but lucratif ont aussi le droit elles-mêmes d'avoir accès à la justice⁴⁴² et le financement par les tiers est apte à garantir à ces entreprises une meilleure accessibilité aux modes de règlements des différends.⁴⁴³

⁴³⁹ *Id.*, Guy Canivet et Dominique Hascher, *Colloque sur Le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès, l'incidence sur la politique judiciaire des Etats», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 278.

⁴⁴⁰ *A (Hollande) c/ B & Cia. Ltda. et autres*, Cour Suprême de Justice du Portugal, décision n° 1647/02 du 9 Novembre 2003, Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII*, p. 478, «*International public policy does not include, however, a principle which would provide for complementing the insufficient [financial] means of [an entity] that by nature only exists because and to the extent that it has the economic means necessary for its existence. (...) It is for this reason that the law implementing the above-mentioned constitutional rule – the Law of Judicial Aid – does not grant companies (but only physical persons) a right to [judicial aid and legal assistance] and only residually grants companies an exemption from the total or partial payment of costs, only against proof that the amount of the costs considerably exceeds their economic capacity. It does not ensue from the Constitution that physical persons or not-for-profit legal persons and for-profit legal persons must be treated perfectly equally in respect of allowing access to justice where the economic means are allegedly insufficient, in particular as concerns the integration of the costs with their legal defense in their respective economic activity. International public policy does not include, however, a principle which would provide for complementing the insufficient [financial] means of [an entity] that by nature only exists because and to the extent that it has the economic means necessary for its existence*». Voir *contra* affaire *Pirelli*. Cette approche est aussi adoptée en France, en ce que les personnes morales à but lucratif ne bénéficient pas de l'aide juridictionnelle, régie aujourd'hui par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, v. en ce sens, *id.* L. Cadiet *et al*, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2013, p. 163, «*le bénéfice de l'aide juridictionnelle est en principe réservé aux seules personnes physiques, mais il peut être également accordé aux personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France. Encore faut-il que les ressources du requérant soient insuffisantes pour lui permettre de faire valoir ses droits en justice*».

⁴⁴¹ *Id.*, Cento Veljanovski, «Third-Party Litigation Funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p. 410, «*In most countries, with the notable exceptions of the U.S. and the Russian Federation, there is also publicly funded legal aid given to impecunious parties to pay their lawyers' fees and other out-of-pocket expenses. Legal aid is mostly confined to criminal and civil actions (but rarely for commercial cases). Therefore, it has a minor impact on TPLF market*».

⁴⁴² Voir, Réseau Européen des Conseils de la Justice (RE CJ), *Judicial Reform in Europe Report 2011-2012 (Rapport 2011-2012 sur la réforme judiciaire en Europe)*, para 3.2.3, recommandation 5 : «*If court fees are increased, the financial circumstances of the parties have to be taken into consideration, either by differentiating tariffs or by legal aid*», disponible sur <http://www.csm.it/ENCJ/pdf/Report%20on%20Judicial%20Reform%20in%20Europe.pdf>. Le droit d'un accès effectif au juge a été accentué par l'arrêt Golder rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *supra* note 119. La Cour de Cassation a aussi reconnu le droit d'accès comme un droit fondamental, voir Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, pourvoi n°94-20302, Bull. civ. 1995 A. P. N° 4 p. 7, «*La défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel et son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention*».

⁴⁴³ Poonam Puri, «Financing of litigation by third-party investors: a share of justice?», Osgoode Hall L. J., 1998, p. 524-525, «*The ability of public litigation subsidy funds to achieve the goal of greater accessibility to the*

308. Le financement présente plusieurs opportunités pour les justiciables et pour l'arbitrage international. Cela n'a pas évité au financement des procès une série de critiques influencées principalement par l'engagement d'un tiers à un procès privé, qui est d'habitude limitée aux parties signataires à la clause arbitrale.

Section V: Les critiques envers le financement par les tiers

309. Les multiples développements des différents aspects de la pratique du financement ont permis d'envisager cette méthode comme un remède aux lacunes juridiques existantes, dans un temps où l'économie internationale souffre toujours des répliques de la crise financière. Bien que la demande internationale pour le financement se transforme pour les justiciables en un besoin commercial, de nombreuses critiques ont été avancées à l'encontre des fondements juridiques de la pratique du financement et sa capacité à améliorer l'accès à la justice, sans pour autant mettre en péril l'intégrité du système arbitral.

310. Parmi ces critiques, on note principalement la prolifération des demandes infondées (sous-section 1), l'altération du droit et de la jurisprudence (sous-section 2), le trafic des procès (sous-section 3), et le conflit d'intérêts (sous-section 4).

Sous-section 1: Prolifération des demandes infondées

311. L'une des critiques les plus communes contre le financement des procès est qu'il incite à la prolifération des revendications douteuses. Effectivement, plusieurs observateurs considèrent que la prohibition du financement des procès prévient la multiplication des demandes infondées et incite l'avocat à conseiller son client sur leur caractère abusif.⁴⁴⁴

courts is (...) limited. (...) Investor financing may have a useful role to play by plugging the gaps left by established financing arrangement».

⁴⁴⁴ *Id.*, Anne-Marie Guillerme, *Colloque sur Le financement de contentieux par un tiers* - «Retour d'expérience des juristes d'entreprise», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 50, «En l'absence de tel financement, les avocats mettent un frein à de telles demandes [abusifs]. Ils ont, en effet, l'obligation, d'une part, notamment en cas d'honoraires de résultat, les avocats préfèrent passer du temps sur les affaires ayant une forte chance d'être remportées». *Id.*, J. Beisner *et al.*, «Selling Lawsuits, Buying Trouble», 2009, «[T]hird-party financing particularly increases the volume of questionable claims. (...) When third-party litigation financing increases the overall volume of litigation, however, those weak cases that plaintiffs and their attorneys ordinarily would not have pursued are much more likely to be filed».

312. La multiplication des plaintes infondées a été soulevée dans l'affaire *Fostif* par la décision minoritaire des juges Callinan et Heydon, qui considèrent ce qui suit:

«The aspect of "abuse of process" which is relevant for present purposes is that the process of the court is abused when it is employed for some purpose other than that which it is intended by the law to effect. The justifications for the court's intervention against this kind of abuse of process as exemplified by some forms of litigation funding are diverse.

Court process is expensive for the State to supply and for litigants to participate in. It is coercive and otherwise injurious both to litigants and to third parties and should not be employed beyond legitimate necessity. To the extent that people with urgent claims are held out from having them heard by actions in abuse of process, the latter actions should be stayed so that the former may be heard».

313. Le danger des demandes abusives a bien été accentué aux États-Unis, où chaque partie est obligée d'assumer ses propres coûts au procès. Le défendeur se verra donc tenu de payer les frais de toute demande infondée que le demandeur décide de former. Ces frais incluent les coûts indirects du procès, tels que le temps et l'argent sacrifiés par chaque partie pour gérer cette plainte.⁴⁴⁵

314. Nonobstant la pratique juridique actuelle, la critique sur la prolifération des demandes infondées est loin d'être plausible. En fait, l'audit juridique entamé par le tiers financeur rejette toute possibilité de financer les demandes abusives.⁴⁴⁶ Le financeur n'est point intéressé à dissiper son investissement sur des plaintes infondées. De surcroît, l'introduction

⁴⁴⁵ NAMIC Strategic Policy, «Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit», May 2011, p.4, «Even when litigation does lead to a meritorious result, the process itself may create externalities that are harmful and unfair, e.g. the defendant who in spite of being factually innocent, must bear the costs of a plaintiff's decision to file a lawsuit. In addition to the direct monetary costs of defending against a lawsuit, a company that is the target of litigation will also face opportunity costs. Time, money and effort that would otherwise be devoted to developing new products, hiring new workers and serving customers. Another cost incurred by defendants is reputational damages».

⁴⁴⁶ *Id.*, Eric De Brabandere et Julia Lepeltak, «Third Party Funding in International Investment Arbitration», 2012, p. 6, «The funders' participation to a certain extent offers evidence that the claim is meritorious, which could decrease the likelihood of having (patently) frivolous claims submitted to international investment tribunals». Global Arbitration Review, «Mistakes to avoid when approaching third-party funders», 15 Avril 2014, «Notwithstanding the exponential growth in the market in recent years, arbitration funders are extremely cautious: most will reject over 80% of all applications they consider», propos de James Delaney, directeur de la boutique de financement 'The Judge'.

d'une action est un investissement pour le financeur qui supporte l'intégralité des coûts. Il est fortement incité à financer les demandeurs dont les prétentions sont considérées comme méritoires selon le droit applicable. De la même manière, l'avocat agit dans les limites du droit qui lui indique que l'action est recevable et qu'elle a des chances de succès au fond.⁴⁴⁷ Cela présente une deuxième garantie pour le non financement des plaintes infondées.

315. Il est à noter que les plaintes infondées seront de toute manière rejetées par les tribunaux, empêchant ainsi le recouvrement des profits envisagés.⁴⁴⁸ De plus, les demandeurs verront régulièrement leurs plaintes ayant même un fondement solide rejetées par les tiers financeurs dans le cas où la somme des profits que ces derniers envisagent ne justifie pas les coûts du procès arbitral.⁴⁴⁹ C'est une situation que le financeur s'efforcera d'éviter.

316. À cela s'ajoute une spécificité qui est intrinsèque à l'arbitrage international, celle de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, sans laquelle la partie ayant réussi à la procédure arbitrale ne sera pas en mesure de récupérer automatiquement les sommes prononcées en raison de la résistance du débiteur qui plaide la nullité de la sentence arbitrale. Le tiers financeur devra donc prendre en considération la possibilité d'un recours à une procédure d'exécution de la sentence arbitrale durant un délai raisonnable afin de collecter les sommes prononcées par le tribunal arbitral.⁴⁵⁰ Plus la procédure d'exécution apparaît aléatoire, plus l'investissement du financeur devient difficile à envisager.

317. Certes, il est délicat dans un contexte arbitral d'identifier en amont les demandes abusives en

⁴⁴⁷ *Id.* Andrea Pinna, «La mobilisation de la créance indemnitaire», RTD Civ. 2008, p. 229, «*Les dérives, si elles existent, seraient donc davantage imputables à ceux qui édictent ou appliquent le droit qu'à ceux qui en recherchent l'application*».

⁴⁴⁸ *Id.* Haskell, «*Presumably, prior to making an investment pursuant to a similarly structured agreement, an investor would consider the merits of the suit and make a calculated risk assessment on the probability of a return on its investment. An investor would be unlikely to invest funds in a frivolous lawsuit when its only chance of recovery is contingent upon the success of the lawsuit*».

⁴⁴⁹ Anthony Collins, JAMS International, «*Funder Enlightening*», 23 Avril 2014, «*As a litigation funder, Calunius sees hundreds of cases each year, but funds a small fraction of them. (...) Some of these cases will be without merit; far more often, cases will be passed over despite good merits, because the realistic quantum does not justify the costs of bringing the claim*», propos de Leslie Perrin, présidente de la boutique de financement Calunius.

⁴⁵⁰ *Id.*, GAR, «*Mistakes to avoid when approaching third-party funders*», «*A client can have a strong case on liability but if the award is unlikely to be capable of being enforced in a reasonable timeframe, securing funding will be problematic. In some ways, a funder's priorities in analyzing the case can be in reverse order to those of the lawyer: Do the economics work? Can the case be readily enforced? What are the prospects of succeeding on liability? (...) There are few, if any, funders that would finance a case where they might have to wait eight years to see a return on their investment. Accordingly, lawyers need to demonstrate that if an award is made in their client's favour, there is a clear strategy and budget to enforce that award as swiftly as possible*».

raison de la confidentialité de la procédure arbitrale. Malgré cela, la jurisprudence des cours étatiques en matière d'arbitrage présente une approche plus ou moins consistante sur ce qui constitue une plainte infondée. La publication des sentences arbitrales dans l'arbitrage des conflits d'investissement permet aussi d'identifier les chances de succès d'une demande déterminée, ce qui apaise en général l'incertitude dans les procès arbitraux.⁴⁵¹

318. Il est vrai que la jurisprudence, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, n'est pas suffisante pour déterminer le fondement des plaintes qui sollicite une détermination judiciaire originale. En effet, certains observent qu'investir dans le financement des procès engendre un risque intrinsèque à tout investissement et se manifeste par la poursuite du financeur d'une centaine de plaintes douteuses en répartissant le risque à travers son portefeuille. Cette pratique reflète les théories classiques de l'investissement stratégique en ce que la répartition du risque sur plusieurs procès minimise son ampleur financière sur l'investisseur.⁴⁵² Il en résulte, selon cette observation, que l'affirmation que le financement n'encourage pas les demandes douteuses contredit le facteur 'risque' dans tout investissement.

319. En fait, le dépôt de plaintes grises, qu'elles soient financées ou pas, fait partie du travail judiciaire et arbitral, qui est par définition aléatoire. En tout état de cause, si la notion de risque suppose de répartir son investissement sur une série de plaintes, les théories classiques de l'investissement stratégique supposent aussi que ces plaintes devront offrir *prima facie* des chances de succès.

320. Bien qu'il soit intrinsèque à tout investissement, le financeur demeure toujours en contrôle du risque à travers son exercice d'audit juridique, mais aussi par la présence de l'avocat qui a l'obligation déontologique d'informer son client sur le caractère abusif de toute demande susceptible d'être financée.

⁴⁵¹ *Id.* E. De Brabandere *et al.*, 2012, p. 5, «Finally, and this is specific to international investment arbitration, in view of the increase of arbitral proceedings and the publication of the majority of arbitral awards in international investment law, the possible outcome of the proceedings can be determined and predicted more easily which somewhat decreases the uncertainty of the proceedings before the commencement of these», disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2078358>.

⁴⁵² *Id.* NAMIC, p. 7, «A funding company can pursue a strategy of taking on the greater risk of investing in a less-meritorious suit by spreading the risk across its portfolio, which may consist of dozens or even hundreds of lawsuits. In sum, claims that third-party litigation funding will not increase the number of frivolous lawsuits do not comport with conventional theories of strategic investment or with the observed behavior of actual investors».

321. Une autre critique émanant de la préoccupation de maintenir un *statu quo* jurisprudentiel est l'accusation que le financement des procès est un moyen pour le changement du droit et de la jurisprudence afin que ce changement convienne à l'intérêt du financeur ou à établir une jurisprudence déterminée pour certains types de transactions commerciales.

Sous-section 2: Altération du droit et de la jurisprudence

322. Le principe de *stare decisis* dans les systèmes du *common law* implique que les cours étatiques sont obligées d'appliquer la jurisprudence de leurs cours suprêmes à toutes les demandes qu'elles sont invitées à juger. Les raisons doctrinales de ce principe ont été expliquées par la cour suprême des États-Unis:⁴⁵³

«We approach the reconsideration of decisions of this Court with the utmost caution. Stare decisis reflects ‘a policy judgment that “in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. It is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process. This Court has expressed its reluctance to overrule decisions involving statutory interpretation, and has acknowledged that stare decisis concerns are at their acme in cases involving property and contract rights ».

323. La jurisprudence d'une cour suprême constitue l'une des sources du *common law* dans les systèmes anglo-saxons. Toutefois, cette jurisprudence n'est pas statique puisqu'on assiste souvent à un virement quelconque de la part des cours suprêmes dès que les considérations de la justice et de développement de la loi l'exigent.⁴⁵⁴

⁴⁵³ *State Oil Co. c/ khan*, 522 U.S. 3, 20 (U.S. S.Ct. 1997).

⁴⁵⁴ Le House of Lords au Royaume-Uni était tenu jusqu'en 1966, d'appliquer l'ensemble de ses décisions antérieures en vertu du principe de *stare decisis*, même si cela cause une injustice et limite indûment au bon développement de la loi, *Londres tramways Co. c/ London County Council* [1898] AC 375. Depuis, le Practice Statement rédigé le 26 juillet 1966 par Lord Gardiner du *House of Lords*, actuellement *Supreme Court of the United Kingdom*, a introduit une nouvelle appréhension du principe de *stare decisis*, considérant que le *House of Lords* n'est plus obligé par ses décisions antérieures: *«Their Lordships [...] recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. [T]hey will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of properties and fiscal arrangements have been entered into, and also the special need for certainty as to the criminal law»*, Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 3 All ER 77. Similairement, la cour suprême aux États-Unis a considéré

324. Certains observateurs considèrent que cette flexibilité expose les systèmes du *common law* aux contentieux stratégiques capables d'altérer la jurisprudence existante.⁴⁵⁵ Ils avancent que les investisseurs, agissant comme un groupe d'influence, pourront considérer le financement des procès comme une opportunité pour altérer le droit en leur faveur.⁴⁵⁶ Or, si la nature de ces contentieux est susceptible de causer un revirement jurisprudentiel, cela ne serait le cas que si les considérations de la justice l'exigent. Ainsi, affirmer qu'un demandeur ne peut déposer sa plainte financée par un tiers, de peur que celle-ci ne cause un changement dans la jurisprudence, constitue un déni de justice et un obstacle à l'accès à la justice.
325. Cette critique contre le financement des procès est infondée et on comprend difficilement pourquoi la préservation du *statu quo* jurisprudentiel passe surtout par la prohibition de l'investissement dans les contentieux. En tout état de cause, le développement de la loi fait partie du travail judiciaire et la protection du *statu quo* jurisprudentiel n'est pas forcément un bon signe d'une justice capable, puisqu'il entrave la modernisation de la loi. Les cours suprêmes devront prendre en considération toute évolution sociale ou développement dans le domaine des affaires avant de statuer en faveur d'un revirement quelconque. Il en résulte que cet exercice judiciaire ne peut se réaliser que s'il contribue au service de la justice, notant qu'un demandeur de toute plainte impliquant même un changement potentiel dans la jurisprudence, a le plein droit d'accéder à la justice étatique.
326. Indépendamment de ce qui précède, les pays à tradition civiliste appliquent un concept similaire au *stare decisis*, celui de la jurisprudence constante, mais qui n'a pas la même

que le principe du *stare decisis* peut-être un détrimment à la cohérence de la loi, et que parfois un virement jurisprudentielle est nécessaire, *Patterson c/ McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 173-75 (U.S. S.Ct. 1989), «*intervening development of the law, through either the growth of judicial doctrine or further action taken by Congress*»; «*a precedent may be a positive detriment to coherence and consistency in the law, either because of inherent confusion created by an unworkable decision ... or because the decision poses a direct obstacle to the realization of important objectives embodied in other laws*».

⁴⁵⁵ *Id.* NAMIC, p. 7, «*The malleability of the tort system makes it susceptible to strategic litigation, where the goal is not simply to prevail in a particular case, but to alter tort law by pursuing cases that have the potential to generate new precedents that are favorable to one's long-term interests*».

⁴⁵⁶ *Id.* Michael Abramowicz, «*On the alienability of legal claims*», *The Yale Law Journal*, Vol. 114, pp. 753, «*Allowing alienation of legal claims might permit interest groups to determine when decisions are rendered and perhaps also determine who will render them. An interest group, for example, might purchase a claim specifically because a case presents a particular issue, and the group believes that aggressive litigation of the issue in that particular court is likely to create a favorable precedent*». V aussi, Theodore Eisenberg & Lynn M. LoPucki, «*Shopping for Judges: An Empirical Analysis of Venue choice in Large Chapter 11 Reorganizations*», 84 *Cornell L. Rev.* 967 (1999), avançant une multitude de preuves que les justiciables s'engagent en effet à choisir un locus pour la résolution de leur conflit.

ampleur que dans les pays du *common law*. Alors que les juges des cours inférieures appliquent en général la jurisprudence des cours suprêmes de peur que leurs décisions ne soient annulées, la source principale des lois dans ces pays étant la législation, rien n'empêche les juges, en principe, de statuer différemment de leurs décisions antérieures.⁴⁵⁷ Le financement des procès ne peut donc créer une menace contre la jurisprudence applicable.

327. En ce qui concerne l'arbitrage, il faut distinguer entre le principe de *stare decisis* de la jurisprudence des cours étatiques appliquées en matière d'arbitrage (§ 1) et celui des sentences arbitrales (§ 2).

§ 1. *Stare decisis* de la jurisprudence des cours étatiques

328. L'application de ce principe aux décisions judiciaires étatiques en matière d'arbitrage est controversée. Alors que certains auteurs considèrent que la jurisprudence appliquant une loi étatique devrait avoir le même effet d'obligation dans une procédure arbitrale que dans un procès judiciaire,⁴⁵⁸ d'autres auteurs considèrent que le tribunal arbitral devrait rester libre d'appliquer cette jurisprudence à sa guise.⁴⁵⁹

329. En principe, alors que la théorie économique sur les décisions de l'arbitre implique que ce dernier prononce sa sentence en prenant en compte les seuls intérêts des parties à la

⁴⁵⁷ Il est à noter qu'en France, quand une série de décisions adopte la même règle, cette dernière constitue un 'précédent' judiciaire qui devient obligatoire aux cours françaises; voir en ce sens, Auber *et al.*, «La jurisprudence aujourd'hui: libres propos sur une institution controversée», 1992 RTD civ 337; T. Bonneau, *Variations sur la jurisprudence: 'source du droit triomphante mais menacée,'* in M. Gobert, *Ruptures, mouvements et continuité du droit* 127 (2004); Morvan, «En droit, la jurisprudence est une source de droit», 87 *Revue de la recherche juridique droit prospectif* 91 (2001).

⁴⁵⁸ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ème éd., Kluwer Law International 2014, pp. 3821, «*Judicial precedent applying a state's laws should have the same binding effects in international arbitral proceedings as it possesses in national court proceedings. (...) [S]ave where parties have agreed to arbitration ex aequo et bono or amiable compositeur, the arbitrators' mandate is to resolve the parties' dispute in an adjudicative manner, in accordance with the applicable law. If a national (or international) legal system accords binding, precedential weight to judicial decisions, then arbitral tribunals should give those decisions no less legal effect than would a court in that system: this conclusion follows inevitably from the arbitrators' adjudicative function of applying the law to the evidence.*».

⁴⁵⁹ Redfern, *International Commercial Arbitration: Winning the Battle*, dans The Southwestern Legal Foundation (ed.), *Private Investors Abroad* 11-1 to 11-12 (1989), «*By its whole nature and constitution, an arbitral tribunal is far more ready, and far freer than a conventional judicial tribunal to deal with the actual case in front of it. An arbitral tribunal is usually established to deal with a particular case. Once it has pronounced its decision, its function is over. In such cases, there is less need to be concerned with consistency of decisions. There is more scope for tailoring the award to the particular merits of the dispute.*».

procédure arbitrale,⁴⁶⁰ contrairement à la jurisprudence étatique qui produit des normes d'intérêt public affectant la collectivité,⁴⁶¹ il reste important que l'arbitre respecte les décisions des tribunaux étatiques chaque fois qu'il est invité à statuer selon une loi étatique donnée. L'un des critères du choix des parties de l'arbitrage est la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Donc l'arbitre, afin d'éviter une annulation de sa sentence, devrait en toute circonstance prendre en considération les décisions des tribunaux étatiques, notamment en matière d'ordre public.⁴⁶²

330. En tout état de cause, aucun revirement jurisprudentiel ne peut être conçu dans ce contexte. Même si la sentence arbitrale appliquant une loi d'un pays déterminé est contraire à la jurisprudence de ce pays, cette sentence ne peut être considérée comme *stare decisis* applicable par les tribunaux judiciaires de ce pays. Le changement judiciaire devrait uniquement émaner des cours suprêmes de chaque pays pour qu'il ait force obligatoire à l'égard des juridictions inférieures.

§. 2 *Stare decisis des sentences arbitrales*

331. L'effet contraignant des sentences arbitrales antérieures sur une procédure arbitrale n'est pas encore clair. En pratique, les sentences arbitrales constituent parfois une autorité décisive, surtout dans l'arbitrage en sport et d'investissement où les sentences arbitrales sont

⁴⁶⁰ Horacio A. Grigera Naón. «Matière préliminaire. Choice-of-law problems in international commercial arbitration», Collected Courses of the Hague Academy of International Law 289. Martinus Nijhoff Publishers (2001), Recueil des Cours, p. 27, «[T]he absence of a *stare decisis* doctrine has the advantage of not imposing external limitations on the powers of international arbitrators to find an appropriate solution tailor-made for the specific dispute. This flexibility is of paramount importance in view of the great variety of cultures, legal systems, industries or economic and commercial activities as well as fact-driven circumstances involved in international commercial arbitrations held all over the world».

⁴⁶¹ *Id.* Sophie Harnay, Réputation de l'arbitre et décision arbitrale.

⁴⁶² *Scherk c/ Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 516-17 (U.S. S.Ct. 1974), «A contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction. [Absent such agreements, one enters] the dicey atmosphere of ... a legal no-man's-land [which] would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements». V. aussi, Restatement (Second) Conflict of Laws §187, commentaire e (rationale) (1971), «Prime objectives of contract law are to protect the justified expectations of the parties and to make it possible for them to foretell with accuracy what will be their rights and liabilities under the contract. These objectives may best be attained in multistate transactions by letting the parties choose the law to govern the validity of the contract and the rights created thereby. In this way, certainty and predictability of result are most likely to be secured. Giving parties this power of choice is also consistent with the fact that, in contrast to other areas of the law, persons are free within broad limits to determine the nature of their contractual obligations. (...) It may likewise be objected that, if given this power of choice, the parties will be enabled to escape prohibitions prevailing in the state which would otherwise be the state of the applicable law. Nevertheless, the demands of certainty, predictability and convenience dictate that, subject to some limitations, the parties should have power to choose the applicable law».

fréquemment citées comme ayant une influence sur le résultat de la procédure.⁴⁶³ Une distinction doit être faite entre l'effet des sentences arbitrales en matière de procédure et leur effet en droit matériel.

332. En effet, les sentences arbitrales constituent une source des fondements du procès arbitral international et ont joué un rôle important dans le développement des principes directeurs de la procédure arbitrale, tel que la *kompentenz-kompetenz*, la séparabilité, la confidentialité, l'interprétation des clauses arbitrales, le choix de la clause arbitrale et la loi matérielle applicable au procès arbitral.⁴⁶⁴ Certes, les juridictions étatiques et, surtout, les juridictions françaises, ont contribué en parallèle au développement du régime arbitral, donnant ainsi un poids judiciaire à ces principes et confirmant le statut de *jurisprudence constante* ou *stare decisis* de ces sentences.⁴⁶⁵

333. Cependant, les sentences arbitrales ne constituent pas une jurisprudence obligatoire en matière de droit matériel, comme la violation des obligations contractuelles, la résiliation des contrats, la force majeure, ou la bonne foi. Deux raisons principales préviennent la formation d'une telle jurisprudence. La *première*, déjà citée, concerne la confidentialité de la procédure arbitrale.⁴⁶⁶ La *deuxième* est que la jurisprudence d'un tribunal arbitral, dont la mission se termine à la suite du prononcé de la sentence arbitrale, ne peut remplacer celle des juridictions étatiques qui traitent de façon constante et permanente des questions appartenant à un système de droit déterminé.⁴⁶⁷

⁴⁶³ Kaufmann-Kohler, «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?», 23/3 Arb. Int'l 357, 364-72 (2007).

⁴⁶⁴ *Id.* G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 3824.

⁴⁶⁵ Emmanuel Gaillard, «La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international», *Rev. Arb.*, 2007/4, pp. 697 - 720. Thomas Clay, «Panorama Arbitrage - Arbitrage et Modes Alternatifs de Règlement des Litiges Octobre 2008 - Décembre 2009», *Receuil Dalloz* 2009, n° 44, pp. 2959 - 2970. J. Béguin, J. Ortscheidt, C. Seraglini, «Droit de l'Arbitrage», *La Semaine Juridique - Édition Entreprise et Affaires* n° 35, 27 Août 2009, pp. 20.

⁴⁶⁶ *Id.* Horacio A. Grigera Naón. «Matière préliminaire. Choice-of-law problems in international commercial arbitration», 27 (2001), *supra* note [285], «Another reason also underlying such diversity is the relatively limited availability of arbitral awards systematically made known to the general public (as indicated above, the ICC arbitration system may to a significant extent be considered as an exception to this limitation). This aspect certainly renders more difficult to detect or establish a string of decisions legitimately claiming precedential value».

⁴⁶⁷ *Id.* Born, *International Commercial Arbitration*, 2ème éd, 2014, pp. 3825, «It is true that arbitral awards do not serve as precedent on matters of substantive law (e.g., adequacy of contractual performance, offer and acceptance, interpretation of competition laws) as frequently as they do on procedural, jurisdictional and choice-of-law issues. That is not because awards cannot serve as precedent or cannot serve as precedent on substantive issues, but because (a) there are other, competing and equally valid sources of precedent (e.g., national court decisions) in these fields».

334. Alors qu'il est désirable que les sentences arbitrales constituent une jurisprudence cohérente que les arbitres prennent en considération dans les procédures arbitrales, il est difficile, au regard de ce qui précède, de constater que l'investissement dans un procès arbitral devrait être prohibé s'il cache une intention de modifier la jurisprudence actuelle. En effet, même si, selon les partisans de cette critique, cette intention apparaît illégitime, les exigences du principe de confidentialité des sentences arbitrales et la spécificité de chaque procédure arbitrale préviennent le développement d'une jurisprudence arbitrale constante. L'absence d'une telle jurisprudence suppose que toute intention visant à la remodeler devienne obsolète. La résistance dirigée contre le financement devient alors infondée.
335. Une troisième critique avancée contre le financement des procès est inspirée de l'idée que le financement engendre avec lui la création d'un marché où les plaintes deviennent l'objet des transactions commerciales, une pratique qui devrait être interdite afin de préserver l'intégrité de la justice.

Sous-section 3 : Le trafic des procès

336. Le trafic des procès trouve son fondement dans l'affaire *Trendtex*, dans laquelle le *House of Lords* a jugé que le financement dans les contentieux et l'arbitrage engendre en réalité une activité commerciale impliquant un trafic des procès qui est contraire à l'ordre public.⁴⁶⁸
337. De la même manière, certains auteurs considèrent que le trafic des procès affecte le for où l'action devrait-être intentée, incitant l'investisseur et la partie financée au *forum shopping*. Le demandeur, à l'instigation du financeur, dépose sa demande dans une juridiction traditionnellement réputée dans le prononcé de dommages considérables, tel que les États-Unis, créant ainsi des pôles judiciaires affectant la coopération entre États en matière de contentieux internationaux.⁴⁶⁹ Il est à noter que la décision dans l'affaire *Trendtex* n'est qu'une manifestation des doctrines *Champerty* et *Maintenance*, dont l'ampleur de leur prohibition du financement, on l'a vu, fut atténuée dans plusieurs pays, notamment en

⁴⁶⁸ *Trendtex* 1981, *supra* note 141.

⁴⁶⁹ *Id.* Cassandra Burke Robertson, «The impact of third-party financing on transnational litigation», Case Western Reserve University, working paper 2011-32, Nov. 2011, pp. 163 - 164 «*Outside funding can also affect forum choice, potentially offsetting the traditional magnet effect in the U.S. and making it easier to maintain suit in other countries. These individual litigant incentives, in turn, affect the social and regulatory choices made at the national level. Likewise, these national choices affect countries' international cooperation and coordination in transnational litigation procedure.*».

Angleterre et en Australie.⁴⁷⁰

338. Alors que la plupart des juridictions se dirigent vers l'autorisation du financement des procès, cette critique sur le trafic des procès ne semble plus avoir un fondement juridique, que ce soit d'ordre public ou autre. À cela s'ajoutent les efforts de certains pays concernant la promulgation de règles de procédure permettant à leurs citoyens d'intenter leurs demandes dans leurs pays d'origine quand celles-ci ont été rejetées par les juridictions d'un autre pays.⁴⁷¹
339. Certes, le financement de ces demandes peut accélérer cette tendance, permettant à certains pays d'attirer un grand nombre de procès transnationaux.⁴⁷² Ainsi, le trafic des procès ne paraît plus comme un fléau international qu'il faut bannir, non plus le financement qui, en pratique, facilite le dépôt de demandes étrangères devant des juridictions étatiques appartenant à un for différent. En tout état de cause, le dépôt d'une demande reste toujours sujette à la doctrine *forum non conveniens* appliquée au *common law*, ainsi que les règles de compétences *ratione personae* et *ratione materiae* des juridictions étatiques. Ces doctrines autorisent les juridictions à rejeter une demande qui devrait être formée devant d'autres juridictions appartenant à un for ayant plus de compétence.⁴⁷³
340. De plus, la critique du trafic des procès ou *forum shopping* est liée à l'idée du for.⁴⁷⁴ Les seuls

⁴⁷⁰ *Id.* respectivement le Rapport Jackson et l'affaire *Fostif*.

⁴⁷¹ Voir, Cassandra Burke Robertson, «Transnational Litigation and Institutional Choice», 51 Boston College Law Review, 2010, pp. 1091 *et seq.*, sur l'atténuation de l'effet attractif des cours des États-Unis. *Id.* Cassandra Burke Robertson, «The impact of third-party financing on transnational litigation», Case Western Reserve University, working paper 2011-32, Nov. 2011, pp. 173.

⁴⁷² *Ibid.*, Cassandra Burke Robertson, «Transnational Litigation and Institutional Choice»: «*The growth of the litigation finance industry may work in tandem with these efforts, making it easier to claims for be filed in foreign forums - or even refiled after dismissal from a U.S. court. Courts in other countries may therefore begin to hear a larger proportion of transnational lawsuits. (...) As a result, there may well be a global diffusion of transnational cases, with courts in a much larger number of countries regularly hearing cases involving foreign parties.*».

⁴⁷³ Voir, David W. Robertson, «Forum Non Conveniens in America and England: A Rather Fantastic Fiction», 103 L.Q. REV. 398, 418-20 (1987).

⁴⁷⁴ Voir sur le détachement de l'arbitrage international des systèmes judiciaires étatiques, J. Lew, L. Mistelis, & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (2003), para 4-49 «*In light of the emancipation of arbitration from national laws and the above arguments there is a school of thought that international arbitration can be delocalized. Delocalized arbitration is detached completely from the law of the place of arbitration to the extent that there is no need for support by local courts.*» Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Transnational Services – Sijthoff, 1978, p. 253, «*it is both pointless and misleading to create a link between the arbitrator and some national law just in case ... one of the parties wishes to resort to the courts.*» P. Mayer, «The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years», dans Hunter, Marriott and Veeder (eds), *Internationalisation of International Arbitration*, Centenary conference 37-48. *Id.* J. Paulsson suggère l'usage du terme plurilocalisation au lieu de délocalisation, voir Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, OUP 2013, p. 36, «*So-called 'delocalized awards' are not thought to be independent of any legal order. 'Delocalization' refers to the possibility that an award may be accepted by the*

facteurs de rattachement avec un for quelconque sont le siège de l'arbitrage et la loi étatique applicable à la procédure arbitrale *lex arbitri*, qui dépendent entièrement du choix des parties à l'arbitrage.⁴⁷⁵ Le for est donc futile en arbitrage international pour qu'il y ait du *forum shopping* et ne conduit donc pas à la prohibition du financement par les tiers.

341. Une quatrième critique, certes valide, émane de l'idée que toutes les parties concernées à l'arbitrage, surtout les arbitres, doivent agir avec indépendance et neutralité. Tout conflit d'intérêts, réel ou potentiel, doit être révélé, y compris toute relation existante avec le tiers financeur, afin de préserver la neutralité des membres du tribunal arbitral.

Sous-section 4 : Le conflit d'intérêts

342. En théorie, un tiers financeur pourrait chercher à influencer le *quantum* des dommages par le choix de l'expert ou en exerçant une pression sur l'expert, peut-être en nommant son 'expert parallèle' pour examiner le travail de l'expert nommé par le demandeur. Puisque les financeurs peuvent investir dans de nombreux cas à la fois, il existe un risque que les experts (ou leurs entreprises) puissent être perçus comme favorisés par le financeur s'ils sont sélectionnés fréquemment durant une période de temps déterminée. Cette perception pourrait s'appliquer même si les nominations d'experts dans chaque procès ont été faites sur la base de l'avis d'un avocat, sans aucune contribution du financeur. Certains financeurs peuvent conserver leurs propres experts pour les aider à évaluer les risques potentiels, *inter alia* les probabilités de réussite et les sommes recouvrables des procès avant de procéder à investir dans ces derniers. Les financeurs obtiennent des conseils de leurs experts sur les pertes potentielles, ce qui aide ultérieurement à filtrer les plaintes qui ne valent pas la peine de former un produit d'investissement.

legal order of an enforcement jurisdiction whether or not the legal order of its country of origin has also embraced it. 'Plurilocalization' would perhaps have been a more accurate term». La délocalisation de l'arbitrage apparaît aussi dans la jurisprudence française, v. Cour de cassation, 9 Octobre 1984, *Pabalk Ticaret Limited Sirketi c/ Norsolor SA*, 112 Clunet 679 (1985), note Kahn, 681, Rev. Arb. 432 (1985), note Goldman, 24 ILM 360 (1985), note Gaillard, XI YBCA 484 (1986); Cour de cassation, 10 Mars 1993, *Polish Ocean Line c/ Jolasry*, Rev. Arb. 258 (1993), note Albert Jan van den Berg, 265, XIX YBCA 662 (1994); Cour de cassation, 23 Mars 1994, *Hilmarton Ltd c/ Omnium de traitement et de valorisation – OTV*, Rev. Arb. 327 (1994), XX YBCA 663 (1995); Cour d'appel de Paris, 14 Janvier 1997, *The Arab Republic of Egypt c/ Chromalloy Aeroservices Inc*, Rev. Arb. 395 (1997), 12(4) Mealey's IAR B-1 (1997), XXII YBCA 691 (1997).

⁴⁷⁵ Quoique le choix du siège de l'arbitrage est considéré par certaines autorités d'être juste une question de conformité pour les parties, voir Roy Goode, «The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration», *Arb Int* 2001, Vol. 17/1, 32-33, «The choice of seat is often a matter of convenience; The choice of seat is often determined not by the parties but by the arbitration institution they have selected; The choice of seat is often governed by the desire for neutrality; The role of the arbitration tribunal is transitory and the seat has no necessary connection with the dispute».

343. Des contraintes similaires peuvent également appliquer aux arbitres.⁴⁷⁶ En ce sens, si un tiers financeur est considéré comme favorisant la nomination d'un arbitre ou d'un expert particulier, l'indépendance de l'arbitre et de l'expert peut être érodée. Cela peut s'appliquer même lorsque l'expert apparaît devant l'arbitre dans d'autres affaires. Compte tenu de la confidentialité de l'arbitrage international, ces interactions pourraient ne pas se révéler facilement. Mais dans les conflits d'investissement où la procédure n'est pas confidentielle, les sentences arbitrales sont rendues publics.
344. Pour cette raison, la nomination répétée des arbitres, à savoir lorsque les arbitres sont nommés de manière répétitive par la même partie ou le même cabinet d'avocats dans différents conflits, peut définitivement créer des doutes sur l'indépendance ou la neutralité de l'arbitre. Le règlement d'arbitrage CIRDI, ainsi que les règles des centres d'arbitrages majeurs, ne traitent généralement pas la question de la nomination répétée des arbitres. Cette question relève des règles générales relatives à l'indépendance et l'impartialité des arbitres.
345. À part les arbitres et les conseils, un conflit d'intérêts apparaît chez l'avocat de la partie financée, qui est censée protéger les intérêts de cette dernière, dans les cas où un financeur renvoie la partie financée à des avocats particuliers qui acceptent de prolonger le procès afin d'accroître les intérêts comptabilisés sur les fonds avancés. Le financeur pourrait également faire pression sur les parties financées afin de rejeter toute offre de règlement amiable dans le seul but de maximiser les bénéfices du tiers, peu importe si ces tactiques répondent à l'intérêt du demandeur.⁴⁷⁷
346. Les règlements sur la profession d'avocat organisent la relation entre l'avocat et son client ainsi que celle-ci avec le tiers financeur. Plus précisément, la Règle 1.8(f) de l'*American Bar Association* («Règle Type») interdit un avocat d'accepter une indemnité pour représenter un client d'une partie tiers, à moins que le client donne son consentement explicite. La Règle Type 5.4(a) interdit à un avocat ou société d'avocats de partager les frais d'avocat avec un

⁴⁷⁶ James Searby, «Third-Party Funding: Incentives and Outcomes Roula Harfouche», FTI Consulting - The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2013 <http://globalarbitrationreview.com/reviews/50/sections/172/chapters/1926/third-party-funding-incentives-outcomes/>

⁴⁷⁷ NAMIC Strategic Policy Policy, «Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit», May 2011, p.3.

non-avocat, sauf dans des circonstances limitées. Selon la Règle Type 5.4(c), un avocat ne permet pas à une personne qui recommande, emploie ou paie à l'avocat pour rendre des services juridiques à une autre partie de diriger ou régler le jugement professionnel de l'avocat en rendant ces services juridiques. Les règles 1.8(f) et 5.4 suggèrent que le financeur devrait (1) rester un investisseur passif et (2) contracter directement avec la partie financée.

347. Pour conclure ce chapitre, alors que le financement des procès devient une réalité commerciale internationale, on assiste à présent à une flexibilité dans l'application des règles historiques contre le financement des procès, surtout dans les pays du *common law*. Cela entraîne à la formation d'un marché pour le financement de l'arbitrage dont son existence a bien été éprouvé à travers une multitude de procédures financées par un tiers, surtout dans l'arbitrage d'investissement. Les avantages du financement sont accablants et aucune critique avancée contre sa pratique n'a pu freiner son développement.
348. Puisque le financement de l'arbitrage est dorénavant une réalité, il importe maintenant de vérifier son impact sur la procédure arbitrale.

Chapitre 3

L'incident du financement des procès sur la procédure arbitrale

349. La relation contractuelle entre le financeur et le demandeur initial requiert une attention particulière, puisqu'elle influe profondément sur les règles du procès arbitral et met en question les principes fondamentalement inhérents à la procédure arbitrale. La manière dont il faut traiter l'impact de la présence d'un financeur sur les règles du procès arbitral dépend du statut juridique prévu pour le tiers financeur. Ce statut implique l'examen du degré d'intervention que peut-être accordé au tiers dans les différents paramètres de la procédure et les décisions stratégiques sur le déroulement de l'instance arbitrale. Il est à noter que l'intervention du tiers financeur dans la procédure arbitrale met aussi en question le rôle de l'avocat de la partie financée et ses obligations fiduciaires envers ce dernier.
350. Les sections qui suivent concernent les incidents que peut provoquer la présence d'un tiers financeur sur les principes de la procédure d'arbitrage (section I), les incidents de sa présence sur l'arbitrage des conflits d'investissement (section II), ainsi que le pouvoir de l'arbitre en présence du tiers financeur (section III).

Section I : Les incidents de la présence du tiers financeur sur les principes directeurs de l'instance arbitrale

351. La plupart des principes du procès judiciaire sont communs à l'arbitrage, mais sont abordés dans un contexte arbitral.⁴⁷⁸ D'autres sont spécifiques au procès arbitral, tels que la confidentialité et la célérité de la procédure. Cette section traitera uniquement de ces derniers principes affectés directement ou indirectement par la présence d'un tiers financeur, notamment la nature strictement consensuelle de l'arbitrage (sous-section 1), le principe de confidentialité (sous-section 2), la célérité (sous-section 3) et la bonne administration du procès arbitral (sous-section 4).

Sous-section 1 : La nature consensuelle de l'arbitrage

352. Comme tout accord de volonté, la convention d'arbitrage obéit à des conditions de validité. Il

⁴⁷⁸ Sur les règles du procès judiciaire, voir *id.* L. Cadet *et al.*, *Théorie générale du procès*, 2013.

ne faut à cet égard pas occulter, c'est une évidence, le fondement volontaire de l'arbitrage. Dès lors que le socle est contractuel, il existe nécessairement des conditions de fond, plus ou moins libérales, pour que cet accord soit considéré comme valablement formé et produise alors ses effets.

353. En tant qu'accord de volontés, la convention d'arbitrage obéit aux conditions applicables au contrat en général. Néanmoins, cet accord est d'une nature particulière, son objet étant le règlement d'un litige par un juge privé. Il existe donc des conditions propres au droit de l'arbitrage. En matière internationale, la convention d'arbitrage obéit à un principe de validité qui doit logiquement être apprécié au regard du seul ordre public international.

354. *Premièrement*, en ce qui concerne les conditions de validité tirées du droit des contrats, l'article 1108 du Code civil exigeait pour tout contrat les conditions relatives au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause. Ces conditions étaient logiquement transposables à la convention d'arbitrage,⁴⁷⁹ au prix d'adaptation en matière internationale. L'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a reformulé ces exigences, notamment par une disparition de la cause. Le nouvel article 1128 C. civ. (applicable aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016) pose désormais trois conditions: le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. Dans notre domaine, l'impact des deux dernières conditions est sinon inexistant, du moins extrêmement faible. Ainsi, la condition relative au consentement des parties s'avère primordiale.

355. Il faut tout d'abord un consentement à la convention d'arbitrage. Il n'y a d'arbitrage que volontaire de telle sorte qu'en l'absence avérée de consentement, la convention d'arbitrage doit être considérée comme nulle ou inexistante.⁴⁸⁰ La jurisprudence fait dans tous les cas preuve de souplesse. Dans cette optique, il a été jugé en matière d'arbitrage international qu'« *il suffit [...] de rechercher la preuve d'une volonté commune des contractants de soumettre leurs éventuels litiges à un arbitre* ». ⁴⁸¹

⁴⁷⁹ E. Loquin, « Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Conditions de fond: consentement, capacité, pouvoir, objet, cause », *Jurisqueur, Proc. civ.*, Fasc. 1022, 2012.

⁴⁸⁰ Sur la clause d'arbitrage par référence, v. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, § 255 *et seq.*

⁴⁸¹ Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.* 2003, 1re esp., p. 1252, note F.-X. Train.

356. Il faut ensuite un consentement intègre. C'est poser la question des vices du consentement. Il est tout à fait envisageable qu'une convention d'arbitrage soit nulle si la preuve d'un vice du consentement est apportée. C'est chose difficile, mais possible. La jurisprudence contient des exemples tirés de l'*erreur*. Certaines décisions ont pu ainsi considérer qu'une convention d'arbitrage encourait la nullité pour erreur dès l'instant où l'une des parties avait ignoré qu'un arbitre manquait d'indépendance.⁴⁸² Il s'agit, non pas tant d'une erreur sur la personne de l'arbitre, que sur ces qualités substantielles (à savoir son indépendance et son impartialité).⁴⁸³ La sanction d'un éventuel défaut d'indépendance et d'impartialité ne peut avoir lieu qu'en vertu des mécanismes prévus spécialement à cet effet.
357. Quant au *dol* et à la *violence*, ils sont abstraitement susceptibles d'aboutir à l'annulation d'une convention d'arbitrage. Cependant, il n'existe aucun exemple jurisprudentiel en la matière.⁴⁸⁴ Il faudrait prouver que le consentement d'une partie a été déterminé par des *manœuvres dolosives* (en prouvant, par exemple, que le défaut d'indépendance d'un arbitre a été volontairement dissimulé par l'une des parties). Le vice de *violence* est encore plus compliqué à caractériser, car il faudrait établir qu'une contrainte a été exercée (par exemple, sur le choix de l'arbitrage). En outre, la violence économique, admise par la jurisprudence française, ne pourrait que très difficilement trouver à s'appliquer en matière de convention d'arbitrage. Il serait en effet nécessaire d'apporter la preuve que la convention d'arbitrage procure un « profit excessif », ce qui est particulièrement difficile s'agissant d'une convention de procédure. Les cas sont tout à fait hypothétiques.
358. On ajoutera que l'appréciation d'un éventuel vice du consentement doit s'effectuer de manière séparée et distincte au nom de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.⁴⁸⁵ Dès lors, pour annuler la convention d'arbitrage sur ce fondement, il faut encore que le consentement à la convention elle-même, non le contrat principal, ait été vicié.
359. Il faut au surplus faire cas, en matière internationale, de la jurisprudence ayant posé un

⁴⁸² Com., 16 juillet 1964, *Rev. arb.* 1964, p. 125; Civ. 2, 13 avril 1972, *JCP* 1972, II, 17189, note P. Level; *D.* 1973, p. 2, note J. Robert; *Rev. arb.* 1975, p. 235, note E. Loquin; Paris, 20 janvier 1987, inédit, n° Juris-Data 1987-020158; Paris, 9 avril 1992, *Rev. arb.* 1996, p. 483, 2e esp. À l'inverse, le fait pour un arbitre de s'être prévalu du titre inexistant d'« arbitre de la CCI » n'a pas été considéré comme ayant généré une erreur (TGI Paris, ord. réf., 15 janvier 1988, *Rev. arb.* 1988, p. 316, note J. Robert).

⁴⁸³ *Id.* sur la relation entre l'arbitre et le tiers financeur.

⁴⁸⁴ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, § 151.

⁴⁸⁵ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, § 159.

principe de validité de la convention d'arbitrage. Devant un juge français, il n'est pas nécessaire de désigner une loi applicable pour apprécier l'existence ou non d'un vice du consentement, la méthode conflictualiste ayant été abandonnée. Par ailleurs, seul l'ordre public international permet d'apprécier l'intégrité du consentement. Il faudrait donc une situation où le vice du consentement allégué présenterait un degré de gravité particulièrement élevé, synonyme de violation de l'ordre public international. C'est difficile à imaginer en pratique.⁴⁸⁶ La présomption de compétence des opérateurs du commerce international rend malaisé l'établissement d'une erreur, du moins excusable, dans la décision de recourir à l'arbitrage. Par ailleurs, les cas de dol ou de violence sont, dans notre situation, particulièrement délicats à caractériser.

360. *Deuxièmement*, en ce qui concerne les conditions propres au droit de l'arbitrage, en matière interne, le particularisme du régime de la convention d'arbitrage va jusqu'à poser des conditions spécifiques de validité propres à la seule clause compromissoire. L'article 2061 Code civil, dans sa rédaction apparue dans le projet de loi adopté le 12 juillet 2016, dispose que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Suivant l'amendement n° CL159 déposé le 4 mai 2016, il avait été question d'exiger que la clause compromissoire fût 'expressément' acceptée. Cet adverbe a finalement été supprimé à l'occasion de l'examen du projet par l'Assemblée nationale, prévenant ainsi l'introduction d'un contentieux parasite sur les formes et conditions de cette acceptation expresse.

361. En l'état du texte, il suffirait que la clause compromissoire soit acceptée. La condition n'ajoute *a priori* rien au droit positif: la clause compromissoire doit, comme tout accord de volontés, faire l'objet d'une acceptation. La disposition contient une réserve quant aux cas de succession aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

362. En matière internationale, le régime de la clause compromissoire est plus simple: elle est valable par principe sans autre condition que l'internationalité de l'arbitrage et sous réserve de l'ordre public international. Les solutions dans la sphère de l'arbitrage international sont

⁴⁸⁶ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, § 153.

beaucoup plus simples: la clause compromissoire est valable par principe. C'est par la mise à l'écart de l'article 2061 Code civil que ce principe a pu voir le jour. En effet, dans l'arrêt *Zanci* de 1999, la Cour de cassation a décidé de manière parfaitement claire que « *l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international* ». ⁴⁸⁷ Il s'agissait à l'époque de l'ancienne formulation de l'article, issue de la loi du 5 juillet 1972. Même après la réforme du 5 mai 2001 ayant libéralisé les conditions de validité de la clause compromissoire, la jurisprudence a maintenu un langage identique: l'article 2061 du Code civil reste inapplicable à l'arbitrage international. ⁴⁸⁸ La solution sera naturellement identique en l'état du nouvel article 2061 Code civil.

363. Ayant déterminé les conditions relatives au consentement en droit des contrats et en droit de l'arbitrage, et prévu que ces conditions sont satisfaites, le caractère consensuel de l'arbitrage implique que la convention d'arbitrage est conclue *intuitu personae*, prenant strictement en considération les qualités des contractants originaux. Ce principe n'est qu'une simple application de la doctrine de la relativité des contrats reconnu dans les systèmes de droit civil et anglo-saxon, ⁴⁸⁹ et se situe dans la lignée de l'adage *pacta sunt servanda*. La nature consensuelle de l'arbitrage se fonde sur des considérations d'ordres moral (respect de la parole donnée), historique (le primat de la volonté) et technique (l'efficacité des prévisions contractuelles), auxquelles s'ajoute aussi une explication plus subjective (l'attente légitime du contractant). ⁴⁹⁰ L'effet relatif de la clause arbitrale représente deux facettes: la première facette est le règlement obligatoire par l'arbitrage des litiges entre les parties ayant consenti à cette méthode par une clause arbitrale insérée dans le contrat initial ou conclu ultérieurement; la deuxième est la non-intervention d'une partie tierce à la procédure arbitrale sans le

⁴⁸⁷ Civ. 1, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. Bureau ; *JDI* 1999, p. 784, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin.

⁴⁸⁸ Civ. 1, 12 mai 2010, inédit, n°09-11872, *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay (cession des droits de propriété intellectuelle de Charles Trenet à une société danoise).

⁴⁸⁹ Sur l'effet relatif dans le droit des contrats en général, voir les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Article 1.3: «*Le contrat valablement formé lie ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées dans ces Principes*». Code Civil, articles 1134(1): «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*», et 1165: «*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*». Dans les systèmes du *Common Law*, v. Ewan Mckendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 9ème éd., 2011, Ch. 7, para 7.2 (Privity in operation). Sur l'effet relatif de la convention d'arbitrage, v. *Société Thomson Answare c/ société Thom'6 et autre*, Cour de Cassation (Ch. com.), 11 Mai 1993, *Rev. arb.* 1997/4, pp. 599, «*C'est à bon droit qu'une Cour d'appel, ayant relevé qu'aux termes de la convention d'arbitrage les arbitres avaient reçu mission de se prononcer sur les contestations survenues entre les parties signataires de cette convention, en a déduit que la mise en cause d'un tiers était irrecevable*».

⁴⁹⁰ Bertrand Fages, *Droit des Obligations*, L.G.D.J. 3ème éd. 2011, para 2013.

consentement des parties au litige.

364. Ainsi, la présence d'un tiers financeur à la procédure arbitrale semble violer le principe consensuel de l'arbitrage. Il paraît donc soutenable d'affirmer que le financeur n'a pas consenti à la clause arbitrale en question et ne peut par conséquent participer 'activement' au procès sans le consentement des parties. En outre, sa participation souvent occultée à la procédure arbitrale⁴⁹¹ confirme son statut de quasi-partie, violant ainsi le principe d'équité vis-à-vis la partie adverse et constituant une ingérence dans la procédure.⁴⁹² Certains proposent, dans le cadre de ce principe, l'application d'une règle de « *disclosure automatique* » par laquelle la partie financée devrait divulguer à son adversaire et au tribunal arbitral l'identité de la partie ayant un intérêt au procès.⁴⁹³
365. Ayant un motif économique significatif, le financeur s'implique parfois dans les détails de la demande d'arbitrage,⁴⁹⁴ même si son ingérence n'a pas été accordé par les parties à l'arbitrage.⁴⁹⁵ Même si une demande d'intervention d'un tiers est possible en matière arbitrale,⁴⁹⁶ son ingérence en l'absence de l'accord de l'ensemble des parties peut incarner un

⁴⁹¹ Certains financeurs préfèrent imposer eux même leur participation active alors que d'autres négocient le statut de leur participation avec la partie financée.

⁴⁹² Édouard Bertrand, «The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding», ASA Bulletin, Volume 29 (2011) 3, pp. 610 – 611, «Without going as far as saying that TPF is not consistent with the principle of “consensualism”, it is arguable that a party opposed to a funded party can be justified in considering that it is in fact confronted with not one but two parties, one of which is not legally a party to the arbitration agreement, and that it is entitled to know who that other party is. If, as is suggested by the English Arbitration Act, fairness is to be retained as a key principle in arbitration, then as a matter of fairness, it should be required from a funded party to disclose the TPF funder to its opponent, and by the same token to the arbitral tribunal and the arbitral institution if there is one».

⁴⁹³ Global Arbitration Review, «Third-party funding: the best thing since sliced bread?», 28 Novembre 2012, Vol. 8, Issue 1, propos de Stephen Bond sur l'identité du financeur: « Bond also floated the idea of a rule of "automatic disclosure" but agreed that it would "rub funders the wrong way", as most funders demand that their relationship with a claimant remain confidential », disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/31006/third-party-funding-best-thing-sliced-bread/>. Voir *infra*, para 439, sur l'obligation de divulgation.

⁴⁹⁴ *Supra* para 68, sur la théorie économique du procès.

⁴⁹⁵ Pour une critique, v. P. Callè, «Demandes en intervention et justice arbitrale», dans *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Lextenso éditions, 2008, p.155 et s.

⁴⁹⁶ V. certaines règles d'arbitrages qui autorisent l'intervention d'un tiers, article 22(1)(h) de la *London Court of International Arbitration*: «(1) Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views; ... (h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration». Cet article nécessite le consentement du tiers pour qu'il joigne la procédure arbitrale, contrairement à l'inclusion d'un tiers dans la procédure étatique qui se fait généralement par ordre de la cour. Règlement suisse d'arbitrage international Juin 2012, article 4(2) «Lorsqu'un ou plusieurs tiers demande(nt) à intervenir dans une procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement ou lorsqu'une partie à une procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement

processus autrement intrusif en amont, en ayant recours au début à un audit de l'affaire qui détermine la valeur de la créance invoquée, le choix des avocats et la stratégie à adopter. À l'inverse, plus son financement est envisagée en aval, voire après le dépôt de la demande d'arbitrage, plus son ingérence est acceptable du point de vue de la maîtrise de l'affaire.⁴⁹⁷

366. Face à ce contexte, l'affirmation du rôle actif du tiers financeur pourra en effet constituer une violation du principe consensuel de l'arbitrage. La clause arbitrale, étant un contrat conclu entre les parties signataires, implique uniquement le droit de chacune de ces parties de recourir à l'arbitrage, à l'exclusion de toute autre partie étrangère à cette relation contractuelle. Certes, le demandeur originel faisant partie de cette relation présente sa demande d'arbitrage en sa propre capacité, mais l'immixtion du tiers financeur dans le déroulement de la procédure révèle plusieurs questions sur son statut vis-à-vis du procès arbitral et, plus précisément, sur son obligation de respecter les décisions du tribunal arbitral concernant ce procès. Cette question a été encore une fois soulevée dans l'affaire *Fostif* par la décision des juges Callinan et Heydon.⁴⁹⁸

«Les tribunaux sont conçus pour résoudre une controverse entre deux parties représentées devant eux, et agissent directement entre eux et avec la cour: la résolution d'une controverse entre une partie et un tiers est étrangère à ce rôle».

367. Alors que cette observation a été soulevée dans un contexte judiciaire, son application s'étend au procès arbitral qui impose l'accord des parties sur la participation du tiers à la procédure. L'incohérence de la nature consensuelle de l'arbitrage avec l'ingérence du tiers dans le procès nécessite ainsi l'examen des hypothèses selon lesquels un tiers financeur actif devient partie au procès et engagé dès lors à respecter les décisions du tribunal arbitral.⁴⁹⁹

368. Le caractère volontaire de la clause arbitrale ainsi déterminé, la présence du tiers financeur présente aussi un risque au bon fonctionnement de la procédure arbitrale et la célérité de ce dernier.

requiert qu'un ou plusieurs tiers participe(nt) à l'arbitrage, le tribunal arbitral décide de la requête après consultation de toutes les parties, y compris le ou les tiers dont la participation est requise, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes».

⁴⁹⁷ *Id.*, Isabelle Hautot, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers*. «La pratique contractuelle: La relation financeur-client», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 77, «[P]lus le financement intervient en amont, plus l'analyse et les recommandations du financeur vont-être intrusifs, c'est-à-dire entrer en compétition avec la politique judiciaire [ou arbitrale] du créancier».

⁴⁹⁸ *Id.* *Campbells c/. Fostif*, para 266.

⁴⁹⁹ Voir *infra*, para 650.

Sous-section 2 : La célérité du procès arbitral

369. Ce qui oriente vers l'arbitrage, c'est d'abord la rapidité et la discrétion. La promotion d'une procédure rapide et efficace a longtemps été l'une des caractéristiques de l'arbitrage international, permettant à ses différents usagers de régler leurs conflits d'une manière effective et rapide. Mais si l'arbitrage est perçu comme une justice rapide, cela ne veut pas dire qu'il le soit systématiquement dans la pratique.⁵⁰⁰ Contrairement à la conception généralisée que l'arbitrage dure moins longtemps qu'une procédure judiciaire, estimée jusqu'en appel d'être au minimum trois ans, la plupart des arbitrages franchissent le seuil de trois ans, notamment les arbitrages des conflits de construction.
370. La célérité de la procédure arbitrale dépend de trois facteurs principaux que sont la disponibilité des conseils et des arbitres, la complexité du conflit et les voies de recours contre la sentence ou les incidents de procédure parfois utilisés à des fins dilatoires.⁵⁰¹
371. Aujourd'hui, la majorité des règlements d'arbitrage imposent des délais limités durant lesquels une sentence arbitrale devrait-être rendue, mettant fin une fois pour toute au conflit entre les parties.⁵⁰² En comparaison avec les contentieux, un juge étatique ne voit pas la durée des instances se déroulant devant lui enfermée dans un délai (sous réserve du délai raisonnable résultant de l'article 6(1)1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des pratiques internes aux juridictions de plus en plus soumises aux contraintes du principe de la célérité de la justice).⁵⁰³
372. Il en va différemment de l'arbitre, juge non permanent. Selon l'article 1463(1) CPC, «*si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine*». ⁵⁰⁴ On relèvera à titre liminaire que cet article envisage la durée de la mission du tribunal arbitral. C'est en effet cette mission qui est

⁵⁰⁰ Ch. Jarrosson et J. B. Racine, *Arbitrage commercial*, Droit commercial, Juris Classeur commercial, Fasc. 199, 2012, n° 9. V. aussi, *id.* J.-B. Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès : L'incidence en arbitrage»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 236.

⁵⁰¹ *Ibid.*, Jarrosson, J.-B. Racine, *Arbitrage Commercial – Droit International*, Juris Classeur Droit Commercial, 2012, para 9.

⁵⁰² Voir, Articles 30(1) des règles d'Arbitrage de la CCI 2012 et 36(2) du règlement d'arbitrage du *Dubai International Arbitration Centre DIAC* 2007, qui imposent un délai de 6 mois;

⁵⁰³ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit PUF, 2016, § 618.

⁵⁰⁴ Modifié par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - article 2.

temporaire.⁵⁰⁵ Il en découle que l'instance qui se déroule devant le tribunal arbitral est tributaire de la temporalité de la mission de ce dernier.

373. Certes, ces délais peuvent-être prolongés par l'accord des parties ou par la décision des juridictions du siège de l'arbitrage. La règle est logique, l'arbitrage reposant sur une base conventionnelle. Les parties sont donc libres de choisir le délai de l'arbitrage comme elles l'entendent. Dans le cadre d'une clause compromissoire, il est cependant délicat de se mettre d'accord à l'avance sur la durée du délai.⁵⁰⁶ Ici, le litige n'est pas encore né et la durée de l'instance dépendra grandement de la difficulté du litige une fois survenu. Dans certains cas, la durée convenue dans la clause d'arbitrage est particulièrement courte. La rédaction d'un acte de mission permet alors d'ajuster le délai au litige tel qu'il a surgi et offre ainsi la possibilité de corriger la clause sur ce point.⁵⁰⁷ En matière de délai de l'arbitrage, il faut distinguer entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international:

- i. Arbitrage interne: À défaut d'accord des parties, l'article 1463(1) CPC fait référence dans l'arbitrage interne à un délai de six mois. C'est un délai moyen, ni particulièrement court, ni particulièrement long. Il faut savoir toutefois qu'un tel délai ne convient en pratique qu'aux affaires assez simples.⁵⁰⁸ En effet, une durée de six mois passe vite dès l'instant où toute la procédure (échanges de pièces et de mémoires, audiences, reddition de la sentence, sans compter les incidents potentiels) doit se dérouler en son sein.
- ii. Arbitrage international: L'article 1506 CPC ne rend pas applicable l'article 1463(1) CPC à l'arbitrage international. Il en découle qu'aucun délai n'est prévu par les textes. Deux hypothèses sont envisageables. Ou bien les parties se mettent d'accord sur un délai de manière directe ou indirecte, à travers le choix d'un règlement d'arbitrage qui prévoit une période de temps pour rendre la sentence.⁵⁰⁹ Ou bien les parties ne se

⁵⁰⁵ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit PUF, 2016, § 618.

⁵⁰⁶ Id. § 619.

⁵⁰⁷ Id., § 612.

⁵⁰⁸ Id., § 620.

⁵⁰⁹ Parmi ces règles, voire l'article 31 du Règlement d'Arbitrage de la CCI 2017: «(1) Le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois. Ce délai court soit du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission, soit dans le cas visé à l'article 23, paragraphe 3, à compter de la date de notification au tribunal arbitral par le Secrétariat de l'approbation de l'acte de mission par la Cour. La Cour peut fixer un délai différent en fonction du calendrier de la procédure établi conformément à l'article 24, paragraphe 2. (2) La Cour peut, sur demande motivée du tribunal arbitral ou au

mettent pas d'accord. Dans ce cas, le principe de célérité prévu à l'article 1464(3) est transposable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506(3) CPC, à moins que les parties en soient convenues autrement.⁵¹⁰ Par référence à ce principe, le tribunal arbitral devrait rendre la sentence au moins dans un délai raisonnable.⁵¹¹

374. L'accord de prorogation est également susceptible d'être tacite. Il est possible de déduire du comportement convergent des parties un accord tacite de celles-ci pour proroger le délai, pourvu que leur attitude soit dénuée d'équivoque.⁵¹² Par exemple, prorogent tacitement le délai les parties qui participent sans réserve aux opérations d'arbitrage ayant lieu après l'expiration du délai stipulé.⁵¹³ En tout état de cause, la sentence doit être rendue au plus tard le dernier jour du délai.

375. On voit bien donc tout l'intérêt pour les parties de déterminer à l'avance le délai encadrant la durée de l'instance arbitrale et on comprend aussi la nature formelle et compliquée de la prorogation des délais. En effet, le but principal derrière l'imposition d'un délai est d'éviter une procédure prolongée qui ne fait que multiplier les dépenses et accroître les coûts du procès. La théorie économique du procès implique l'efficacité de la procédure que les parties devront prendre en considération quand ils décident de recourir à l'arbitrage. Cela inclut l'approche à adopter, spécifiquement, si la demande arbitrale est financée par un tiers.

376. Cependant, il se peut que l'intervention d'un tiers financeur puisse ralentir la procédure d'une manière considérable, constituant ainsi une violation des droits de la défense telle qu'il est illustré dans l'affaire *Idoport*.⁵¹⁴ Dans cette affaire, les demandeurs, bénéficiant d'un

besoin d'office, prolonger ce délai, si elle l'estime nécessaire». Le Règlement d'Arbitrage de la LCIA ne fixe pas une période mais stipule que la sentence finale doit être rendue dans un délai raisonnable depuis la soumission de la dernière mémoire des parties.

⁵¹⁰ Article 1464(3) CPC: «*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure*».

⁵¹¹ V. article 14 loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit PUF, 2016, § 624. Pour autant, cette solution existait antérieurement au décret du 13 janvier 2011 ayant consacré un principe de célérité. Un arrêt a pu déclarer de manière générale qu'"il ne fait aucun doute que l'arbitre doit statuer dans des délais raisonnables" (Paris, 28 février 2008, *D.* 2008, p. 1325, note R. Meese; *RTD com.* 2008, p. 516, obs. E. Loquin; *LPA* 2008, n° 199, note V.-L. Benabou; *JCP E* 2008, 1325, note C. Caron; *JCP* 2008, I, 164, § 6, obs. J. Béguin; *Rev. arb.* 2008, p. 712, note T. Azzi).

⁵¹² Paris, 9 février 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 137, 4e esp., obs. J. Pellerin; Civ. 2, 8 mars 2001, 18 octobre 2001 et 4 avril 2002, Paris, 17 janvier 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 899, note J.-G. Betto; civ. 1, 6 juillet 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 429, note P. Pic.

⁵¹³ Civ. 2, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2000, p. 635, note E. Taj Pamart; Paris, 10 décembre 2009, *Rev. arb.* 2010, p. 329, note P. Duprey; Paris, 15 octobre 2013, *D.* 2013, p. 2944, obs. Th. Clay; *Rev. arb.* 2013, p. 1077.

⁵¹⁴ *Pathway Investments Pty Ltd and Ors c/ National Australia Bank Limited* [2012] VSC 97 (21 Mars 2012).

financement extérieur, ont présenté plusieurs demandes contre la partie adverse en matière de preuve et de protection de données confidentielles, en vue de maximiser leurs chances de recevoir une décision condamnant la banque australienne (*National Australia Bank Limited*). La Cour Suprême de New South Wales a rendu plus de 75 ordonnances, nombre d'entre elles ont rejeté les demandes de la partie financée, mais le volume des demandes a prolongé la procédure, poussant ainsi la cour à ordonner au demandeur de payer un cautionnement pour frais de justice (*Security for Costs*). Cela constitue un exemple crédible selon lequel la présence du financeur peut effectivement retarder le règlement du litige. Pourtant, le tribunal arbitral demeure obligé de rendre sa sentence durant la période consentie. Les demandes de la partie financée devront être prises en considération tant qu'elles ne sont pas de nature dilatoire.

377. La confidentialité de la procédure arbitrale représente un atout important pour les justiciables qui cherchent à recourir à une justice privée. Mais la présence d'un tiers non-signataire peut affecter la confidentialité de cette procédure, surtout pour la partie adverse qui peut réclamer la révélation de l'identité de tout financeur participant au procès.

Sous-section 3: La confidentialité de la procédure arbitrale

378. Le caractère privé et la confidentialité de l'arbitrage présentent plusieurs avantages, notamment en matière de protection des informations sensibles divulguées durant la procédure arbitrale.⁵¹⁵
379. Une distinction se fait entre la confidentialité et le caractère privé de l'arbitrage. Ce dernier

⁵¹⁵ Plusieurs observateurs considèrent la confidentialité comme l'une des motivations essentielles des entreprises pour recourir à l'arbitrage. Voir en ce sens, Bühring-Uhle, «A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes», dans C. Drahozal & R. Naimark, *Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* 25, 35, Kluwer Law International (2005) (traitant la confidentialité). V. aussi, Price Waterhouse Coopers et Queen Mary University of London, «International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices», 2006, p. 6, « *Privacy, perhaps unsurprisingly, was also ranked highly. International arbitration is considered by many as an effective way to keep business practices, trade secrets, industrial processes, intellectual property, as well as proceedings with a possible negative impact to the brand, private. This does not mean that everything in arbitration is automatically secret or confidential; it merely means that proceedings are private and may be confidential* », disponible sur http://www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf. Rapport de l'expert Stephen Bond dans l'affaire *Esso/BHP c/ Plowman*, Arb. Int'l. (1995) 11/3, p. 274 «*[T]he confidentiality of ICC (and most other) international arbitration proceedings is one of the fundamental reasons why sensitive disputes may be resolved through arbitration. If the parties considered that their efforts to resolve a dispute were to become public, the likelihood is that in many instances they would refrain from submitting their dispute to arbitration or any other settlement mechanism, thus exacerbating problems related to international trade and investment*».

implique que le procès arbitral se tient uniquement entre les parties signataires de la clause arbitrale, à l'exclusion de toute partie étrangère.⁵¹⁶ Cette caractéristique concerne le droit des personnes autres que les arbitres, les parties, leurs représentants et témoins, de participer à l'audience et d'être au courant de l'instance en cours.⁵¹⁷ Il devient donc essentiel d'annoncer que la participation du tiers financeur à la procédure arbitrale, que ce soit par sa prise de décision sur l'approche à adopter concernant la présentation des demandes, ou par son choix des avocats et des témoins, constitue une violation flagrante du caractère privé de l'arbitrage. La participation du tiers pourra ainsi mettre en péril la confidentialité des informations échangées entre les parties au cours de la procédure.⁵¹⁸

380. En revanche, la confidentialité de l'arbitrage exige des parties et des membres du tribunal arbitral de ne pas divulguer aux tiers ne faisant pas partie de la procédure arbitrale des informations e.g. en matière de preuves, brevets, les identités des témoins, ou transcriptions des audiences.⁵¹⁹ Ainsi, la présence d'un tiers donne à la partie adverse le droit de prohiber la communication de toute information confidentielle à ce premier,⁵²⁰ afin que cette information ne soit pas employée dans un autre procès arbitral ou devant les juridictions étatiques.⁵²¹
381. Or, on vient de le noter, le tiers financeur démontre un fort intérêt à avoir accès à toutes les informations relatives au litige afin de compléter son audit juridique. Après tout, le financeur

⁵¹⁶ *Esso Austl. Resources cf. Plowman* [1994], 1 VR 1, décision de la Cour d'appel de la Cour Suprême de l'État de Victoria, Australie, para 12-13, propos du Juge Booking: «*I think we should recognise a rule of law that it is an implied term of arbitration agreements (which the parties may exclude if they choose) that arbitrations should be heard in private in the sense of the absence of strangers as just defined unless the parties consent to the presence of a stranger*». *Id.*, Collins, «Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings», *Arb. Int'l.* (1995) 11/3, pp. 321 et s. V. D. Caron & L. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 36 (OUP - 2ème éd. 2013): «*Privacy is typically used to refer to the fact that, under virtually all national arbitration statutes and institutional rules, only parties to the arbitration agreement – and not third parties – may attend arbitral hearings and otherwise participate in the arbitral proceedings*». *Id.* Born, *International Commercial Arbitration*, 2ème éd., 2014, «*The privacy of the arbitration serves to prevent interference by third parties in the arbitral process (for example, by making submissions in the arbitration or by seeking to participate in the arbitral hearing), as well as to protect the parties' confidences from disclosure to third parties*».

⁵¹⁷ Rapport du Dr. Julian D.M. Lew dans l'affaire *Esso/BHP cf. Plowman*, *Arb. Int'l* (1995) 11/3 pp.285.

⁵¹⁸ *Id.*, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2009), pp. 2252.

⁵¹⁹ *Id.* Rapport de J. Lew, pp. 285.

⁵²⁰ *Id.* E. Bertrand, *The Brave New World of Arbitration*, pp. 612, «*The opponent of the funded party could thus rightfully not only object to the transfer of any information not publicly available to a person which is not a party to the arbitration, but also condition the production of any such information to an undertaking of the funded party that no information will be transferred to the funder*».

⁵²¹ *Ibid.*, E. Bertrand, *The Brave New World of Arbitration*. Par exemple si le financeur est spécialisé dans le financement des procès contre un pays ou une société déterminée, surtout si le financeur est le compétiteur de cette société. V. aussi, «Le Third Party Funding: Atout ou danger?», Table ronde *Wake up (with) Arbitration!*, Paris, 5 Février 2013, Cahiers de l'arbitrage, 1 Avril 2013 n°2, p. 527, «*[I]l pourrait être à craindre que les TPF utilisent certaines informations confidentielles communiquées pour un dossier X, dans l'évaluation d'un dossier Y*».

est un investisseur dont l'objectif primordial est de réaliser un profit. Bien qu'on trouve souvent une stipulation sur le partage des informations dans les accords de financement avec la partie financée, durant la période de l'audit juridique il n'y a pas d'accord de financement, donc pas encore un accord sur la confidentialité de l'information partagée. Ainsi se pose la question du levé du secret juridique des informations fournis à l'investisseur.⁵²² Dans ce cas, il est indispensable que l'avocat obtient le consentement de son client avant de divulguer toute information confidentielle.

382. La nécessité de réaliser des profits comme condition *sine qua non* pour octroyer le financement, pousse certains financeurs à demander toute les informations disponibles sur le procès ainsi à participer aux décisions stratégiques de la procédure arbitrale.⁵²³ Ainsi, le demandeur se voit en conflit entre, d'une part, devoir partager des informations avec son financeur en respect de l'accord de financement et, d'autre part, violer son devoir de préserver la confidentialité des informations.⁵²⁴

383. Face à ce dilemme, il est bien prudent de divulguer la présence du tiers financeur lorsque les questions de confidentialité apparaissent, en vue d'autoriser le financeur à accéder à ces informations.⁵²⁵ Alternativement, un ordre de procédure du tribunal peut éventuellement stipuler la divulgation d'informations à des tiers financeurs potentiels. Il est question toutefois

⁵²² Voir le Règlement Model de l'ABA 1.6 et Fed R Civ P 26. En France, les avocats ne sont pas autorisés à partager les informations confidentielles concernant leurs clients à n'importe quelle situation.

⁵²³ US Chamber Institute for Legal Reform, «Third Party Financing - Ethical & Legal Ramifications in Collective Actions», novembre 2009, p. 7, «*litigation-financing arrangements undercut the plaintiff's control over his or her own claim because investors inherently desire to protect their investment and will therefore seek to exert control over strategic decisions in the lawsuit*». Voir, id. «Third-party funding: The best thing since sliced bread?», 28 Novembre 2012, Global Arbitration Review, Vol. 8, Issue 1, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/31006/third-party-funding-best-thing-sliced-bread/>. Il est à noter qu'un rôle actif du financeur dans les pays du Common Law n'est pas nécessairement illégal, voir en ce sens la décision de la High Court Australienne statuant que le tiers financeur propriétaire de la compagnie détenant le droit à un véritable intérêt commercial dans la procédure, ne constitue pas un abus de procès, même si elle est entièrement contrôlée par le tiers qui réserve l'intégralité des bénéfices, *Deloitte Touche Tohmatsu & Ors c/ JP Morgan Portfolio Services Ltd*, [2007] FCAFC 52, «*When one looks at the facilitation arrangements in the letter agreement, it is true that absolute control vest in Westpac but we say, with respect, that that issue, whilst relevant, cannot determine whether there is an abuse of process. Even if it be argued that even at a general level there is no commercial interest and Westpac stands simply in the shoes of a funder third party, we say, with respect, that in and of itself does not point to corruption or tendency to corrupt*».

⁵²⁴ *Id.* Steve Tenai et al., «Third Party Funding of class actions», (Osgoode Hall: 28-29 Avril, 2011).

⁵²⁵ Propos de Albert Jan van den Berg dans Sebastien Perry, «Third-party funding: an arbitrator's perspective», GAR, 23 November 2011, «*if third-party funder has not been disclosed, can the funded party share the confidential information with the funder? "Probably not", said van den Berg. "It therefore seems prudent to disclose" the presence of the funder" if and when confidentiality issues arise and to include the funder as an authorized person*».

de savoir si les financeurs sont prêts à révéler leurs identités au tribunal arbitral.⁵²⁶

384. Le principe de confidentialité ne se limite pas aux informations échangées durant la procédure arbitrale, mais s'étend dans certaines juridictions au processus de règlement amiable du litige, telles que la négociation et la médiation. Dans l'affaire *Gildan Activewear*, les cours canadiennes ont reconnu le droit du défendeur d'insister sur le caractère confidentiel des discussions amiables en dépit de toute disposition contraire dans le contrat de financement.⁵²⁷ Cette prohibition devrait être nuancée puisqu'une décision ultérieure a considéré qu'il est raisonnable de transmettre les informations concernant la procédure amiable au tiers financeur, mais a reconnu qu'il fallait règlementer la fourniture de ces informations pour tenir compte des intérêts à la fois du financeur et du défendeur.⁵²⁸
385. Le degré de confidentialité de la procédure arbitrale n'est pas le même entre arbitrage commercial et arbitrage des conflits d'investissement. Dans ce dernier type d'arbitrage, la procédure n'est pas tenue *in camera* dans la mesure où les conflits d'investissement relèvent d'un intérêt public et qu'il faut donc rendre public les mémoires des parties, y compris les ordonnances du tribunal et la sentence arbitrale.
386. La transmission d'informations à un tiers financeur ne soulève donc aucun problème dans le contexte d'un arbitrage d'investissement.⁵²⁹ L'arbitrage d'investissement comprend l'examen du comportement d'un État agissant en sa qualité de souverain envers l'investissement étranger sur son territoire, ce qui exige la transparence de la procédure à l'égard de ses citoyens, mais aussi vis-à-vis du milieu d'affaires et des acteurs du commerce international.⁵³⁰
387. Cette exigence de transparence autorise donc la révélation d'informations au tiers, mais elle ne nécessite pas la divulgation de l'accord de financement au tribunal arbitral. Alors que l'accord a été révélé d'une manière volontaire dans l'affaire *Oxus Gold* contre la République

⁵²⁶ *Ibid.* S. Perry, «Third-party funding: an arbitrator's perspective», GAR, 23 November 2011.

⁵²⁷ *Metzler Investment GMBH c/ Gildan Activewear Inc.*, [2009] O.J. No. 3315 (Sup. Ct. J.), para 59.

⁵²⁸ *Dugal c/ Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785, para 36.

⁵²⁹ J. Delaney et D. Barstow Magraw, «Procedural Transparency», dans: P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer (éd.), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press 2008, p. 721-788.

⁵³⁰ *Id.* E. De Brabandere et al., «Third Party Funding in International Investment Arbitration», 2012, p.14, «[I]nternational investment arbitration involves the review of acts of a sovereign State, acting in its sovereign capacity, which may imply certain obligations towards its own government and citizens, in particular in respect of access to and transparency of the proceedings».

d'Ouzbékistan,⁵³¹ certains observateurs doutent de l'existence d'une obligation généralisée sa divulgation dans les règles d'arbitrage du CIRDI, ou le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.⁵³² La présence du tiers financeur représente aussi un challenge pour le principe d'efficacité et la bonne administration du procès arbitral.

Sous-section 4 : La bonne administration du procès arbitral

388. Afin d'éviter les conflits qui peuvent surgir entre l'avocat et le financeur concernant la gestion du procès, notamment sur le choix des arbitres, la stratégie qu'il faut adopter, ou l'administration de preuve, le financeur et l'avocat exécutent parfois un contrat pour gérer leur coexistence *modus vivendi*. Ce rapport reflète dans ses effets l'existence d'un accord tacite sur des sujets polémiques concernant la stratégie et la politique du procès, et soulève plusieurs questions de conflits d'intérêts et de la loyauté de l'avocat dans sa relation avec le client et le financeur.⁵³³ Ce qui est intéressant dans ce contexte, ce sont les effets de la relation financeur-avocat sur le déroulement de l'instance et, plus spécifiquement, sur la confidentialité des informations fournies au financeur et les effets de leur divulgation sur la bonne administration du procès arbitral.⁵³⁴
389. L'audit juridique entamé par le financeur pour apprécier l'affaire nécessite le transfert de documents parmi lesquels pourraient figurer des informations qualifiées d'avis juridiques préparés par l'avocat.⁵³⁵ Ces documents, une fois transférés, pourront faire l'objet d'une procédure de '*disclosure et discovery*', ayant pour objectif l'identification de preuves admissibles. Cette procédure applicable en *common law* est souvent utilisée pour obliger une partie adverse à révéler des documents commerciaux ou à fournir l'accès à ses archives d'informations.⁵³⁶

⁵³¹ *Oxus Gold PLC c/. Republic of Uzbekistan et al.*, arbitrage CNUDCI, 31 Août 2011.

⁵³² *Ibid.* E. De Brabandere et al., «Third Party Funding in International Investment Arbitration», 2012, p. 15, «[S]everal tribunals and committees had refused to consider the existence of a third party funding agreement for its decision on the award of costs, which in essence is an application of the principle that a third party funding agreement in principle is of no relevance for the investment proceedings. (...) [I]t is difficult to argue that there exists at this stage, a general obligation of disclosure of third party funding agreements».

⁵³³ *Id.* Édouard Bertrand, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* «La pratique contractuelle: La relation financeur-avocat», éd. Panthéon-Assas, 2012, pp. 32-35, notamment sur des questions concernant les plaintes infondées, la confidentialité de la procédure, le trafic des procès et la célérité du procès.

⁵³⁴ *Voir supra.*

⁵³⁵ *Id.*, Édouard Bertrand, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La pratique contractuelle: La relation financeur-avocat», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 93.

⁵³⁶ *Dictionnaire de la Justice*, Discovery/Disclosure, Horatia Muir Watt, PUF 1ère édition 2004, p. 338, publié sous la direction de Loïc Cadet.

390. À la différence du modèle applicable en Angleterre, la procédure de *discovery* aux États-Unis ne se limite pas aux documents détenus par la partie adverse, mais s'étend surtout aux tiers non parties au procès, qui peuvent être contraints de participer à des interrogatoires et contre-interrogatoires,⁵³⁷ obligeant ainsi le tiers financeur à divulguer le contenu de certaines informations matérielles.
391. Il est à noter, dans ce contexte, la réserve introduite par le Royaume-Uni selon l'article 23 de la Convention de La Haye du 18 Mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, par crainte que la coopération judiciaire en matière d'instruction par voie de commissions rogatoires, telle qu'envisagée par cette convention, ne soit utilisée pour étendre la procédure de *discovery* à des tiers.⁵³⁸ Similaire au modèle anglais, mais également étrangère à la procédure de *discovery*, la loi française de 1980, destinée à consolider la protection offerte par la réserve de l'article 23 de la Convention de La Haye,⁵³⁹ interdit toute communication de renseignement à un tiers à n'importe quelle procédure.
392. Différents types de confidentialité s'appliquent à différents types d'informations selon que ces informations ont été échangées entre l'avocat et son client, ou l'avocat et un tiers. On distingue en *common law* entre le *legal privilege* (§ 1), *legal advice privilege* (§ 2), *privilege* par intérêt commun (§ 3) et *litigation privilege* (§ 3).

§ 1. La doctrine du *legal privilege*

393. La procédure de '*discovery*' est sujette à l'exception de *legal privilege* spécifique aux systèmes anglo-saxons. Le principe généralement admis est que les informations, communications et conversations échangées entre les avocats et leurs clients sont couvertes par la doctrine du *legal privilege*. Cette dernière prévient leur divulgation à la partie adverse ou à des tierces parties, à quelques exceptions près.⁵⁴⁰ La doctrine du *legal privilege* existe

⁵³⁷ *Id.* Dictionnaire de la Justice, Discovery/Disclosure, Horatia Muir Watt, PUF 1ère édition 2004, p. 338, publié sous la direction de Loïc Cadiet.

⁵³⁸ L'article 23 de la Convention de La Haye stipule: «*Tout Etat contractant peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du Common Law sous le nom de pre-trial discovery of documents*».

⁵³⁹ *Id.* Dictionnaire de la Justice, Discovery/Disclosure, Horatia Muir Watt, PUF 1^{re} édition 2004, p. 339, publié sous la direction de Loïc Cadiet.

⁵⁴⁰ Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.12 – 10.26.

sous deux formes principales: Le *legal advice privilege* et le *litigation privilege*.

394. La confidentialité sous ces deux formes appartient au client uniquement.⁵⁴¹ L'avocat et le tiers ont un devoir de ne pas divulguer ces informations sans le consentement du client.⁵⁴² En France, un avocat a l'obligation de ne pas divulguer une information concernant son client, même avec l'autorisation de ce dernier.⁵⁴³ L'avocat donne son avis juridique à son client, auquel apporte la décision de divulguer cette communication au tiers financeur. Mais cette communication risque d'être divulguée dans une procédure arbitrale.

§ 2. *Legal advice privilege*

395. Cette forme protège les communications entre le client et son avocat contre toute demande de révélation d'informations confidentielles. Elle se fonde sur plusieurs raisonnements. L'intérêt économique est un de ses piliers puisqu'il concerne en partie les considérations d'efficacité. Les avocats ont besoin d'un bilan complet des informations de leurs clients s'ils ont à assumer leur devoir, sans infliger des délais et coûts additionnels. Étant donné que la procédure arbitrale pourrait être longue et coûteuse, il y a donc un intérêt économique à admettre tous les moyens possibles, tel que le *legal privilege*, pour permettre à cette procédure de fonctionner d'une manière efficace.⁵⁴⁴

396. Cependant, l'application de la doctrine du *legal privilege* n'est pas spécifique à la relation client-avocat. En droit anglais, certaines lois protègent les communications avec les agents de brevets⁵⁴⁵ et les individus autorisés selon la loi à fournir des services de plaidoiries

⁵⁴¹ Cette théorie est apparue dans Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence*, London edition, Dublin 1756, p.138, avant d'être confirmée par le Juge Buller dans *Wilson c/ Rastall* (1792) 4 Term Rep. 753, 100 ER 1283.

⁵⁴² *Greenough c/ Gaskell* (1833) 1 Myl. & K. 98 (avocat); *Harmony Shipping Co c/ Davis* [1979] 3 All E.R. 177, para 181 (tiers témoins).

⁵⁴³ Règlement Intérieur National, art. 2.1; Cass. 1ère civ., 6 Avril 2005, n° 00-19.245.

⁵⁴⁴ L'intérêt public remplace l'intérêt économique dans le cas des contentieux étatiques. Voir en ce sens, *Id.* Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.3. Alors que l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne dispose aucune référence au *legal privilege*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a clairement décidé que les communications entre l'avocat et son client sont nécessaires pour garantir l'efficacité de la représentation professionnelle juridique, *S. c/ Suisse* (1992) 14 E.H.R.R. 670, para [48]; *Brennan c/ Royaume Uni* (2002) 34 E.H.R.R. 18, para [58]; *Modarca c/ Moldavie* (2009) 48 E.H.R.R. 39, para [87]-[89].

⁵⁴⁵ Copyrights, Designs and Patents Act 1988 s.280, « (1) *This section applies to communications as to any matter relating to the protection of any invention, design, technical information, or trade mark, or as to (a) any matter involving passing off, and (b) documents, material or information relating to any matter mentioned in paragraph (a).* (2) *Where a patent attorney acts for a client in relation to a matter mentioned in subsection (1), any communication, document, material or information to which this section applies is privileged from disclosure in like manner as if the patent attorney had at all material times been acting as the client's solicitor.*

concernant le droit d'audience, ou de contentieux concernant le déroulement du procès.⁵⁴⁶ Alors que certaines jurisprudences ont qualifié les communications avec des représentants non qualifiés juridiquement comme confidentielles,⁵⁴⁷ d'autres ont refusé de considérer les communications avec ces représentants comme telles.⁵⁴⁸

397. La confidentialité des informations partagées ne disparaît pas avec la clôture du procès arbitral. Elle peut être toujours invoquée par la partie au litige ou son successeur en titre dans des procédures ultérieures.⁵⁴⁹ Il en résulte qu'une partie peut employer les services d'un agent pour communiquer avec son avocat⁵⁵⁰ et la confidentialité de ces communications pourrait être affirmée sous la forme de *legal advice privilege* dans le cas unique où cet agent agit comme un intermédiaire à la partie concernée.⁵⁵¹ En revanche, si le devoir de l'agent inclut la production d'un rapport pour l'avocat sur la base d'informations collectées par l'agent lui-même, ce rapport sera considéré comme provenant d'une tierce partie et sera couvert par le *litigation privilege* uniquement dans le cas où sa production serait envisagée pour un procès

(3) In subsection (2) "patent attorney" means: (a) a registered patent attorney or a person who is on the European list, (b) a partnership entitled to describe itself as a firm of patent attorneys or as a firm carrying on the business of a European patent attorney, (b) an unincorporated body (other than a partnership) entitled to describe itself as a patent attorney, or (c) a body corporate entitled to describe itself as a patent attorney or as a company carrying on the business of a European patent attorney ».

⁵⁴⁶ Legal Services Act 2007 s.190, « (1) Subsection (2) applies where an individual ("P") who is not a barrister or solicitor: (a) provides advocacy services as an authorised person in relation to the exercise of rights of audience, (b) provides litigation services as an authorised person in relation to the conduct of litigation, (c) provides conveyancing services as an authorised person in relation to reserved instrument activities, or (d) provides probate services as an authorised person in relation to probate activities.

(2) Any communication, document, material or information relating to the provision of the services in question is privileged from disclosure in like manner as if P had at all material times been acting as P's client's solicitor.

(3) Subsection (4) applies where: (a) a licensed body provides services to a client, and (b) the individual ("E") through whom the body provides those services: (i) is a relevant lawyer, or (ii) acts at the direction and under the supervision of a relevant lawyer ("the supervisor").

(4) Any communication, document, material or information relating to the provision of the services in question is privileged from disclosure only if, and to the extent that, it would have been privileged from disclosure if: (a) the services had been provided by E or, if E is not a relevant lawyer, by the supervisor, and (b) at all material times the client had been the client of E or, if E is not a relevant lawyer, of the supervisor.

(5) "Relevant lawyer" means an individual who is: (a) a solicitor; (b) a barrister; (c) a solicitor in Scotland; (d) an advocate in Scotland; (e) a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland; (f) a member of the Bar of Northern Ireland; (g) a registered foreign lawyer (within the meaning of section 89 of the Courts and Legal Services Act 1990 (c. 41)); (h) an individual not within paragraphs (a) to (g) who is an authorised person in relation to an activity which is a reserved legal activity; or (i) a European lawyer (within the meaning of the European Communities (Services of Lawyers) Order 1978 (S.I.1978/1910)) (...) ».

⁵⁴⁷ *M & W Grazebrook Ltd c/. Wallens* [1973] 2 All E.R. 868 NIRC.

⁵⁴⁸ *Umoh* (1987) 84 Cr.App.R. 138 CA; *New Victoria Hospital c/. Ryan* [1993] I.C.R. 201 EAT.

⁵⁴⁹ Voir *Calcraft c/. Guest* [1898] 1 Q.B. 759, ou la cour d'Appel Anglaise a admis la confidentialité des preuves originales des témoins dans une action sur les droits de pêches concernant les prédécesseurs du demandeur en titre. Cette décision a été confirmée en *obiter* par le House of Lords dans *R c/. Derby Magistrates' Court Ex p. B* [1996] 1 A.C. 487, para 506.

⁵⁵⁰ *Reid c/. Langlois* (1849) 1 MAC. & G. 627.

⁵⁵¹ *Wheeler c/. Le Marchant* (1881) 17 Ch.D. 675, para 684; *Jones c/. Great Central Rail Co* [1910] A.C. 4 HL; *Re Highgrade Traders* [1984] B.C.L.C. 151 CA.

probable ou en cours.⁵⁵²

398. En théorie, un tiers indépendant et non intermédiaire n'a généralement aucune raison valable pour ne pas divulguer les faits litigieux. D'où l'absence de protection de la confidentialité des documents échangés entre ce tiers, d'une part, et la partie au procès et son avocat, d'autre part.⁵⁵³ Il est sans doute discutable que le tiers financeur soit considéré comme étant indépendant puisqu'il partage les mêmes intérêts que ceux de la partie financée et désire autant gagner le procès pour collecter ses profits. Par conséquent, les documents échangés avec un tiers financeur devraient bénéficier de la protection accordée par le *litigation privilege*, comme étant des communications partagées pour le procès arbitral probable ou en cours.⁵⁵⁴
399. Aux États-Unis, la transmission à un tiers d'une information couverte par le *legal privilege* fait disparaître son caractère confidentiel et la rend ainsi sujette à une divulgation forcée⁵⁵⁵ sous prétexte que cette transmission constitue un renoncement à sa confidentialité.⁵⁵⁶ Cette observation n'est pas définitive et la protection du caractère confidentiel de l'information divulguée reste incertaine aux États-Unis. Compte tenu de ce risque, certains financeurs exercent leur audit juridique sur la base d'informations non confidentielles,⁵⁵⁷ de peur que les informations ne soient partagées avec la partie financée et finissent par être à la portée de la partie adverse⁵⁵⁸ qui cherchera à divulguer ces informations sur le territoire américain.⁵⁵⁹ En

⁵⁵² *Three Rivers DC c/. Governor and Company of the Bank of England (No.5)* [2003] EWCA Civ 474; [2003] Q.B. 1556, qui s'est reposée sur, *inter alia*, *Waugh c/. British Railways Board* [1980] A.C. 521 HL. Pour plus de détails, voir, *id.* Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4^{ème} édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.7.

⁵⁵³ À l'exception où ces documents furent échangés pour le procès envisagé. *Id.* Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4^{ème} édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.8.

⁵⁵⁴ Voir *infra*, para 554 *et seq.* *privilege par intérêt commun entre le financeur et la partie financée.*

⁵⁵⁵ Voir, *id.* Édouard Bertrand, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle: La relation financeur-avocat»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 97.

⁵⁵⁶ *Id.* Aren Goldsmith et Lorenzo Melchionda, «Third party funding in international arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask) – Part One», RDAI, No 1, 2012, , pp. 57, «[B]ecause the diligence process may involve a discussion of the merits of the claim to be funded, the fact that a party has participated in funding-related diligence may create a risk of exposure to subsequent attempts by adversaries to obtain disclosure of the information exchanged during that process (for instance, based upon arguments that the disclosure waived any otherwise applicable legal privilege».

⁵⁵⁷ Voir, «In Turbulent Markets, Hedge Fund Managers Turn to Litigation Funding for Absolute, Uncorrelated Returns», *The Hedge Fund Law Report*, Vol. 2, No. 25 (Jun. 24, 2009), interrogeant des représentants des fonds Juridica et Juris qui confirment leur refus de recevoir dans le cadre de leur audit juridique des informations confidentielles de l'avocat de la partie financée.

⁵⁵⁸ *Id.*, A. Goldsmith *et al.*, «Third party funding in international arbitration - Part One», RDAI, No 1, 2012, pp. 57, «Certain funders seek to perform their diligence exclusively on the basis of non-privileged information. Others may seek to limit the type of information provided based, for example, upon the belief that while certain privileges could be waived by a sharing of information (such as the attorney-client privilege), other protections, such as work product privilege, would not be».

d'autres termes, un tiers financeur basé aux États-Unis et assistant une partie dans un arbitrage étranger risque de faire face à une injonction prononcée contre lui par un tribunal américain sur le fondement de la Section 1782 de l'*United States Code*, lui ordonnant la révélation des informations échangées avec l'avocat de la partie financée avant le procès.⁵⁶⁰ Il est à noter que le pouvoir du tribunal américain est discrétionnaire et n'implique pas que la partie adverse ait nécessairement gain de cause.⁵⁶¹

§ 3. *Privilege par intérêt commun*

400. Certaines juridictions avancent le concept de confidentialité par intérêt commun,⁵⁶² selon lequel une partie au procès et son financeur partagent un intérêt mutuel permettant l'échange d'informations sans pour autant risquer de perdre leur confidentialité.⁵⁶³ Ce concept, qui

⁵⁵⁹ Voir l'article 7 du code fédéral d'arbitrage (Federal Arbitration Act) et l'article 28 United States Code § 1782 sur la procédure de Discovery, qui ont été interprétés comme permettant l'assistance judiciaire dans la collecte de preuves à la demande de l'une des parties à un procès arbitral ayant pour siège hors du territoire américain. *Id.*, G. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer, 2014), pp.2400-2401, «*There are two provisions of U.S. federal law that are relevant to court-ordered discovery in international arbitration: §7 of the FAA and 28 U.S.C. §1782. In contrast to the Model Law, both provisions have been interpreted to provide for judicial assistance in taking evidence at the request of one of the parties to the arbitration (as distinguished from a request by the arbitrators). Additionally, both provisions have been interpreted as permitting U.S. courts to provide judicial assistance in aid of foreign-seated arbitrations.*».

⁵⁶⁰ La section 1782 U.S.C. stipule: «(a) *The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.*

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.

⁵⁶¹ *Id.* Édouard Bertrand, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La pratique contractuelle: La relation financeur-avocat», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 99.

⁵⁶² Ce concept fut introduit par Lord Denning dans l'affaire *Buttes Gas and Oil c/ Hammer* (No.3), [1981] Q.B. 223, p 243.

⁵⁶³ *Id.* Christopher Hodges, John Peysner and Angus Nurse, «Litigation Funding: Status and Issues», CSLS et Lincoln Law School, rapport de Janvier 2012, p. 92, «*Parties who jointly instruct a lawyer share the same joint privilege. (...) Clearly, a client and a prospective or actual third party funder share a contingent or present interest. Common interest privilege is a tentative concept that may well overlap with legal advice privilege or litigation privilege and occupies an uncertain territory outside these two areas. This might be particularly difficult in the early stages of negotiations between a prospective client and a third party funder. For a funder to make a decision, there has to be an exchange of information over and above standard terms and conditions - both parties need to understand the aims and objectives of the other in relation to a possible dispute. Almost*

chevauche entre la confidentialité de la consultation juridique et la confidentialité des contentieux, a été détaillé dans l'affaire *Formica* dans laquelle la cour commerciale anglaise a décidé ce qui suit :⁵⁶⁴

« Afin de déterminer si les documents étaient couverts par le privilège par intérêt commun, la question essentielle à poser est de savoir si la nature de l'intérêt mutuel des parties dans le cadre de leur relation [financier et partie financée] était telle que la partie à qui les documents ont été transmis les avait reçus à la base d'une obligation de confidentialité à la base de laquelle la loi permettrait de les protéger pour intérêt de justice.

Lorsque la partie défenderesse à une demande de discovery [partie financée] s'est appuyée sur la confidentialité par intérêt commun, elle serait souvent en mesure d'établir que le transfert des documents a eu lieu parce que sa relation avec la partie recevant l'avis juridique [financier] constitue en toutes circonstances un intérêt mutuel en tout ce qui concerne le contenu de cet avis».

401. Ainsi, les documents échangés avec le tiers financier peuvent bénéficier de cette protection.⁵⁶⁵ La protection ne s'étend pas au contact direct entre le financier et la partie financée, voire les comptables et auditeurs.⁵⁶⁶ Pour que ces communications bénéficient d'une confidentialité, le contact pour l'échange d'information confidentielle pourrait se nouer par l'avocat de la partie envisageant un financement de son procès avec le tiers financier. Mais l'incertitude sur ce qui constitue dans ce contexte une information confidentielle demeure

certainly these arrangements will be covered by litigation privilege as the dispute is in contemplation. However, this is not invariably the case and, therefore, uncertainty can be created. [Lord Denning] introduced the idea of common interest privilege as a practical means of expanding the area of protection from those who instruct a lawyer in ongoing litigation to those with a similar interest but who have as yet not instructed the lawyer».

⁵⁶⁴ *Formica Ltd c/. Secretary of State acting by the Export Credits Guarantee Department*, (Commercial Court), [1994] C.L.C. 1078 (Coleman J).

⁵⁶⁵ *Id.* Laurent Lévy and Régis Bonnan, *Third-Party Funding - «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings»*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 91, «[S]uch documents could benefit from other protections such as the attorney's work product, the 'common interest privilege' or grounds of commercial confidentiality that the arbitrators would find sufficiently compelling». La confidentialité commerciale apparaît dans la règle 9(2)(e) des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international du 29 Mai 2010, qui stipule: «Le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, exclure de la preuve tout témoignage, toute déclaration, tout Document ou toute constatation faite dans le cadre d'une inspection ou encore interdire leur production, pour l'une des raisons suivantes: (...)existence de raisons tenant à des règles de confidentialité commerciale ou technique que le Tribunal Arbitral estime s'imposer avec une force particulière».

⁵⁶⁶ *R (Prudential plc and another) c/. Special Commissioner of Income Tax and another*, [2009] EWHC 2494 (Admin). Cette décision a été soutenue par la Cour Suprême, [2013] UKSC 1, du 23 Janvier 2013.

problématique.

§ 4. *Litigation privilege*

402. Cette forme protège les communications entre le client ou l'avocat du client et un tiers,⁵⁶⁷ dans le but d'obtenir un avis sur un procès probable ou en cours.⁵⁶⁸ Les fondements théoriques de cette forme de confidentialité appartiennent généralement au principe du contradictoire, consacré dans les systèmes de droit civil et anglo-saxon.⁵⁶⁹ Cet argument est renforcé par la représentation juridique, qui a pour but de permettre aux parties représentées d'intenter leur procès de la manière la plus efficace possible. Cette forme de *privilege* est essentielle pour protéger l'égalité des parties au procès⁵⁷⁰ et prévenir que chacune des parties demandent accès aux documents de la partie adverse sur sa préparation des preuves.⁵⁷¹
403. Cette confidentialité prohibe la divulgation de tout document échangé avec la partie financée en relation avec le procès. Sa protection englobe les documents couverts par le *legal advice privilege* et s'étend également aux documents échangés entre la partie financée et son avocat d'une part, et le tiers financeur d'autre part, afin de recevoir un avis concernant le contentieux.⁵⁷² Ces documents incluent à titre d'exemple les rapports d'expertise et les déclarations des témoins.
404. Le *litigation privilege* s'applique uniquement aux documents échangés avec un tiers dans le contexte d'un procès. Pour que ces documents soient protégés par la confidentialité, ils doivent avoir vu le jour après la naissance d'un litige ou quand ce litige a été envisagé, et ont été créés dans le but de donner un avis ou une information sur le conflit envisagé ou en cours.⁵⁷³
405. Le test applicable est donc de savoir si le contentieux a été envisagé. Cela s'exprime éventuellement en ce que la partie financée a envisagé le procès comme une « réelle probabilité », non seulement une simple possibilité, sans pour autant aller jusqu'à conclure

⁵⁶⁷ Le *litigation privilege* est disponible pour un plaideur non représenté, tel que confirmé par Laws L.J. dans *R (on the application of Kelly) c/ Warley Magistrates' Court* [2007] EWHC 1836 (Admin); [2008] 1 Cr.App.R. 14 (p.195) para [18].

⁵⁶⁸ *Id.*, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.1.

⁵⁶⁹ *Waugh c/ British Railways Board* [1980] A.C. 521, para 536.

⁵⁷⁰ *Id.*, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.27.

⁵⁷¹ *Id. R (Kelly) c/ Warley Magistrates' Court* [2007] EWHC 1836 (Admin).

⁵⁷² *Id.*, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.27.

⁵⁷³ *Supra* note 551, *Wheeler c/ Le Marchant* (1881) 17 Ch.D. 675 CA.

que cette probabilité signifie une chance de plus de 50% pour tenter un procès.⁵⁷⁴

406. Dans l'affaire *Alfred Crompton Amusement Machines*, le *House of Lords* a considéré que les défendeurs ont raisonnablement envisagé un procès arbitral depuis qu'ils ont été informés de l'insatisfaction de la partie demanderesse de la formule à la base de laquelle cette dernière payait des taxes sur l'achat de ses produits. Les défendeurs ont évoqué la confidentialité des correspondances avec des tiers concernant la valeur des machines appartenant au demandeur. Le *House of Lords* a considéré que les défendeurs ont raisonnablement envisagé un procès dès qu'ils ont reçu la notification d'insatisfaction, une phase où un conflit a clairement vu le jour et était donc susceptible d'entraîner un procès.⁵⁷⁵ Mais les *Lords* ont considéré que ces correspondances avec des tiers ne sont pas couvertes par la confidentialité puisqu'elles ont été échangées dans le seul but de permettre aux défendeurs de décider la base sur laquelle les taxes sont imposées et non pas pour permettre à leurs avocats de les conseiller sur le procès arbitral. Sinon, la confidentialité devrait s'appliquer.⁵⁷⁶

407. Similairement, dans l'affaire *Starbev*, la cour a ordonné au défendeur la présentation de documents produits par une banque et des experts comptables la conseillant sur la structure du prix d'une revente et les contrats en question.⁵⁷⁷ Ces documents ont été produits à la demande du défendeur qui avait des soupçons au sujet de la revente, mais la cour avait décidé que, jusqu'à ce que ces soupçons aient de la substance, il n'y avait aucune raison d'anticiper le contentieux durant la période où les documents ont été produits. En outre, l'objectif principal derrière la production des experts comptables de leurs documents à la partie défenderesse était pour des fins d'audit, excluant ainsi toute perspective de contentieux.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ *USA c/ Philip Morris Inc* [2004] EWCA Civ 330, para 68 « *In the present case it is quite clear that the judge correctly considered that a "mere possibility" of litigation did not suffice. He was also correct to conclude that the fact that there was "a distinct possibility that sooner or later someone might make a claim" was insufficient. So was "a general apprehension of future litigation". He repeated three times that the appropriate test was that litigation must have been reasonably in prospect. The expression "real likelihood" seems to have been used as a counterpoise to "a mere possibility", and I do not consider that any more can properly be read into this phrase. The judge was certainly not saying that there must have been a greater than 50% chance of litigation* ».

⁵⁷⁵ *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd c/ Commissioners of Customs and Excise* (No.2) [1974] A.C. 405, HL.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Sarbev GP Ltd c/ Interbrew Central European Holding BV* [2013] EWHC 4038 (Comm).

⁵⁷⁸ *Ibid, Starbev*, « *not only does the retainer make no mention of litigation, but the next stage contemplated was discussion and agreement rather than disputation and litigation. (...) Having carefully considered the parties' evidence and submissions I am not satisfied that it has been shown that litigation had become the dominant purpose of instructing KPMG by 20 July 2012. In so far as it is necessary I consider that it is reasonably certain that the witness evidence on this issue is incorrect when one has regard to the evidence as a whole, and in particular to the contemporaneous documents. It may be that by 20 July litigation was reasonably anticipated. It*

408. De fait, le test applicable sur le « but » du document échangé avec le tiers est de savoir s'il a été principalement conçu pour un procès en cours ou réellement envisagé, et a l'effet de rejeter ou approuver l'accès à des preuves ayant une force probante.⁵⁷⁹
409. La nature et l'étendue de ce test furent finalement déterminées par le *House of Lords* dans l'affaire *Waugh*, qui a introduit l'exigence du « but dominant » derrière la production d'un document quelconque afin de vérifier l'application de sa confidentialité. Selon ce test, les Cours anglaises devront examiner soigneusement les prétentions d'un tel but pour la protection des documents échangés avec les financeurs.⁵⁸⁰
410. Certes, le but dominant derrière un document ou information quelconque devrait être lié à un procès en cours ou réellement envisagé. Cela est également le cas même si le document est produit aussi pour un but secondaire à ce but principal.⁵⁸¹ Cependant, si le rapport préparé par une partie avait pour but deux raisons ayant le même poids, par exemple l'évaluation de la cause de l'accident pour la prise des mesures de sécurité convenables et la rédaction d'un rapport permettant aux avocats des défendeurs de produire leur avis concernant le contentieux prévu, la prétention d'un « but dominant » ne s'applique pas dans ce contexte et le document devrait être ainsi divulgué pour absence de confidentialité.⁵⁸²
411. De la même manière, les rapports des experts comptables produits pour un tiers qui a financé le procès d'un groupe de sociétés aux Îles Vierges Britanniques (BVI) ne bénéficient pas d'un privilège quand ils sont rédigés pour identifier la balance de paiement du groupe et l'analyse de ses livres commerciaux, plutôt que pour le but dominant de recevoir un avis sur un procès

may also be that that contemplated litigation had become a purpose for instructing KPMG. However, I do not accept that it has been established that it had become the dominant purpose for so doing ».

⁵⁷⁹ *Id.*, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4^{ème} édition, Sweet & Maxwell 2010, para 10.32.

⁵⁸⁰ *Neilson c/. Laugharne* [1981] Q.B. 736.

⁵⁸¹ Voir e.g. *McAvan c/. London Transport Executive* (1983) 133 N.L.J. 1101 CA.

⁵⁸² *Id.*, *Waugh c/. British Railways Board* [1980] A.C. 521, décision dans laquelle Lord Wilberforce a considéré que l'intérêt public relevant de la bonne administration de la justice, exige la divulgation de ces rapports contemporains qui contenaient les déclarations de témoins, et de fait constituaient la meilleure preuve sur la cause de l'accident. Pour contourner cet intérêt public, la préparation du contentieux devrait-être au moins le but dominant pour lequel le rapport a été produit, p. 4, «*On principle I would think that the purpose of preparing for litigation ought to be either the sole purpose or at least the dominant purpose of it: to carry the protection further into cases where that purpose was secondary or equal with another purpose would seem to be excessive, and unnecessary in the interest of encouraging truthful revelation. At the lowest such desirability of protection as might exist in such cases is not strong enough to outweigh the need for all relevant documents to be made available*».

anticipé.⁵⁸³ Ainsi, la Cour anglaise a décidé dans l'affaire *R&H* qu'un langage concernant 'l'identification des motifs de l'action et les défendeurs potentiels' ne satisfait pas au critère qu'un litige est raisonnablement anticipé.⁵⁸⁴ Établir le critère de but dominant devient particulièrement difficile quand les rapports sont produits pour des objectifs multiples, outre l'avis juridique concernant un contentieux.⁵⁸⁵ Ainsi, les rédacteurs devront clarifier dès le début de leur rapport que l'objectif derrière sa rédaction est de donner un avis juridique concernant un procès en cours ou anticipé. En tout état de cause, le contenu, non pas la forme, d'un document est pertinent pour déterminer s'il bénéficie d'une certaine confidentialité.⁵⁸⁶

412. Similairement, si le tiers financeur a été contacté par une partie pour rechercher la possibilité d'un financement en cas de procès et savoir s'il y a un fondement juridique quelconque pour ses allégations, il ne peut être conclu à ce moment que les soupçons de cette partie constituait un litige envisageable, à moins que le tiers confirme qu'il y a effectivement un fondement juridique à ces allégations.⁵⁸⁷

413. Il est important de noter que le fait d'avoir un rapport rédigé pour deux raisons indépendantes n'est pas nécessairement négatif pour une revendication de confidentialité. Cette dernière continue à s'appliquer si la partie s'appuyant sur cette revendication démontre que les autres raisons sont secondaires au but principal pour lequel le rapport a été produit, i.e. pour donner avis sur l'éventualité d'un contentieux.⁵⁸⁸

414. On pense également, dans ce contexte, aux correspondances échangées entre la partie financée et son avocat avec le tiers financeur lui permettant de décider sur la force des preuves de l'affaire et les chances de son succès. Il n'y a aucun doute que ces correspondances ont été principalement échangées pour un procès en cours ou réellement envisagé. Sinon, l'avocat de la partie financée devrait s'assurer que c'est également le cas.

⁵⁸³ *Rawlinson and Hunter Trustees SA c/ Akers (R&H)* [2014] EWCA Civ 136. La Cour a décidé qu'établir un but dominant devient particulièrement difficile quand les rapports sont produits pour plusieurs buts, outre l'avis juridique en relation avec un contentieux. Ainsi, les rédacteurs d'un rapport devront clarifier dès le début de ce rapport que l'objectif derrière sa rédaction est de donner avis juridique concernant un procès en cours ou anticipé.
⁵⁸⁴ *Id. R&H.*

⁵⁸⁵ *Tchenguz c/ Serious Fraud Office* [2013] EWHC 2297 (QB).

⁵⁸⁶ Tim Coleman, Andrew Hart and Amalia W Jorns, «Avoiding loss in translation: Preserving privilege in international investigations», Freshfields Bruckhaus Deringer 2014, p.4 disponible sur www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Article_on_US_UK_Privilege_FSDN.pdf.

⁵⁸⁷ *Id., Starbev GP Ltd c/ Interbrew Central European Holding BV* [2013] EWHC 4038 (Comm).

⁵⁸⁸ *Id., McAvan c/ London Transport Executive* (1983) 133. N.L.J. 1101 C.A.

Ainsi, permettre à la partie adverse d'avoir accès à ces documents peut compromettre les préparations de la partie financée et constitue éventuellement une violation du principe du contradictoire de la partie financée.

415. À part les incidents du financement sur les principes directeurs de la procédure arbitrale, la présence du tiers financeur constitue aussi un défi sérieux en ce qui concerne la compétence d'un tribunal arbitral et le déroulement de la procédure arbitrale survenant des conflits d'investissements.

Section II : Les incidences de la présence du tiers financeur sur l'arbitrage des conflits d'investissement

416. L'essor de l'arbitrage d'investissement est assurément le phénomène le plus marquant de ces quinze dernières années et est sans doute celui qui a le plus transformé le «marché de l'arbitrage». Son modèle économique n'est pas exactement le même que celui de l'arbitrage commercial: il s'agit d'un arbitrage plus cher, plus long, plus jurisprudentiel où la participation d'une partie étatique influe également sur le processus.⁵⁸⁹

417. En matière d'arbitrage des investissements, la compétence du tribunal arbitral est déterminée dans le traité bilatéral ou multilatéral d'investissement conclu entre le pays d'origine de l'investisseur et le pays d'accueil de l'investissement concerné. La plupart de ces traités contiennent une clause classique pour le règlement des litiges à travers l'arbitrage *ad hoc* ou institutionnel selon les règlements d'arbitrages de la CNUDCI ou la convention CIRDI.

418. Ainsi, en cas de violation par l'État d'accueil des mesures de protection d'investissement stipulées dans un traité en question, l'investisseur devient souvent habilité à intenter une action arbitrale contre l'État d'accueil à la base des clauses de protection d'investissement, tels que les clauses de traitement équitable et prévention d'expropriation. L'une des conditions que l'investisseur devra satisfaire pour intenter une telle action est qu'il partage la même nationalité de l'État signataire du traité concerné avec l'État d'accueil. À défaut d'une nationalité commune, l'investisseur ne peut faire valoir ces droits selon le traité concerné et, par conséquent, le tribunal arbitral n'aura pas compétence pour déterminer les revendications

⁵⁸⁹ W. Ben Hamida et T. Clay, *L'argent dans l'arbitrage* - «Le marché de l'arbitrage», Lextenso éditions, 2013, p.21.

contre l'État d'accueil.

419. Or, la détermination de la nationalité d'une partie, intéressée à poursuivre un procès arbitral à la base d'un traité d'investissement, devient de plus en plus difficile avec les demandeurs de personnalité morale enregistrés dans des juridictions diverses où les propriétaires, i.e. actionnaires aussi de personnalité morale, appartiennent aussi à différents pays. L'État d'accueil, défendeur dans ce procès, suscite souvent l'incompétence *ratione personae* du tribunal arbitral envers ces investisseurs, en ce que le caractère multinational de la demanderesse empêche de déterminer avec certitude sa nationalité d'origine qui devrait à son tour être cohérente avec le pays signataire du traité à la base duquel l'arbitrage est déclenché (sous-section 1).
420. En cas d'acquisition d'un tiers financeur des droits au procès d'un investisseur quelconque, on estime que les mêmes revendications d'incompétence seront avancées par l'État d'accueil concernant la capacité *locus standi* du financeur à intenter l'action en question, sans qu'il en dispose la nationalité requise et sans satisfaire la notion d'investissement dans le pays hôte (sous-section 2).

Sous-section 1: La notion de nationalité de l'investisseur

421. Alors que le critère de nationalité est en perte de vitesse en droit international privé,⁵⁹⁰ il connaît une fortune singulière en droit des investissements, puisqu'il permet de mettre en fonction les protections des traités d'investissements (PTI).
422. La nationalité de l'investisseur est ainsi une des exigences fondamentales qui devrait être satisfaite pour attirer la protection des traités puisque la nationalité définit la portée des PTI et la compétence *ratione personae* du tribunal arbitral. L'exigence de nationalité pourrait être interprétée comme nécessitant un élément au-delà de la simple possession d'un investissement. À titre d'exemple, l'investisseur peut être tenu d'investir en apportant des actifs sur le territoire de l'État hôte.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Où le critère du domicile ou de la résidence habituelle tend à être privilégié.

⁵⁹¹ Voir Aren Goldsmith *et al.*, «Third party funding in international arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask) – Part Two», RDAI/IBLJ, No 2, 2012. Cependant, dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA c/ l'Union des Etats de Serbie et du Monténégro*, arbitrage CNUDCI, sentence partielle sur la compétence du 8 Septembre 2006, 126-136, le tribunal a conclu que le passé simple du verbe « investir » a été

423. Dans tous les cas d'espèce, la question de savoir si l'investisseur dispose de la nationalité utile s'opère nécessairement au cas par cas, puisque que la notion d'investisseur étranger, à l'instar de celle d'investissement, est une notion fonctionnelle.⁵⁹² À la lecture des sentences, il apparaît cependant que la compétence du tribunal arbitral est rarement remise en cause. Des montages impliquant plusieurs sociétés constituées dans plusieurs États ne font que décupler les chances de soumettre l'État à la juridiction des arbitres, lesquels ne rechignent pas à percer le voile de la personne morale (*corporate veil*) pour atteindre les intérêts étrangers bénéficiaires d'une offre d'arbitrage. Les vertus d'une approche substantielle s'y retrouvent,⁵⁹³ mais seulement en tant que méthode subsidiaire destinée à élargir le champ de l'arbitrage, au risque de favoriser le *forum shopping* et d'affaiblir la légitimité de l'arbitre.⁵⁹⁴

424. Ainsi, lorsque l'investisseur est une personne morale, la plupart des conventions, à l'imitation de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington de 1965, consacrent deux approches distinctes permettant de retenir sa nationalité étrangère: une approche formelle reposant sur la prise en compte du lieu d'implantation du demandeur et une approche substantielle fondée sur l'identification des titulaires du contrôle.

425. En suivant une approche formelle, on peut déduire la nationalité étrangère d'un investisseur de son implantation (siège social) dans un État autre que l'État d'accueil. C'est la solution qui est déduite de l'article 25(2)(b) *in limine* de la Convention de Washington. Les fondements juridiques d'une telle approche sont présentés comme imparables. Si le tribunal arbitral s'arrête au lieu d'implantation pour en déduire la nationalité étrangère utile de la personne morale, c'est parce que les traités contenant l'offre d'arbitrage et la Convention de Washington

simplement ajouté pour définir le terme «investissement» d'une manière satisfaisante, sans rien ajouter à la définition de «l'investissement» comme «tout genre d'apports». L'interprétation telle que celle indiquée dans le texte, i.e. le traité, semble également possible sur la base du sens ordinaire de ce dernier.

⁵⁹² La convention de Washington, les lois et traités d'investissement en retiennent en effet une conception propre. Lorsque le CIRDI est saisi sur le fondement d'une offre d'arbitrage contenue dans une loi ou un traité, il convient donc en principe d'appliquer un double test, c'est-à-dire de faire prévaloir la conception la plus restrictive. Sur les différentes conceptions, v. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, 4e éd., 2010, n° 1130 et s. p. 417 et s.

⁵⁹³ Sur cette méthode, v. l'article fondateur de G. Farjat, «L'importance d'une analyse substantielle en droit économique», *RIDE*, 1986.9. Sur les destinées de la méthode, v. J.-B. Racine et F. Siirainen, «Retour sur l'analyse substantielle en droit économique», *RIDE*, 2007.259.

⁵⁹⁴ Valérie Pironon, «L'arbitrage des différends entre une joint venture et l'Etat d'accueil de l'investissement: à la recherche de la nationalité de l'investisseur», *Rev. arb.*, (Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2010, Volume 2010 Issue 2) pp. 235 – 252.

sont en ce sens. Le tribunal arbitral n'a donc pas à ajouter une condition en vérifiant le caractère effectif de cette nationalité.⁵⁹⁵

426. Selon l'approche substantielle, la nationalité étrangère d'une personne morale implantée dans l'État d'accueil est déduite de celle des personnes qui la contrôlent, dès lors que l'État d'accueil l'a accepté. C'est ce qui résulte notamment de l'article 25(2)(b) *in fine* de la Convention de Washington, aux termes duquel doit être considérée comme ressortissante d'un autre État contractant « toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend (...) et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissante d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

427. Une participation minoritaire peut en effet suffire à conférer un pouvoir de contrôle conjoint⁵⁹⁶ comme en atteste la sentence *Sempra c/ Argentine*.⁵⁹⁷ En l'espèce, les partenaires étaient actionnaires respectivement à hauteur de 43,09 % et 56,91 % dans deux sociétés communes locales détenant le contrôle exclusif des sociétés titulaires de la licence affectée par les mesures étatiques litigieuses. Se fondant sur la célèbre sentence *Vacuum Salt*,⁵⁹⁸ l'État argentin objectait qu'un minoritaire ne pouvait se prévaloir d'aucun pouvoir de contrôle. En substance, son argumentation tendait également à exclure l'existence d'un pouvoir de contrôle en cas de contrôle conjoint. Le minoritaire soutenait à l'inverse qu'il disposait, en vertu des statuts de ces sociétés et du pacte d'actionnaires, d'un pouvoir négatif - et néanmoins effectif - de contrôle, incarné par son pouvoir de blocage sur les décisions les plus importantes. Contrôle exclusif ou contrôle effectif? C'est la seconde branche de l'alternative qui est privilégiée dans un *obiter* de la sentence, analyse qui semble d'ailleurs avoir été confirmée à l'occasion de l'affaire du *Transgabonais*.⁵⁹⁹

428. Bien mieux, des moyens de contrôle externes paraissent suffisants pour conférer à une

⁵⁹⁵ V., à ce sujet, I. Fadlallah, «La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI», préc., spéc. n° 17 et s.

⁵⁹⁶ Sur la difficulté de preuve, v. S. Manciaux, «Le désinvestissement et la séparation des partenaires dans les entreprises communes. Les conséquences du désinvestissement», in E. Loquin (dir.), *Les séparations internationales d'entreprises*, Litec 2004, p. 239 et s., spéc. p. 243 et s.

⁵⁹⁷ *Sempra Energy international c/ République d'Argentine*, décision sur la compétence du 11 mai 2005, ARB/02/16. En l'espèce, la question ne se posait pas puisque l'instance arbitrale avait été engagée par les partenaires et non par les entreprises communes locales. L'Argentine l'ayant néanmoins soulevée, le tribunal estime qu'elle mérite d'être abordée.

⁵⁹⁸ *Vacuum Salt Products Ltd c/ Ghana*, Sentence du 16 février 1994, ARB/92/1.

⁵⁹⁹ *CECF Transgabonais c/ République gabonaise*, Décision sur la compétence du 7 mars 2008, ARB/04/05 (non publiée).

personne qui n'est pas associée directement dans l'entreprise commune un pouvoir de contrôle sur elle. En témoigne une sentence rendue le 19 septembre 2008 sous l'égide de la LCIA et opposant la Société Générale à la République Dominicaine.⁶⁰⁰ Dans cette affaire, un pouvoir de contrôle a en effet été reconnu au bénéfice d'un partenaire ne disposant, fût-ce indirectement, d'aucune participation financière dans le capital de la personne morale de droit local.

429. La compétence du tribunal arbitral doit reposer sur la volonté des parties, y compris celle de l'État bien sûr. Or, plutôt que d'être interprétée de façon stricte, dans la mesure où l'arbitrage fait figure d'exception à la compétence des tribunaux étatiques devant lesquels l'État peut faire jouer son immunité, cette volonté est au contraire interprétée de façon extensive. La faveur pour le jeu des traités et le traitement arbitral du différend y incite.

430. Il n'est donc guère surprenant que certains États cibles de l'investissement étranger témoignent aujourd'hui d'une certaine défiance à l'égard de l'arbitrage des différends liés aux investissements, au point d'en venir à dénoncer la Convention de Washington.⁶⁰¹ Avec le rééquilibrage actuel des flux d'investissements, lié à l'entrée éclatante des investisseurs de certains pays émergents sur la scène internationale,⁶⁰² avec la crise économique actuelle également, qui témoigne de certains effets pervers d'une abolition des frontières économiques entre États non accompagnée de garde-fous juridiques,⁶⁰³ l'ensemble des États en viendra peut-être alors, sinon à dénoncer les demandes d'arbitrages financées par les tiers, du moins à préciser davantage leur volonté, qui représente tout de même un défi pour l'admission de ces demandes en raison souvent de l'appartenance nationale incohérente de ces tiers avec le traité concerné.

Sous-section 2: La nationalité du tiers financeur

431. Dans l'arbitrage d'investissement, alors que certains tribunaux semblent avoir donné peu

⁶⁰⁰ V. R. Dupeyre, «Regards croisés sur la notion d'investissement dans l'arbitrage international: les affaires Nreka et SG», <http://avocats.fr/space/romain.dupeyre/tag/cirdi>.

⁶⁰¹ On songe en particulier à la Bolivie, au Venezuela et au Nicaragua. V. E. Gaillard, «La dénonciation de la convention CIRDI par certains Etats d'Amérique latine», *Décideurs juridiques et financiers*, Juin 2007, p. 76; S. Manciaux, «La Bolivie se retire du CIRDI», *Rev. arb.*, 2007.351.

⁶⁰² On songe en particulier à la Chine. Sur l'incidence de la crise sur les flux d'investissements étrangers, v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde. Sociétés transnationales, production agricole et développement 2009*, www.unctad.org/fr/docs/wir2009overview_fr.pdf.

⁶⁰³ Sur l'ensemble de la question, v. S. Manciaux, «Analyse de la crise économique actuelle au regard du droit des investissements internationaux», *Rev. dr. banc. fin.*, n° 5, septembre 2009, étude 31, p. 11.

d'importance au fait que le demandeur, tout en remplissant les exigences du traité applicable, peut ne pas être la véritable partie intéressée,⁶⁰⁴ d'autres tribunaux ont attribué beaucoup plus d'importance à cette exigence.⁶⁰⁵ Compte tenu de la nature hétérogène des faits dans ces différents arbitrages, le fait qu'aucune des décisions pertinentes semble avoir identifié une forme claire d'un engagement avec un tiers financeur, il est difficile de tirer des principes clairs selon lesquels la présence d'un tiers mènera ou pas à un changement de nationalité du demandeur.

432. Dans l'affaire *CSOB c/ République tchèque*, le tribunal arbitral a jugé que le fait que le demandeur ait perdu ou ait cédé le bénéfice économique de sa réclamation ne lui faisait pas perdre sa qualité d'investisseur protégé au sens du traité applicable.⁶⁰⁶ Il en ressort qu'en principe le transfert du bénéfice économique d'une sentence à intervenir ne modifie pas la nationalité du demandeur. Ce dernier, et non le financeur, reste la partie dont la nationalité devrait être prise en considération afin de déterminer la capacité de recourir à l'arbitrage à la base d'un traité déterminé d'investissement.

433. Il peut en être autrement dans l'hypothèse où l'accord de financement pourrait conduire à une cession du droit d'action. Si l'on suppose que la nationalité pertinente est celle de la véritable partie intéressée, *inter alia* le véritable investisseur, et non celle de la partie qui apparaît comme telle, dans les cas impliquant une cession *de jure* et *de facto* des revendications à un tiers financeur disposant une différente nationalité de celle de l'investisseur, il est valide de constater que ni la nationalité du financeur ni celle de l'investisseur initial remplissent les exigences requises pour réclamer les protections du traité applicable. L'investisseur, bien que citoyen de l'État contractant avec l'État hôte, ne dispose plus d'intérêt véritable au procès, alors que le financeur, étant un nouveau propriétaire de la revendication litigieuse, ne remplirait pas les exigences de nationalité stipulées au traité. Dans ce sens, une créance cédée à un tiers financeur n'est pas forcément exécutable si ce tiers ne dispose pas de la même

⁶⁰⁴ Voir par exemple, *Saluka Investments BV (The Netherlands) c/ La République Tchèque*, Arbitrage CNUDCI, sentence partielle du 17 Mars 2006.130; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c/ République tchèque*, CIRDI, no. ARB/97/4, décision du tribunal sur sa compétence, 24 mai 1999, in 14 ICSID Rev. FILJ 251 (1999).

⁶⁰⁵ A savoir, *Gemplus S.A. and Talsud S.A. c/ United Mexican States*, cas CIRDI ARB(AF)/04/3 et ARB(AF)/04/4, Sentence du 16 Juin 2010, 5.26-5.35; *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c/ République algérienne démocratique et populaire*, cas CIRDI No.ARB/03/8, Sentence du 10 Janvier 2005, 19 ICSID Rev.—FILJ 426 (2004), 37-41; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c/ République du Paraguay*, cas CIRDI No.ARB/07/9, décision du tribunal sur sa compétence, 29 Mai 2009.

⁶⁰⁶ *Id. Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c/ République tchèque*, CIRDI, No. ARB/97/4.

nationalité de celle de l'investisseur initial.

434. La cession devrait alors s'opérer à une date postérieure au dépôt de la demande d'arbitrage. Les traités de protection des investissements exigent en effet, non seulement que le demandeur ait la nationalité requise, mais qu'il ait cette nationalité au moment du dépôt de la demande d'arbitrage.⁶⁰⁷
435. Au-delà de la détermination de la compétence du tribunal arbitral, l'intervention du tiers financeur dans les conflits d'investissements soulève une problématique beaucoup plus substantielle, qui est celle du *forum shopping*. Cette situation a été considérée par les tribunaux arbitraux et les juristes comme étant une forme d'abus de procès et dans certains cas une raison pour refuser les protections offertes par les traités.⁶⁰⁸ Cela ne signifie pas que toutes les formes de financement, même ceux en vertu desquels le financeur a été autorisé à exercer son contrôle sur l'arbitrage ou pour acquérir un intérêt dans la revendication, devraient être automatiquement qualifiées comme étant un *treaty shopping*.
436. Une telle conclusion ne peut être justifiée que lors d'un examen attentif des circonstances particulières concernant l'investissement même, *inter alia* les raisons pour lesquelles le financeur s'est dirigé pour acquérir les droits économiques d'une revendication bénéficiant par exemple des protections d'un traité 'A' et non pas ceux du traité 'B'. S'il s'avère que son choix d'un traité revient au degré de flexibilité de ses conditions et mesures d'application, plutôt que les chances de succès même de la revendication financée, il serait plus convenable dans ce cas de qualifier le financement ou la cession comme une transaction dissimulant en réalité un *forum shopping*, *inter alia* les raisons d'un financement ou d'une cession devraient s'attacher à un traité quelconque et non aux revendications de la partie financée. Dans ces cas, un tribunal arbitral devrait rejeter la demande arbitrale, puisque l'esprit des protections stipulées dans un traité est d'encourager les investissements des ressortissants d'un pays déterminé. On imagine pas que les rédacteurs d'un traité ont envisagé de faire ses protections

⁶⁰⁷ P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», rev. Arb. 2011/2, pp.385.

⁶⁰⁸ Voir *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c/ la République Démocratique du Congo*, CIRDI affaire No. ARB/05/21, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, 29 Juillet 2008, § 80; *Société Générale DR Energy Holdings Limited et Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c/ La République Dominicaine*, LCIA affaire No. UN 7927, Sentence sur les objections préliminaires sur la compétence, 19 Septembre 2008 § 39; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), pp.290–291, § 542; pp.297-298, § 551; p.461, § 869; and p.465, § iii. Voir aussi *Phoenix Action, Ltd. c/ La République Tchèque*, CIRDI affaire No. ARB/06/5, sentence du 15 Avril 2009, §§ 77, 93, 100; 106-107, 113, 136-144; *Cementownia 'Nowa Huta' S.A. v. République Turque*, CIRDI affaire No. ARB(AF)/06/2, Sentence du 17 Septembre 2009, 153–157 et 159.

disponibles à des tiers financeurs, étrangers à l'investissement même. Après avoir déterminé les incidences du financement sur la procédure arbitrale, il importe d'établir le pouvoir du tribunal arbitral envers le tiers financeur comme étant un remède possible aux incidents précités.

Section III: Le pouvoir de l'arbitre en présence du tiers financeur

437. Le pouvoir de l'arbitre a pour objectif principal d'assurer le bon déroulement du procès arbitral. Ce pouvoir dépend essentiellement de l'accord des parties qui pourrait être explicitement stipulé dans la clause arbitrale, ou à travers leur choix des règles arbitrales gouvernant la procédure. La présence d'un tiers financeur à la procédure arbitrale constitue un défi à l'autorité de l'arbitre et sa gestion du procès, ébranlant notamment l'effet des décisions de ce dernier et de la sentence arbitrale dans la mesure où elles s'appliquent au financeur. En effet, à part les décisions portant sur les aspects substantiels du conflit, des difficultés d'ordre procédural surgissent, notamment la capacité du tribunal arbitral à imposer les frais de la procédure sur le financeur, surtout en cas de défaite de la partie financée.
438. Ainsi, avant de déterminer le pouvoir du tribunal arbitral à l'égard du tiers financeur (sous-section 2), il importe de déterminer la possibilité de révéler l'accord de financement aux arbitres pour qu'ils puissent exercer leur pouvoir sur le financeur (sous-section 1).

Sous-section 1 : La divulgation de l'accord de financement

439. Pour que le tribunal arbitral puisse exercer son pouvoir sur le financeur *a priori*, *inter alia* durant la procédure arbitrale, il faut que les membres de ce tribunal soient au courant de l'accord de financement en amont, e.g. d'une manière similaire au juge français quand il est informé de l'aide juridictionnelle accordée à l'une des parties.⁶⁰⁹ En France, l'absence d'une

⁶⁰⁹ *Id.*, Séverine Menétray, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 211, «*En l'état actuel de la pratique, le juge intervient postérieurement au litige financé en cas de contestation entre le financeur et son client ou encore en cas de recours de la partie adverse. (...) Pour qu'il soit autrement, il faudrait que le juge puisse exercer un contrôle a priori, ce qui implique que le juge soit au courant de l'accord de financement en amont*». Le médiateur devra aussi connaître l'existence de l'accord de financement pour être en mesure de révéler tout conflit d'intérêt éventuel. *Id.* Mercedes Tarrazon, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès: L'incidence sur la médiation du litige», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 262. En fait, l'engagement d'un tiers financeur durant la phase de médiation est pratiquement improbable, sauf si le processus a été entamé après le dépôt de la demande d'arbitrage. Le tiers n'a pas intérêt à investir dans un procès

législation ou d'une jurisprudence particulière en la matière empêche l'imposition d'une obligation de révélation de l'existence ou l'identité du tiers financeur.⁶¹⁰ Similairement, aux États-Unis, il n'existe pas une obligation de révélation de l'accord de financement, mais peuvent être observées des initiatives de réformes du droit fédéral de procédure civile (*Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*) pour imposer cette révélation.⁶¹¹

440. La révélation de l'accord de financement s'est opérée de manière volontaire ou, la plupart des fois, de façon accidentelle.⁶¹² Le plaideur financé, prenant volontairement la décision de divulguer l'accord de financement,⁶¹³ devra avoir le consentement de son financeur afin d'éviter toute violation de son obligation de confidentialité. Les tiers financeurs souhaitent avant tout que leur intervention et leur rôle demeurent confidentiel. Si leur existence a été divulguée dans certains dossiers récents,⁶¹⁴ ce n'est pas à des fins publicitaires mais car il s'agissait de financement de procédure pour le compte de sociétés cotées soumises à une obligation de transparence.

441. L'exigence de discrétion par les financeurs en ce qui concerne leur intervention est essentiellement fondée sur la peur de devoir mettre la main à la poche pendant ou après la procédure objet du financement. Cette prise à partie peut prendre la forme d'une action en responsabilité exercée par l'adversaire de la société financée contre le tiers financier en vue d'obtenir le paiement de la condamnation aux frais de la procédure prononcée par une sentence.⁶¹⁵ Le financement extérieur de la procédure peut également justifier le prononcé de mesures provisoires.

arbitral dont le litige est toujours susceptible d'être réglé à l'amiable. En pratique, l'engagement du tiers n'est possible qu'au moment où le conflit se matérialise et l'arbitrage devient inévitable.

⁶¹⁰ *Id.*, M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2/1, pp. 186 «[T]he paucity of legal or judicial input on the question again renders moot the question of an obligation for parties to disclose the existence of a funder, let alone his identity».

⁶¹¹ Voir le projet de loi du 9 Avril 2014 pour la réforme du FRCP 26(a)(1)(A) de la chambre Américaine de réforme juridique (US Chamber Institute for Legal Reform) et nombre d'autres institutions (American Insurance Association, American Tort Reform Association, Lawyers for Civil Justice and the National Association of Manufacturers).

⁶¹² *Id.* Maxi Scherer, Aren Goldsmith et Camille Fléchet, «Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe , Part II: The Legal Debate», 6 *International Business Law Journal* 649, 651 (2012). Laurent Lévy and Régis Bonnan, *Third-Party Funding* - «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 79.

⁶¹³ *Guaracachi and Rurelec c/ Bolivie*, affaire CPA, le plaideur aura révélé à la presse son financement externe de la procédure, ordre de procédure No. 13 du 21 Février 2013.

⁶¹⁴ Voir, e.g. S. Perry, «New funder - and counsel - on board for Uzbek claim», *Global Arbitration Review*, 2 Mars 2012, disponible sur: <http://globalarbitrationreview.com/article/1031014/new-funder-and-counsel-on-board-for-uzbek-claim>.

⁶¹⁵ Cour d'appel de Versailles, 12ème chambre section 2, arrêt n° RG: 05/01038 du 1 juin 2006.

442. La révélation de l'accord de financement parvient parfois du côté de la partie financée. Le plaideur pourra avoir des raisons tactiques pour divulguer son financement, tel que pour montrer à la partie adverse le mérite de ses réclamations d'une manière à renforcer les chances d'une résolution à l'amiable.⁶¹⁶
443. En contraste, la divulgation accidentelle se fait dans les cas où l'accord de financement a été partagé par défaut avec la partie adverse,⁶¹⁷ dans le cas où un conflit existe entre le financeur et la partie financée,⁶¹⁸ ou dans le cas où le financeur est une compagnie publique obligée de divulguer au public son financement d'un procès arbitral.
444. À défaut d'une obligation de divulgation, il est difficile de présumer que la révélation de l'accord de financement s'opère systématiquement au-delà des situations susmentionnées. Certains sont même allés jusqu'à considérer que l'imposition d'une obligation de divulgation n'est pas justifiée.⁶¹⁹ En ce sens, Van den Berg déclare:⁶²⁰

«requests [for] production of the opposing side's funding contract... may be a fishing expedition... in principle the request can be honoured only if relevance and materiality are shown in relation to the issues in dispute».

445. La divulgation de l'accord de financement est entravé par de nombreux financeurs qui considèrent que la révélation des dispositions de l'accord permettra à la partie adverse de prédire le montant exact qui encouragera le demandeur à régler amiablement le litige. Un autre souci, qui est régulièrement pointé, est que la révélation du financement pourra nuire à la décision du tribunal arbitral sur les coûts de l'arbitrage, en particulier l'octroi d'une garantie sur les coûts. Ainsi, dans trois arbitrages sur les conflits d'investissement, les parties

⁶¹⁶ *Id.* Alison Ross, «The dynamics of third party funding (In Full)», *Global Arbitration Review*, 7(1) (2012).

⁶¹⁷ *Id.*, *Affaire CCI, X c/. Y et Z*, ordre de procédure, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 avril 2013 n°2, p. 399, para 35.

⁶¹⁸ *Voir*, le litige entre *Juridica Investments Limited* (financeur) et *S&T Oil Equipment & Machinery Limited* (partie financée) concernant le financement d'un procès arbitral devant le CIRDI contre la République de Roumanie, *id.* CIRDI affaire N° ARB/07/13 ; *voir aussi, id.* affaire *Siag*, CIRDI affaire N° ARB/05/15, concernant le conflit avec leur conseil financeur, *King & Spalding LLP, Siag c/. King & Spalding LLP*, United States District Court for the Southern District of Texas, décision du 30 juin 2010, No. H-10-367, 2010 US District, Lexis 65069.

⁶¹⁹ *Id.*, Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 136.

⁶²⁰ *Id.*, Sebastien Perry, «Third-party funding: an arbitrator's perspective», *GAR*, 23 November 2011.

adverses ont plaidé que le financement devra affecter les coûts de l'arbitrage.⁶²¹ À titre d'exemple, dans l'affaire *Kardassopoulos v Republic of Georgia*, la Georgie a plaidé que les coûts du demandeur sont exagérés et puisque son procès a été financé par un tiers, la question peut être posée de savoir si ses coûts sont recouvrables. Le tribunal a rejeté cet argument, considérant qu'elle ne voit aucune relation entre la présence d'un tiers financeur et la détermination du montant des coûts que le demandeur a le droit de recouvrer.

446. Généralement, les financeurs imposent que leur accord de financement avec la partie financée reste confidentiel, à moins que cette dernière devienne obligée de révéler l'accord ou l'identité d'un financeur en vertu d'une décision concernant la procédure de *disclosure*, ou si des circonstances particulières, comme le risque de conflit d'intérêts entre l'arbitre et le financeur, le justifient.⁶²²

447. La confidentialité de l'accord de financement⁶²³ sert à occulter certaines informations sensibles de nature commerciale qui permettent d'évaluer la valeur que la partie financée acceptera pour toute tentative de résolution à l'amiable. Ainsi, la confidentialité peut continuer à protéger ces informations critiques pour la protection des droits de la partie financée, mais rien n'empêche, on le trouve raisonnable, de révéler les autres dispositions de l'accord, surtout celles qui concernent l'identité du tiers financeur et son contrôle de la procédure arbitrale.⁶²⁴ Dans la mesure où l'industrie du financement est nouvelle, il manque de clarté sur l'impact de la révélation de l'accord sur son exécution et sur le déroulement de la procédure.⁶²⁵ Il faut donc limiter l'étendue des informations divulguées à celles qui

⁶²¹ *ATA Construction c/ Jordan*, CIRDI affaire No. ARB/08/02, ordre sur l'interruption de la procédure, s 34 (11 juillet 2011); *RSM c/ Grenada*, CIRDI affaire No. ARB/05/14, Ordre de la comité sur l'interruption de la procédure et la décision sur les coûts, s 48 (28 Avril 2011); *Kardassopoulos v Republic of Georgia*, CIRDI affaire No. ARB/05/18, ARB/07/15, sentence, s 691 (3 Mars 2010).

⁶²² *Id.* Maxi Scherer et al., «Third party funding in international arbitration in Europe: Funders Perspectives», RDAI/IBLJ table ronde No 2 - 2012, pp. 217, «As a general matter, funders require that their involvement not be revealed, unless the client is compelled to do so under applicable legal disclosure obligation or unless particular circumstances justify disclosure, such as a possible conflict of interest between an arbitrator hearing the dispute and the funder. The funders use confidentiality agreements to guard against the disclosure of funding arrangements. Nevertheless, voluntary disclosure is not categorically excluded».

⁶²³ Alison Ross, «The dynamics of third party funding (In Full)», *Global Arbitration Review*, 7(1) (2012), disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/30372/dynamics-third-party-funding-in-full>.

⁶²⁴ Sebastian Perry, «IBA to approve revised guidelines on conflicts of interest», *GAR*, 21 Octobre 2014, propos de José I Astigarraga, «the disclosure obligation [of the funding agreement] only extended to the facts of the funding arrangement, not its financial terms», disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33087/iba-approve-revised-guidelines-conflicts-interest/>.

⁶²⁵ *Id.*, Selwyn Seidel et Sandra Sherman, «Corporate governance rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general)», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 3, p. 38.

confirment la présence du financeur et son implication dans la procédure.⁶²⁶

448. De plus, la révélation de l'accord de financement est aussi nécessaire pour préserver la neutralité et l'impartialité de l'arbitre, donnant l'opportunité à ce dernier de révéler toute relation avec le financeur qui met en doute sa neutralité et son indépendance.⁶²⁷ À défaut d'une telle révélation, la procédure arbitrale peut constituer un facteur de risque dans le cas où une relation préalable entre un membre du tribunal arbitral et le tiers financeur est susceptible de constituer des doutes sur l'indépendance et l'impartialité de cet arbitre,⁶²⁸ entraînant ainsi la récusation de l'arbitre ou l'annulation de la sentence rendue.⁶²⁹
449. Effectivement, l'arbitre a une obligation d'investigation quant aux conflits d'intérêts dont il a connaissance, de même qu'à ceux dont il n'a pas connaissance mais qu'il aurait dû connaître.⁶³⁰ Il est ainsi important que les membres du tribunal arbitral soient informés de l'existence et de l'identité du tiers financeur. Ce dernier a de toute manière intérêt à révéler sa présence en cas de conflit potentiel avec les membres du tribunal arbitral, afin d'éviter que la sentence arbitrale soit annulée.
450. Cette obligation de révélation de l'arbitre est intrinsèque à sa connaissance de l'existence d'un financement, sans laquelle il ne sera pas en mesure de remplir son devoir de renseignement pour découvrir tout conflit d'intérêts qui pourrait menacer sa mission de

⁶²⁶ Cette nécessité d'une meilleure transparence est très nette en Australie. Voir, IMF, Policy issues in litigation funding, p.19-20, «[D]isclosure by funders and insurers ought to be routine rather than discretionary. This would facilitate the collection and analysis of data concerning funders and insurer's claims' management involvement in our civil justice system. (...) Making funders, including insurers, accountable for their involvement in the Court process in the same way as the parties themselves, seems an obvious means of better protecting and promoting the interests of the Courts as well as the interests of the consumers of the Courts' services», disponible sur <http://www.imf.com.au/docs/default-source/site-documents/87086v2>.

⁶²⁷ À titre d'exemple si l'arbitre entretient ou entretenait une relation avec le financeur en tant que consultant ou salarié, ou s'il a déjà été désigné dans des arbitrages financés par ce dernier. *Id.*, Jean-Baptiste Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès: L'incidence en arbitrage», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 248-249.

⁶²⁸ *Id.* *Supra* note 46, Cass. civ. 1re, 10 octobre 2012, affaire *Tesco*.

⁶²⁹ *Id.*, cf. «Financement du procès par les tiers», Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014, p. 42 «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».

⁶³⁰ E. Kleiman, «Arbitrage et conflits d'intérêts : une année mouvementée», in *JCP G, supplément au n°52*, 26 décembre 2011.

décider sur le conflit.⁶³¹ En effet, le financeur a un intérêt personnel dans l'issue de l'arbitrage. Il est donc probable qu'un conflit d'intérêts surgit de la part de l'arbitre, suscitant ainsi son devoir de révélation de tout lien qui l'unit avec lui.

451. En dépit du fait que la jurisprudence française est sévère dans son application de l'obligation de renseignement et de révélation de l'arbitre,⁶³² on ne considère pas qu'il faut reprocher à l'arbitre un fait qu'il ne pouvait pas raisonnablement connaître. Les cas de conflit d'intérêts entre le financeur et l'arbitre sont nombreux, tel que (i) la possession par l'arbitre d'actions dans la société appartenant au financeur, (ii) la relation entre le financeur et le cabinet d'avocats de l'arbitre, (iii) ou la nomination répétée du financeur dans les arbitrages présidés par l'arbitre en question.

452. Avec le développement de l'arbitrage, l'indépendance de l'arbitre se trouve également aujourd'hui dans l'œil du cyclone, nécessitant un double effort de la part de l'arbitre pour révéler toute relation qu'il entretient non seulement avec les parties, mais aussi avec les avocats des parties et les tiers.⁶³³

453. Le débat sur la distinction entre le rôle actif ou passif du financeur dans la nomination des arbitres et le déroulement de la procédure arbitrale ne nous semble pas pertinent pour la nécessité de révéler la présence d'un accord de financement et la détermination de l'existence

⁶³¹ *Id.*, Jean-Baptiste Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès : L'incidence en arbitrage», éd. Panthéon-Assas, 2012, para 250, «On ne peut logiquement reprocher à l'arbitre le fait de ne pas avoir révélé un fait qu'il ignorait ou ne pouvait raisonnablement pas connaître». *Id.*, Selwyn Seidel et Sandra Sherman, «Corporate governance rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general)», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 3, p. 35, «The issue [of disclosure of funding] arises at the very start when the arbitrator being considered for appointment need to be a person free of conflicts».

⁶³² Voir l'affaire *Tecnimont*, CA de Reims, 2 Novembre 2011, 10/02888, *Rev. arb.* 2011/4, pp. 1102, «L'obligation d'information qui pèse sur l'arbitre, tout particulièrement quand il est président, ayant pour objet de conforter la confiance des parties dans les membres du tribunal arbitral, se poursuit pendant toute la procédure arbitrale jusqu'à la fin de la mission de l'arbitre. 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 obligations d'information ; 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 de ce cabinet étant indifférent, (...)». V. Thomas Clay, «L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil», *Cahiers de l'arbitrage* 2011, p. 1109. Voir aussi, D. Cohen, «Indépendance de l'arbitre et conflits d'intérêts», *Rev. arb.* 2011/3, p. 611.

⁶³³ C'est ce qu'un observateur appel indépendance indirecte. *Ibid.*, D. Cohen, «Indépendance de l'arbitre et conflits d'intérêts», *Rev. arb.* 2011/3, p. 611, para 37 et s. Voir, *Consorts Allaire c/. SAG SGS Holding France*, Cour d'appel de Paris, 9 Septembre 2010 (Pôle 1 – Ch. 1), *Rev. arb.* 2011/3, p. 686. En ce qui concerne l'indépendance vis-à-vis les tiers, voir *Carrefour c/. M. X et autre*, Trib. gr. inst. Paris, 20 Juin 2011, inédit, N° RG 11/55974, sur le prétendu lien reproché à un arbitre avec une société tiers à l'arbitrage et qui pourrait éventuellement, selon la partie plaignante, avoir intérêt à l'interprétation de la sentence rendue : la décision refuse de manière raisonnable un tel grief.

d'un conflit d'intérêts.⁶³⁴ L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre peuvent s'avérer douteuses même avec un financeur passif. Ainsi, l'arbitre engagé en parallèle dans d'autres procédures arbitrales au côté du tiers financeur, alors qu'il est membre du tribunal arbitral, pourra éventuellement l'inciter à agir d'une manière qui manque d'impartialité et d'indépendance. Par conséquent, quelque soit le rôle adopté par le financeur vis-à-vis du procès arbitral, il nous semble indispensable que la partie financée exerce son obligation de révéler la présence et l'identité du tiers financeur aux arbitres.

454. En cas d'une stipulation dans l'accord de financement sur la confidentialité de cet accord, on estime que les ordres de procédure du tribunal arbitral obligent tout de même la partie financée à révéler son accord. Faut-il donc bannir toute invocation de confidentialité de l'accord de financement et rendre sa révélation une procédure routinière aux parties?⁶³⁵ Cela semble plausible, surtout que la relation entre le financeur et la partie financée ne sera pas affectée par la révélation de leur accord de financement.⁶³⁶ Ainsi, le comité de l'*International Bar Association* sur les conflits d'intérêts a approuvé une série d'amendements de ses lignes directrices dans l'arbitrage international, introduisant une nouvelle obligation pour chaque partie de révéler toute relation entretenue entre un arbitre et une personne physique ou morale, ayant un intérêt économique direct dans la sentence envisagée au procès arbitral, afin de permettre à l'arbitre d'évaluer l'existence de tout conflit résultant de sa relation avec cette personne, tel que les assurances ou les tiers financeurs.⁶³⁷

⁶³⁴ Voir *contra, id.* Jean-Baptiste Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès : L'incidence en arbitrage»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 248.

⁶³⁵ La déclaration volontaire fut également le cas à travers l'annonce faite le 1^{er} Mars 2012 par la société britannique Oxus Gold plc, qui a dévoilé volontairement qu'elle a conclu un accord pour financer son procès à travers le fond de financement Calunius Capital dans un arbitrage CNUDCI contre la République d'Ouzbékistan, relatif à un traité bilatéral d'investissement concernant un investissement dans le secteur minier. Oxus a révélé qu'elle va continuer à avoir un control complet sur la procédure arbitrale et à exercer son droit entier pour la résolution amiable du litige, communiqué disponible sur http://online.hemscottir.com/servlet/HsPublic?context=ir.access&ir_option=RNS_NEWS&item=931851136975129&ir_client_id=4252. Les raisons derrière l'annonce publique restent toujours inconnues, mais la valeur des actions d'Oxus ont augmenté plus de 50% sur le marché boursier suite à l'annonce, ce qui pourrait construire un délit d'initié, <http://www.proactiveinvestors.co.uk/companies/news/39677/oxus-gold-shares-soar-on-litigation-funding-deal-39677.html>. V. en ce sens, *id.* G. Affaki, «A financing is a financing is a financing...», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch.1, p. 13, «*In the few months that followed this [media] report, Oxus's share price jumped 200% and became the London Stock Exchange International Market's top-performing stock. (...) Could Calunius Capital and the management of Oxus Gold be accused of manipulation of pricing, market abuse or securities fraud?*».

⁶³⁶ Il est à noter que la révélation de l'accord n'inclus pas les documents et communications échangées avec le financeur dans le contexte d'un procès envisagé, voir *supra* sur la confidentialité de la procédure arbitrale, para 378 *et seq.*

⁶³⁷ Voir la nouvelle disposition du principe 7 sur les devoirs des arbitres et des parties, «*A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and the party (or another company of the*

455. Alors que la dissimulation de l'accord de financement pourra faire l'objet d'une obligation contractuelle, rien n'oblige effectivement la partie financée à ne pas révéler l'existence du financement. L'adage 'nul ne plaide par procureur', bien connu dans le système français et dans la jurisprudence de certains pays de l'Europe continentale, oblige la partie à révéler l'identité de son mandant et non celle de son mandataire.⁶³⁸ Cet adage ne s'applique donc pas dans le contexte d'un tiers financeur qui possède uniquement un droit qu'il exerce sur les sommes recouvrées.⁶³⁹
456. Cependant, il y a intérêt à octroyer à la partie adverse le droit de demander la révélation de l'identité de tout tiers financeur engagé dans la procédure arbitrale afin d'identifier tout conflit d'intérêts potentiel affectant l'indépendance du tribunal arbitral. Il en demeure que, si le défendeur demande à la partie financée la révélation de tout accord éventuel de financement, rien n'empêche que cette demande soit respectée par la partie financée.⁶⁴⁰ Inversement, rien n'empêche d'instaurer une nouvelle obligation, à la charge de la partie financée, de révéler l'existence et les termes non économiques de l'accord de financement.
457. Cette proposition a déjà été soutenue par certains observateurs⁶⁴¹ et pourra faire l'objet d'une

same group of companies, or an individual having a controlling influence on the party in the arbitration), or between the arbitrator and any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration. The party shall do so on its own initiative at the earliest opportunity», publié le 23 Octobre 2014.

⁶³⁸ Henri Roland et Roland Boyer, *Adages du droit Français*, Paris, Litec, 1999, p.551. Selon un observateur, cet adage est limité aux hypothèses de représentation en justice, voir L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 7^e éd., 2011, n° 448, p.325; *Id.* Laurent Lévy et Régis Bonnan, «Third-party funding - Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 7, p. 81, « *It must be acknowledged there is no general rule to the effect [of 'nul ne plaide par procureur applying'] in international arbitration* ». Voir *cf.*, *id.* Séverine Menétrey, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 213, «*On aurait pu mobiliser, notamment en cas d'active funders, une interprétation particulièrement imaginative de l'adage nul ne plaide par procureur. Puisque le véritable objet de l'adage consiste à combattre à visage découvert, il pourrait contraindre le funder à apparaître dans la procédure*». *Id.*, Anne-Marie Guillerme, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «Retour d'expérience des juristes d'entreprise»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 57.

⁶³⁹ *Id.*, Laurent Lévy et Régis Bonnan, «Third-party funding - Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 7, p. 88, «*Thus, in the context of third-party funding, the maxim would apply only if the funder is actually the beneficial party to the arbitration, which is generally not the case since, among other reasons, the funder acquires a right to the proceeds of the procedure rather than a rights to the claims per se*».

⁶⁴⁰ *Id.* Séverine Menétrey, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 213.

⁶⁴¹ *Id.* Jean-Baptiste Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence en arbitrage»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 250.

nouvelle réglementation dans certaines législations,⁶⁴² afin de permettre à l'arbitre nommé de révéler à son tour les liens qu'il pourrait avoir avec le financeur. Cela permettra également de formellement inclure le financeur dans le contexte du procès, donc dans la sphère de contrôle du tribunal arbitral qui pourra exercer ses pouvoirs sur ce dernier. Le devoir de révéler l'identité du tiers financeur ne doit jamais s'étendre à la limitation du financement en général au point d'affecter le développement du marché financier. Une telle obligation, si elle est étendue dans son application, constitue une violation de la liberté de commerce.⁶⁴³

458. Une autre justification pour la révélation du financement est l'imposition, par le tribunal arbitral, à la partie financée, d'une obligation de constituer une garantie en vue de couvrir les coûts de l'arbitrage de la partie adverse (*security for costs*). Alors que cette garantie était rarement appliquée en droit civil⁶⁴⁴ et anglo-saxon,⁶⁴⁵ l'apparition du financement de

⁶⁴² Voir le rapport de la Commission de réforme du droit de Victoria, en Australie, cité dans *id.* Séverine Menétrey, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 2014. Cette règle a été recommandée par le Law Council of Australia, *Regulation of third party litigation funding in Australia*, Juin 2011, para 77, «*To ensure transparency, while protecting the applicants from disclosing the exact terms of the litigation funding agreement, the lead applicant should be required to provide a sealed copy of the litigation funding agreement to the Court, to enable appropriate supervision by the Court without disclosing the terms of private contractual agreements to other parties* ».

⁶⁴³ *Id.* décision du Tribunal Fédéral Suisse à Lausanne, 10 Décembre 2004, 131/223, considérant que le projet de loi proposé par le canton de Zurich en 2003, limitant le financement des contentieux par les tiers comme étant une violation de la liberté de commerce. V. Noradèle Radjai, «Case notes on third-party funding (Switzerland)», *Global Arbitration Review*, vol. 3(1), 1 Février 2008, p. 37 disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/15965/third-part-funding-case-notes-third-party-funding>.

⁶⁴⁴ *Id.* Maxi C. Scherer, *Third-Party Funding in International Arbitration - «Towards mandatory disclosure of funding agreements?»*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 8, p. 96. V. aussi, Claude Reymond, «Security for costs in international arbitration», 110 *Law Quarterly Review* 503 (1994), observant que cette garantie est une particularité du système anglo-saxon. Noah Rubins, «In God we trust, All Others Pay Cash», 11 *Am. Rev. Int'l Arb.* 307 (2001), considérant que les arbitres de droit civil hésitent plus d'imposer une garantie que leurs homologues anglo-saxons, qualifiant la France et la Suisse comme deux juridictions de droit civil hostile à l'imposition d'une garantie, para 321. Une sentence arbitrale ayant la Suisse pour siège a en outre résumé la position Suisse envers cette garantie par le suivant: « *The traditional view in Switzerland was that, lacking the parties' explicit agreement to the contrary, a Swiss Arbitral Tribunal had no authority to order security for a party's legal costs. ...[T]he modern view expressed in Swiss legal doctrine and arbitral practice is that the authority granted to the arbitrators by Article 183 [of the Swiss Law on Private International Law] also extends to orders requesting a party to provide security for the opposing party's legal costs* », Sentence HKZ affaire No. 415, 20 November 2001, *ASA Bulletin*, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2002, Vol. 20/3) pp. 467 - 472.

⁶⁴⁵ A. Redfern and S. O'Leary, «why it is time for international arbitration to embrace security for costs», *Arbitration International*, 2016, 32, 399, «*In the past, applications for security for costs in international arbitration were not looked upon with any great favour. It was something that was just not done. In 1994, in the celebrated Ken-Ren case, Lord Mustill came very close to using those very words. He stated that the Court should refuse what was on the face of it a highly meritorious application for security for costs in an ICC arbitration, because (he asserted) 'in the international arbitration community, security for costs is very much a minority measure'. Historically, this seems to have been the generally accepted view. Craig, Park and Paulsson referred (in 2000) to the omission of any specific provision for an application for security for costs in the ICC Rules and suggested (...) that this was because many considered it undesirable to call attention to its availability or to suggest that it was a normal interim measure. The remedy is considered by many to be*

l'arbitrage par les tiers a pu modifier la situation dans l'arbitrage, surtout en droit français qui applique une conception libérale de l'arbitrage international. Il est vrai qu'à défaut d'une stipulation explicite dans les règles gouvernant la procédure arbitrale ou dans la loi applicable à l'arbitrage, cette garantie ne devrait pas être accordée facilement. Mais l'émergence du financement par les tiers et la tendance croissante des tribunaux à accorder les frais juridiques à la partie gagnante au procès a incité les arbitres et les institutions arbitrales à re-examiner leur position sur l'octroi de la garantie.⁶⁴⁶

459. D'une manière générale, un tribunal arbitral requiert, pour l'octroi des mesures de redressement provisoires, le respect de quatre critères démontrant: (a) un risque de préjudice sérieux ou irréparable au demandeur, (b) le caractère urgent de la demande, (c) l'absence d'analyse sur le fond du litige et (d) la probabilité de succès sur le fond du litige, i.e. *fumus boni iuris*.⁶⁴⁷ En plus de ces critères autour desquels s'opère un consensus international, certains tribunaux ajoutent un critère de proportionnalité selon lequel le fardeau qui sera imposé sur l'autre partie ne devrait pas dépasser un plafond nécessaire pour protéger les intérêts légitimes du demandeur d'une telle garantie.⁶⁴⁸ Ce dernier critère devient pertinent dans la présence d'un financement extérieur, à la suite duquel le tribunal arbitral devra déterminer si l'octroi de la garantie imposera une influence indue sur la partie adverse.⁶⁴⁹
460. Ainsi, dans le cas où l'accord de financement exclut explicitement les coûts de la partie adverse,⁶⁵⁰ cela nécessite la révélation de cet accord en amont afin de permettre au tribunal de mieux évaluer le besoin d'ordonner à la partie financée de présenter une garantie et d'éviter une situation dans laquelle la partie gagnante ne sera pas en mesure de recouvrer ses coûts du procès.⁶⁵¹

inappropriate in most circumstances for ICC arbitrations». Voir, *Coppée-Lavalin SA/NV c/. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd (in liquidation)* [1994] 2 A11 ER p.449-478, dans laquelle une décision a été rendue par la Cour Anglaise contre la République du Kenya, le financeur de l'arbitrage, pour son dépôt d'une garantie pour couvrir les coûts de l'arbitrage.

⁶⁴⁶ A. Redfern and S. O'Leary, «why it is time for international arbitration to embrace security for costs», *Arbitration International*, 2016, 32, 397.

⁶⁴⁷ *Id.* Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, 2e éd., pp. 2468.

⁶⁴⁸ Décision du tribunal arbitral par laquelle une garantie fut octroyée, rendue le 3 Août 2012 à Paris dans un arbitrage CCI présidé par Charles Poncet, v. Cahiers de l'arbitrage, 1 avril 2013 n°2, p. 399, note P. Pinsolle.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, «*The issue is, therefore, one of proportionality. The arbitral tribunal must determine whether or not imposing security for costs - assuming its substantive requirements are met, as will be discussed hereunder - would impose an undue burden on the Claimant. The decisive element in this respect is the existence of third party funding in this case*».

⁶⁵⁰ Voir l'affaire Foris. La cour d'appel de Versailles n'a pas décidé sur cet aspect.

⁶⁵¹ *Id.* M. Scherer, ICC publication, Dossier X 2013, p. 97.

461. La garantie octroyée sert, en premier lieu, à régler les frais judiciaires de la défenderesse dans le cas où cette dernière sort victorieuse du procès. Les sentences arbitrales rendues sur les frais judiciaires présentent une forme de consolation pour la défenderesse pour le temps, les efforts et l'argent dépensés pour lutter contre une réclamation qui a été jugée injustifiée. Toutefois, cette consolation n'aura aucune valeur ajoutée s'il s'avère que le demandeur, bien qu'apparemment il disposait de ressources financières suffisantes pour engager la procédure arbitrale, n'a pas les fonds suffisants pour régler les frais judiciaires de la partie adverse. L'exemple classique est le cas où une réclamation est intentée par une société fictive qui n'a pas d'actifs mais qui est financée par un actionnaire ou un investisseur extérieur qui n'est pas lui-même partie à l'arbitrage. Cette partie prendra une part ou la totalité des gains, mais si le procès est perdu, elle va désavouer la procédure sans payer les frais du défendeur. Par conséquent, un défendeur peut être protégé contre ce risque en se voyant accorder une garantie pour les coûts au début de la procédure arbitrale.

462. Effectivement, alors que la présence d'un tiers financeur ne suffit pas en tant que telle pour l'octroi de cette garantie, une jurisprudence arbitrale a considéré que la stipulation dans l'accord de financement que *«les coûts de la partie adverse sont exclus et que le financier a le pouvoir discrétionnaire de résilier cet accord et de cesser le financement à n'importe quel moment, même au cours de la procédure arbitrale, quand il estime que les perspectives de succès ont sensiblement détérioré»*, comme étant un changement de circonstances fondamental justifiant l'octroi de la garantie.⁶⁵² En d'autres termes, ce n'est pas l'existence d'un financement par un tiers, ni l'insolvabilité ou l'impécuniosité d'une partie, qui constitue un changement de circonstance,⁶⁵³ mais les conditions selon lesquelles ce financement

⁶⁵² *Id.* « A review of the [funding agreement] thus shows a number of specific features germane to this case. As far as the arbitral tribunal is aware, such clauses have not (yet) occurred in practice elsewhere. The third party funding mechanism at hand makes it possible for the funder to secure a comfortable share of the proceeds for itself in case the litigation is successful while (i) taking no risk whatsoever with regard to the costs that may have to be paid to the other party as a consequence of an unsuccessful litigation and (ii) retaining the possibility to walk out at any time by simply pulling the plug on X should it appear pursuant to the monthly reports that the case is going less well for the Claimant than had been anticipated. (...) The [funding agreement] constitutes fundamental change of circumstances vis à vis the situation prevailing at the time the Parties engaged in the selection process afforded by art. 1.1.1. of the SA. The arbitral tribunal does not take the view that the existence of third party funding in this case itself would justify a finding that the circumstances have fundamentally changed. Our finding is strictly limited to the circumstances at hand and to the specifics of the [funding agreement], which is part of the record of this arbitration ».

⁶⁵³ Voir *EuroGas Inc and Belmont Resources Inc c/ Slovak Republic*, «no such exceptional circumstances have been evidenced in the instant case. The Claimants have not defaulted on their payment obligations in the present proceedings or in other arbitration proceedings. The Tribunal is of the view that financial difficulties and third party funding – which has become a common practice – do not necessarily constitute per se exceptional circumstances justifying that the Respondent be granted an order of security for costs». Similairement, voir *South American Silver Limited c/ Bolivia*, CPA procès N° 2013-15, le tribunal arbitral a décidé au visa des

intervient dans chaque affaire.⁶⁵⁴ Le fait que la partie financée puisse commencer son arbitrage sans prendre aucun risque sur les coûts du procès, surtout quand cette partie est insolvable, crée une situation asymétrique justifiant l'octroi d'une garantie pour les coûts d'arbitrage.⁶⁵⁵ Cela ne pourra pas être déterminé par un tribunal sans la révélation de l'accord de financement ou, du moins, les dispositions commerciales concernant les coûts de la partie adverse. La nécessité de révéler la convention de financement a fait l'objet d'une allusion dans la décision conforme de Mr Gavan Griffith QC dans *RSM Production Corporation*, en ce que l'existence d'un financement par une tierce partie renverse la charge de la preuve et le requérant, au lieu de la partie défenderesse, devient alors obligée de divulguer tous les facteurs pertinents et d'expliquer pourquoi la garantie ne doit pas être octroyée.⁶⁵⁶ Il se peut

orders de procédures numéro 10, 11 Janvier 2016, le suivant: «*The Tribunal considers that while the existence of a third party funder may be an element to be taken into consideration in deciding on a measure as the one requested by Bolivia, this element alone may not lead to the adoption of the measure. The existence of the third party funder alone does not evidence the impossibility of payment or insolvency. It is possible to obtain financing for other reasons. The fact of having financing alone does not imply risk of non payment. If the existence of these third parties alone, without considering other factors, becomes determinative on granting or rejecting a request for security for costs, respondents could request and obtain the security on a systematic basis, increasing the risk of blocking potentially legitimate claims. In sum, the existence of a funder is an element to take into account, but tribunals have been clear in that the existence of the funder alone is not sufficient to grant security for costs*». *Contra*, *RSM Production Corporation c/. Saint Lucia*, CIRDI No. ARB/12/10, décision du 13 août 2013, para 83, laquelle a considéré que l'existence d'un financement en tant que tel nécessite l'octroi d'une garantie, «*[T]he admitted third party funding further supports the Tribunal's concern that Claimant will not comply with a costs award rendered against it, since, in the absence of security or guarantees being offered, it is doubtful whether the third party will assume responsibility for honouring such an award. Against this background, the tribunal regards it as unjustified to burden the Respondent with the risk emanating from the uncertainty as to whether or not the unknown third party will be willing to comply with a potential costs award in Respondent's favour* », et la décision conforme de l'arbitre Australien Gravan Griffith para 12-14 et 18, «*It is increasingly common for BIT claims to be financed by an identified, or (as here) unidentified third party funder, either related to the nominal claimant or one that engages in the business venture of advancing money to fund the Claimant's claim, essentially as a joint venture to share the rewards of success but, if security for costs orders are not made, to risk no more than its spent costs in the event of failure. Such a business plan for a related or a professional funder is to embrace the gambler's Nirvana: Heads I win, and Tails I do not lose. The founders of the [BIT] could not have foreseen in any way the emergence of a new industry of mercantile adventurers as professional BIT claim funders*», qui n'a pas été bien accueillie par certains observateurs, v. Kyriaki Karadelis, Should funded claimants have to pay security?, *Global Arbitration Review*, 1 septembre 2014, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32932/should-funded-claimants-pay-security>. Kyriaki Karadelis, Griffith challenged over funding comments, *Global Arbitration Review*, 11 septembre 2014, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32966/griffith-challenged-funding-comments>. Voir aussi pour une opinion contraire, A. Redfern et S. O'Leary, Why is it time for international arbitration to embrace security for costs, *Arbitration International*, 2016, 32, 405.

⁶⁵⁴ Il est à noter que l'existence d'un financement extérieur n'a aucun effet sur les sentences finales concernant les coûts de l'arbitrage. Voir en ce sens, *id.* les affaires CIRDI *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs c/. Republic of Georgia*, arbitrage CIRDI ARB/05/18 et ARB/07/1 (2010) et *RSM Production Corporation c/. Grenada* CIRDI No. ARB/05/14 (2011).

⁶⁵⁵ *Id.* observation de P. Pinsolle, «*En l'absence d'une telle garantie, la demanderesse pourra, en cas d'insuccès, s'abriter le moment venu derrière son impécuniosité pour refuser de payer les frais, alors qu'elle aura pu faire prospérer sa réclamation grâce aux fonds du tiers. La partie demanderesse bénéficierait ainsi des meilleurs des deux mondes, ce qui ne semble pas une situation souhaitable* ».

⁶⁵⁶ Voir la décision conforme de l'arbitre Australien Gravan Griffith para 12-14 et 18, *RSM Production Corporation c/. Saint Lucia*, CIRDI No. ARB/12/10, décision du 13 août 2013, «*My determinative proposition*

que la convention de financement couvre les coûts de la partie adverse. Dans ce cas, la divulgation de cet accord devient nécessaire afin d'éviter une décision imminente contre le requérant sur la garantie.

463. Une autre décision ordonnant au requérant de révéler la convention de financement a aussi été rendue dans le contexte d'une application pour les garanties. Ainsi, dans le procès CIRDI, *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c/ Turkmenistan*, la défenderesse a demandé, et a obtenu, du tribunal, une décision ordonnant au réquerant de révéler si son procès arbitral est financé par un tiers financeur et, dans le cas positif, de révéler les noms et les détails des financeurs.⁶⁵⁷ La défenderesse avait déjà indiqué qu'elle présenterait en temps réel une demande pour l'octroi d'une garantie suite à la révélation de l'accord de financement et le tribunal avait exprimé sa sympathie envers la demande du défendeur.⁶⁵⁸
464. Un dernier argument pour la révélation de l'accord de financement est lié à la nécessité de connaître le degré d'implication du tiers financeur actif et son contrôle de la procédure arbitrale. Cela est important pour permettre au tribunal arbitral de se prononcer sur l'immixtion du financeur à la procédure arbitrale en tant qu'un tiers non-signataire de la clause compromissoire.⁶⁵⁹
465. Les règles d'arbitrage institutionnel peuvent être révisées pour inclure une obligation de révélation de tout accord de financement du procès arbitral en amont et ce avant que l'acte de mission soit signé par les parties.⁶⁶⁰ Toutefois, cette obligation de révélation ne peut

is that once it appears there is third party funding of an investor's claim, the onus is cast on the claimant to disclose or relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made».

⁶⁵⁷ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c/ Turkmenistan*, CIRDI ARB/12/6, Ordre de Procédure numéro 3, 12 Juin 2015.

⁶⁵⁸ *Ibid*, para 10 et 12 de l'ordre du tribunal.

⁶⁵⁹ *V. infra*, sur l'approche contextuelle et l'extension de l'arbitrage au tiers financeur. *V. aussi, d. Laurent Lévy et Régis Bonnan, Third-Party Funding – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings»*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 78, «A tribunal that knows about the existence of third-party funding in a particular case may then have to examine whether the third-party funder has become a party to the arbitration as a result of its potential intervention in the negotiation and performance of the parties' contract or because of its influence on, or control of, the proceedings».

⁶⁶⁰ *Id. Aren Goldsmith et Camille Fléchet «le financement par les tiers des procédures d'arbitrage international, une vue d'Europe Seconde partie: le débat juridique» (Third Party Funding of International Arbitration Proceedings - A view from Europe Part II: The Legal Debate)*, *International Business Law Journal* (2012) 649, p. 651, «les institutions d'arbitrage auraient la charge de faire peser une obligation de révélation non pas sur l'arbitre mais sur les parties». *Cf. voir id. Lévy et al, Third-Party Funding – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings»*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 88, «As regards the Terms of Reference, the main issue is whether the parties should disclose the existence (and content) of the third-party funding contract at such an early stage of the arbitration and whether the arbitrators should look

s'appliquer en soi; elle se déduit de l'obligation de bonne foi qui émane de l'adage *pacta sunt servanda*, que chaque partie doit observer durant le déroulement de la procédure arbitrale.⁶⁶¹ L'obligation de révélation peut s'exercer aussi comme étant une application du devoir des parties et des arbitres révélant tout conflit d'intérêts affectant la neutralité et l'indépendance du tribunal arbitral ou l'un de ses membres, afin d'éviter toute tentative d'annulation de la sentence arbitrale.⁶⁶² La présence d'un tiers financeur ainsi révélée, il devient question d'établir le pouvoir de l'arbitre envers le tiers non-signataire.

Sous-section 2 : L'exercice par le tribunal de ses pouvoirs et leurs effets sur le financeur

466. La problématique d'assujettir le tiers financeur aux effets des décisions du tribunal arbitral n'a pas empêché la jurisprudence australienne, dans l'affaire *Fostif*, de considérer qu'un tribunal arbitral possède un pouvoir inhérent, voire une compétence envers le tiers financeur.⁶⁶³ Indépendamment de cette affaire, le pouvoir du juge envers les tiers en *common law* est inhérent à sa compétence.⁶⁶⁴ Ce pouvoir repose sur l'intervention du financeur, justifiant sa condamnation à la jurisprudence du tribunal arbitral d'une manière proportionnelle à son implication dans la procédure.⁶⁶⁵
467. En revanche, un juge d'une juridiction civiliste ne détient pas un pouvoir similaire lui permettant de condamner le financeur. Bien que la décision de la Cour d'appel française dans

into this matter sua sponte. (...) the answer should generally be negative. Article 23 of the ICC Rules does not call for a different solution. Of course the arbitrators and the parties are at liberty to conclude Terms of Reference that, for example, mandate the disclosure of third-party funding, but arbitrators should not be prone to inserting clauses to this effect on their own initiative if no special reasons exists for doing so.

⁶⁶¹ *Id.*, L. Lévy et al., *Third-Party Funding – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings»*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 79. V. B. Cremades, *Third-party funding in international arbitration*, mélange en l'honneur du professeur Luiz Olava Baptista, p. 7, «*On occasion, the participation of third party financiers in arbitration without the corresponding disclosure to the other party and arbitral tribunal could imply a breach of the procedural good faith with which the parties should conduct themselves*», disponible sur <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523783352588756.pdf>. V. aussi, Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, OUP 2004, p. 216.

⁶⁶² Dans ce contexte, la règle générale 7(a) des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international stipule, «*Chaque partie doit informer l'arbitre, le Tribunal Arbitral, les autres parties, l'institution d'arbitrage ou toute autre autorité de nomination s'il en a été désigné une, de toute relation directe ou indirecte l'unissant, ou unissant une autre société de son groupe, à l'un des arbitres. La partie doit communiquer ces informations de sa propre initiative, avant le début de l'instance ou dès qu'elle a connaissance de l'existence d'une telle relation*».

⁶⁶³ *Id.* *Campbells Cash et Carry Pty. Ltd. c/ Fostif Pty. Ltd.* (2006) 229 CLR 386, 487 (Austl.), para 133-134.

⁶⁶⁴ Jeffrey Miller, *The law of Contempt in Canada*, Scarborough, Carswell, 1997, p. 37.

⁶⁶⁵ *Id.* Séverine Menétrey, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 209.

l'affaire *Foris* semble manifester de la sympathie pour le raisonnement fondé sur une stipulation pour autrui en vertu du contrat de financement, la compétence du tribunal envers le tiers financeur n'est pas encore certaine.⁶⁶⁶

468. Dans le contexte de l'arbitrage, pour que le tribunal puisse exercer ses pouvoirs à l'égard du financeur, ce dernier devrait être inclus dans la sphère du procès et à l'instance arbitrale.⁶⁶⁷ On imagine difficilement que l'accord de financement constitue une cession de créance au sens de l'article 1690 du Code civil,⁶⁶⁸ sauf si cela est explicitement prévu dans la convention de financement octroyant au financeur l'exclusivité des gains et le droit d'action, le rendant ainsi titulaire des droits émanant du procès.⁶⁶⁹ Il est à noter que la question du retrait litigieux, selon les dispositions des articles 1699 et 1700 du Code civil,⁶⁷⁰ est uniquement invocable quand le procès judiciaire a été engagé et reste toujours en suspens.⁶⁷¹ L'invocation du retrait judiciaire n'est pas possible si la cession se fait avant l'engagement de tout procès.⁶⁷²

⁶⁶⁶ *Id.* Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} chambre section 2, arrêt n° RG: 05/01038 du 1 juin 2006.

⁶⁶⁷ En condamnant le financeur, à titre d'exemple, à payer tout ou partie des frais de procédures; *Voir, id.* J.B. Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence en arbitrage»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 252, «*Il faudrait pour se faire que le financeur ne soit plus considéré comme un tiers, mais comme partie à la convention d'arbitrage.*»

⁶⁶⁸ Article 1690 C. civ.: «*Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.*»

⁶⁶⁹ *Id.* Séverine Menétrey, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La gestion du procès: L'incidence devant les juridictions nationales»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 221.

⁶⁷⁰ Article 1699 C. civ.: «*Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.*» Article 1700 Code civ.: «*La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit.*»

⁶⁷¹ La Cour de cassation interprète en jugeant que le retrait litigieux impose l'existence d'un procès, au cours duquel le droit cédé fut l'objet d'une contestation au fond, *voir* par exemple Cass. com. 12 Juillet 2011, P. No. 10-15.934. V. récemment la décision de la cour de cassation, ch. comm., rendue le 20 avril 2017, 15-24.131, selon laquelle elle considère que la créance cédée n'avait fait l'objet, dans le cadre de l'instance engagée par la banque à l'encontre des débiteurs principaux et de leur caution, d'aucune contestation sur le fond antérieurement à la cession, ce dont il résulte que les conditions du retrait litigieux n'étaient pas réunies. De telle sorte que la caution n'avait donc pas été privée de la possibilité de l'exercer rappelant le principe selon lequel le retrait litigieux, institution dont le caractère exceptionnel impose une interprétation stricte, ne peut être exercé que si, antérieurement à la cession, un procès a été engagé sur le bien-fondé du droit cédé et qu'au cours de l'instance, celui qui entend exercer le retrait a, en qualité de défendeur, contesté ce droit au fond, v. Laurent Latapie, *Cession de créance et retrait litigieux, quand et combien?*, Village de la Justice, 13 mars 2018, «*cette jurisprudence demeure intéressante car elle rappelle au débiteur ou bien encore à la caution que le droit à contestation ne se présume pas en tant que tel. Il appartient à ces derniers de contester, sans relâche, les prétentions du créancier, encore plus lorsque la créance est cédée.*»

⁶⁷² Dominique Mondolini, «*Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur?*», in *Liber Amicorum Larroumet*, Paris, LGDJ, 2009, p.362. En effet, l'article 1700 du code civil exige qu'une triple condition soit réunie pour invoquer ses dispositions, *premièrement* qu'un litige doit avoir été engagé et non terminé, en ce sens civ. 5 Juillet 1819, S. 1819. 1. 53; Cass., req. 24 Janvier 1827, S. 1827. 1. 352; Civ. 11 Décembre 1866, DP 1866. 1. 324; Civ. 29 Juillet 1868, DP 1868. 1. 374; S. 1868. 1. 438; Caen, 3 août 1863, S. 1864. 2. 15; *deuxièmement* qu'une contestation soit née, c'est-à-dire que le défendeur ait indiqué son intention de s'opposer à la prétention du demandeur cédant, Civ. 4 Février 1867, DP 1867. 1. 65; S. 1867. 1. 121; Cass., req. 30 Juin 1880, DP 1881. 1. 52; S. 1881. 1. 59; Com. 15 Janvier 2002, Bull. Civ. IV, n° 10, qui refuse le retrait litigieux

469. Les accords de financement ne constituent pas une cession de créance au vrai sens juridique du terme.⁶⁷³ Les financeurs limitent intentionnellement leur engagement au procès et se contentent d'un partage partiel des profits. Ce comportement se traduit par la logique du partage du risque, en égard au caractère aléatoire des sentences arbitrales et des décisions judiciaires. L'absence de cession du droit d'action signifie que la partie financée reste toujours la demanderesse dans toute procédure arbitrale. Cela est même le cas pour un tiers financeur passif, n'ayant aucun engagement dans la gestion du procès.

470. Pour conclure, les incidences du financement sur les principes directeurs de la procédure arbitrale sont nombreux et peuvent entraver le bon déroulement de la procédure arbitrale. Si le bon déroulement du procès est assuré par les pouvoirs octroyés au tribunal arbitral et sa compétence pour résoudre le conflit aussi bien que de rendre les ordonnances nécessaires pour orienter le procès, l'exercice de cette compétence envers des tiers non-signataires est limité dans de nombreux systèmes juridiques. Le fondement est clair: l'arbitrage est volontaire et ne peut être imposé. Cela n'empêche pas un tribunal arbitral d'ordonner à la partie financée de divulguer son contrat de financement ainsi que l'identité du tiers.

parce qu'au moment de la cession seule la compétence du tribunal était contestée et que la contestation au fond n'avait été élevée que postérieurement; et *troisièmement* qu'une contestation porte sur le fond du droit, *voir* Paris, 2 Février 1866, S. 1868. 2. 16 ; T. civ. Seine, 13 Mars 1942, DH 1924. 342. Ainsi, un recours en référé, qui ne porte pas sur le fond du droit, n'ouvre pas le droit au retrait, Angers, 14 Juillet 1869, DP 1870. 2. 34 ; S. 1866. 1. 247. À part la France, certaines juridictions telles la Louisiane et le Porto Rico sur le transfert d'un droit litigieux, *voir* Code Civ. Annoté de la Louisiane Article 2652 (West 2002), qui emploie le concept du retrait judiciaire permettant au débiteur d'éteindre son obligation en payant au cessionnaire le montant que ce dernier a payé pour la cession. Code Civ. de Porto Rico annotée Titre 31, § 3942(a) (2002). V. aussi, *Pritzker c/. Yari*, 42 F. 3d 53, 72 (1st. Cir. 1994), statuant que le débiteur doit remettre au cessionnaire l'équivalent de l'argent liquide et non liquide (cash and non-cash consideration). *Clement c/. Sneed Bros.*, 116 So. 2d. 269, 272-73 (La. 1959), discutant les exceptions au droit du débiteur de remettre l'argent au cessionnaire si sa demande en ce sens est inopportune, ou s'il continu à défendre son procès.

⁶⁷³ Le transfert de la créance indemnitaire ne peut être conçu dans la majorité des accords de financement qui prévoient seulement une participation au gain. *Id.*, Andrea Pinna, «La mobilisation de la créance indemnitaire», RTD Civ. 2008 p. 229, «*Il est également fréquent que des sociétés privées acceptent de financer l'intégralité de la procédure en échange d'une partie des gains que le procès pourra générer pour la victime. Dans de telles hypothèses, la créance indemnitaire n'est pas transférée (...)*».

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

471. Pour rappel, le financement par les tiers est un « *mécanisme de financement du contentieux par un tiers, qui prend à sa charge tous les frais du litige relatifs au procès, en échange de quoi il récupère un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue du procès* ». ⁶⁷⁴ Ce mécanisme, né en Australie et qui s'est vite exporté aux États-Unis et en Angleterre, ⁶⁷⁵ n'est pas forcément un mécanisme de financement autorisé dans tous les pays. Alors que les limitations historiques contre le financement, tel que le *Champerty* et *Maintenance*, sont en déclin, surtout à Singapour et à Hong Kong où le financement a été finalement autorisé, certains systèmes ont maintenu la prohibition contre le financement, tel que l'Irlande où la cour suprême a confirmé dans sa décision du 23 mai 2017 que l'assistance financière apportée par un tiers est invalide par l'application du *Champerty* et *Maintenance*: ⁶⁷⁶

«Champerty remains the law in the State. It has been described clearly in recent cases. A person who assists another's proceedings without a bona fide independent interest acts unlawfully. (...) I do not find the fact that the funding was provided during the course of the proceedings a relevant factor. Nor do I consider the fact that the case is described as one of immense public importance to be a relevant factor. However, I do consider that third party funding to support a plaintiff (where none of the exceptions apply) is unlawful by reason of the rules on champerty. None of the exceptions arise in this case».

472. Par contre, Singapour ainsi que Hong Kong ont adopté de nouvelles lois autorisant le recours à ce mécanisme, et ce, dans le but d'offrir toutes les options et services pour le règlement des litiges, faisant de ces deux pays un marché arbitral assez compétitif. Les modifications législatives autorisant le financement à Singapour sont entrées en vigueur en mars 2017.

473. Les mêmes modifications ont été adoptées à Hong Kong, davantage sur la forme que sur le fond. En octobre 2015 et 2016, le Conseil législatif de Hong Kong a publié deux rapports

⁶⁷⁴ M.de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français», RDS 2012, p. 279.

⁶⁷⁵ *Essar Oilfield Services Ltd c/. Norscot Rig Management Pvt Ltd* [2016] EWHC 2361 (Comm) (15 Septembre 2016): n° CL-2016-000188: la *High Court of Justice* a confirmé un arbitrage CCI dans lequel le tribunal arbitral avait ordonné au défendeur de payer le montant que le demandeur devait verser à son tiers bailleur de fonds.

⁶⁷⁶ *Persona Digital Telephony Ltd & ors c/. The Minister for Public Enterprise & ors* [2017] IESC 27, *The Supreme Court*, recours no. 72/2016, décision du 23 mai 2017. V, «Irish Supreme Court maintains third party funding ban», *Global Arbitration Review*, 24 mai 2017.

ayant abouti à des modifications législatives entrées en vigueur le 14 juin 2017.⁶⁷⁷ De plus, Hong-Kong pose une obligation de divulgation de l'existence d'un contrat de financement par un tiers ainsi que la divulgation de l'identité du tiers.

474. En France, si le financement des procès n'est pas interdit, il n'est cependant pas réglementé. Il est, en pratique, encore peu développé en France.⁶⁷⁸ Seul un arrêt orphelin de la Cour d'appel de Versailles, rendu en 2006, a jugé que «le contrat de financement de procès est *sui generis* et inconnu des États membres de l'Union à l'exception des pays de culture juridique germanique et que l'intérêt de ce contrat comporte un élément d'aléa essentiel».⁶⁷⁹
475. Au Moyen Orient, le financement par les tiers n'est pas interdit et est de plus en plus sollicité dans la pratique. Le 14 mars 2017, les tribunaux du Dubai International Financial Centre (« DIFC ») ont introduit les textes législatifs nécessaires pour promettre le financement des procès.⁶⁸⁰ Ces textes soulignent les exigences à respecter par les parties financées en ce qui concerne leurs relations, leurs interactions et leurs contrats avec les tiers financeurs concernant les procédures légales ouvertes à compter du 14 mars 2017. Le financement de litiges commerciaux internationaux s'est développé devant les tribunaux du DIFC au travers de décisions récentes, dans lesquelles les tribunaux ont souligné leur pouvoir dans la reconnaissance de la validité d'un contrat de financement⁶⁸¹ et de prononcer des mesures provisoires connexes intentées par le tiers financeur du demandeur.⁶⁸²
476. S'il y a un manque d'harmonisation des législations nationales concernant le financement des procès, presque tous les systèmes sont d'accord sur le fait que le financement améliore l'accès à la justice. Cet objectif demeure la raison primordiale derrière l'autorisation du financement dans de nombreux pays en dépit des critiques avancés contre cette pratique. Par ailleurs, les

⁶⁷⁷ Proposées par l'Ordonnance d'Arbitrage de Hong Kong (Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment)) Bill 2016 (« Project TF HK ») le 11 janvier 2017. Pour pouvoir adopter ce mécanisme, Hong-Kong a exclu l'arbitrage du domaine d'application de la doctrine « *Maintenance and Champerty* » (*Cannonway Consultants Ltd façon v. Ken vout Engineering Ltd [1995] 1 HKC 179*, où la cour d'appel de Hong Kong a statué que la doctrine de *Champerty* n'est pas applicable au TPF dans le cadre de l'arbitrage), alors que le Singapour a aboli cette doctrine (Civil Law (Amendment) Bill No.38/2016- Sections 5A).

⁶⁷⁸ L. Bench Nieuwveld, V. Shannon (Eds), *Third-party funding in international arbitration*, Kluwer arbitration, 2012; «Les « nouveaux » coûts dans l'arbitrage international», Cahiers de l'arbitrage, 2013, n°4, p. 899.

⁶⁷⁹ CA Versailles, 1 juin 2006, no. 05/01038.

⁶⁸⁰ Practice Direction 2 of 2017 – «Third Party Funding in the DIFC Courts » (« PD 2/2017 »).

⁶⁸¹ À savoir, *Rafed Al Khorafi and Others v Bank Sarasin-Alpen (ME) Ltd and Bank Sarasin & Co Ltd* - CFI 026/2009.

⁶⁸² *Vannin Capital Pcc Plc v (1) Mr Rafed Abdel Mohsen Bader Al Khorafi (2) Mrs Amrah Ali Abdel Latif Al Hamad (3) Mrs Alia Mohamed Sulaiman Al Rifai (4) KBH Kaanuun Limited (5) Bank Sarasin-Alpen (ME) Limited (6) Bank J. Safra Sarasin Ltd (Formerly Bank Sarasin & Co Limited)* - CFI 036/2014.

incidences du financement sur l'arbitrage peuvent être facilement remédiés par l'exercice de ses pouvoirs par le tribunal envers les tiers financeurs et l'inclusion des financeurs actifs dans la procédure arbitrale, surtout quand leur ingérence commence à affecter la procédure arbitrale. L'intervention du tribunal arbitral devient indispensable afin de préserver l'intégrité de la procédure. Cela conduit à l'exploration dans la deuxième partie des théories d'extension et de transmission de l'arbitrage aux tiers financeurs.

Deuxième Partie

Le régime juridique du tiers financeur

477. L'incidence du financement sur la procédure dépend du degré d'implication du financeur et de son contrôle éventuel du procès. La distinction entre le financeur actif et passif⁶⁸³ est importante pour déterminer la qualité du tiers financeur vis-à-vis de la procédure en cours, à travers l'examen des différentes bases théoriques permettant son inclusion dans la sphère du procès. Les incidences que la présence de ce dernier entraîne sur le déroulement de la procédure⁶⁸⁴ requièrent que le financeur actif soit considéré comme une partie réelle au procès arbitral ayant tous les droits et obligations intrinsèques au statut de partie. Cette approche émane d'une série de décisions rendues par la jurisprudence française, qui est la plus développée en matière d'interprétation de la volonté des parties à l'arbitrage, permettant ainsi de concevoir une partie non-signataire à la clause arbitrale comme étant partie au procès. Les critères d'adhésion étant alors déterminés par les juridictions françaises, il n'est toutefois pas facile d'interpréter la volonté d'une tierce partie d'une manière à l'intégrer dans la sphère arbitrale.
478. Quoique cette volonté s'élucide d'une manière consensuelle, comme dans le cas de cession des droits,⁶⁸⁵ l'intégration du tiers dans la sphère arbitrale s'opère parfois en l'absence même d'un consentement explicite à la clause compromissoire. Autrement dit, la partie tierce n'ayant pas exécuté une convention d'arbitrage peut toutefois être impliquée dans la procédure arbitrale, ou autorisée à invoquer la clause arbitrale, ou les droits contractuels qui sont *ratione materiae* dans le champ d'application de la clause arbitrale, sans pour autant violer les principes directeurs de l'arbitrage.⁶⁸⁶
479. L'application de cette approche dépend largement de l'examen de la volonté du tiers, en déterminant son degré d'intervention dans la procédure arbitrale. Plusieurs fondements permettent d'octroyer une qualité juridique au tiers dans le cadre du domaine *privatus* de la justice arbitrale. Un tribunal arbitral devrait, à la base de cette qualité, étendre son pouvoir au tiers financeur en assurant la mission qui lui est confiée et le bon déroulement de la procédure

⁶⁸³ *Supra*, sur la distinction entre les deux rôles, voir *id.* Cento Veljanovski, «Third party litigation funding in Europe», *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012, p.408. Voir aussi sur la nécessité de la distinction, *id.* la décision du Privy Council, *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd c/ Todd & Ors* (No.2) (New Zealand), [2004] UKPC 39, 21 Juillet 2004. *Id.*, Maxi Scherer et Aren Goldsmith, RDAI/IBLJ Roundtable No 2 - 2012, «Third party funding in international arbitration in Europe: Funders Perspectives», pp. 210-211.

⁶⁸⁴ *Supra*, para 416 *et seq.*

⁶⁸⁵ Ce qui échappe aussi à la clause arbitrale dans le le contrat, sujet de la cession. *Supra*, sur les différentes formes de financement, para 213 *et seq.*

⁶⁸⁶ Parties to International Arbitration Agreements - E. Application of Legal Bases for Subjecting Non-Signatories to Arbitration Agreement, dans G. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2014), pp. 1414.

arbitrale.

480. Dans cette partie, l'étude de l'extension et la transmission de la clause arbitrale permet d'explorer les modalités d'extension de l'arbitrage au tiers financeur actif. Cela nécessite, pour commencer, l'examen de la qualité du financeur à travers l'analyse de la nature du contrat de financement afin de déterminer le rôle et le statut du financeur dans sa relation avec les différentes parties de l'arbitrage (Chapitre 1), puis l'étude des exceptions au principe d'effet relatif de la clause arbitrale (Chapitre 2).

Chapitre 1

La qualité du financeur

481. Les relations entre l'arbitrage et le tiers sont complexes. Les tiers, financeurs ou autres, sont étrangers à la convention d'arbitrage en vertu de l'effet relatif de celle-ci. Néanmoins, il existe des cas particuliers liés à l'extension ou la transmission de la convention d'arbitrage, transformant le tiers en une partie à l'arbitrage.
482. En règle générale, les limites de l'extension de la clause compromissoire à un tiers sont doubles: *ratione personae*, définies par les parties signataires de l'acte stipulant le recours à l'arbitrage, i.e. les personnes physiques ou morales⁶⁸⁷ ayant formellement adhéré au pacte social, et *ratione materiae* qui, sous réserve d'une réduction étroite de la clause, est définie par l'objet dudit acte. La jurisprudence française est riche en décisions selon lesquelles l'extension de la clause compromissoire n'est plus une exception à la conception traditionnelle qu'il n'y a normalement d'engagement à l'arbitrage que consenti par la signature d'un compromis ou la stipulation d'une clause compromissoire à cet effet.
483. Alors que d'autres systèmes sont également favorables à l'arbitrage international, on y attache cependant une importance plus grande au critère formel qui nécessite une interprétation très stricte des conditions d'extension de la convention d'arbitrage.⁶⁸⁸ Or, selon les enseignements de la jurisprudence française, la recherche de la volonté réelle des parties est le critère décisif du champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* de la convention d'arbitrage.⁶⁸⁹
484. Il existe, en matière d'extension, deux courants qui régissent la soumission ou l'intervention d'un tiers non signataires à la procédure arbitrale. Ces deux courants nécessitent que les juridictions en question admettent l'extension de l'acte compromissoire *ratione personae* ou *ratione materiae* selon une approche contractuelle qui se fonde sur les principes ordinaires de

⁶⁸⁷ Voir *Joseph Abela Family Foundation c/. Albert Abela Family Foundation et autres*, C.A. Paris, arrêt du 22 Mai 2008, *Rev. Arb.* 2008/4, pp. 730-735, et note de François-Xavier Train, *Rev. Arb.* 2008/4 pp. 735-747.

⁶⁸⁸ V. en Suisse, J. F. Poudret, «l'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», *JDI*, 1995.893.

⁶⁸⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Boldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 483 - 524.

la théorie des obligations et des contrats,⁶⁹⁰ et une approche contextuelle, essentiellement adoptée par la jurisprudence française selon une analyse interprétative des faits entourant l'implication des tiers dans les contrats contenant l'acte compromissaire.

485. Comme on le verra ultérieurement,⁶⁹¹ la question de déterminer qui est partie au contrat ou à la clause arbitrale requiert l'interprétation des termes de ce contrat et l'attitude des parties signataires et non-signataires envers son exécution. Ce processus repose également sur la loi gouvernant le contrat dans lequel la clause arbitrale est insérée, la *lex mercatoria*, ou la loi du siège de l'arbitrage, *lex loci arbitri*.⁶⁹²
486. La perception que le financeur est un tiers ne faisant pas partie de la relation contractuelle entre la partie financée et la partie adverse exige, tout d'abord, la détermination de la nature du contrat de financement (Section I) et des clauses composant ce contrat (Section II).

Section I : La nature du contrat de financement

487. Ce qui caractérise le contrat à l'aube du XXI^e siècle, c'est en effet son extrême vitalité. La formule de Josserand s'avère plus que jamais pertinente: nous vivons de plus en plus contractuellement.⁶⁹³ L'expansion du phénomène contractuel n'est pas seulement d'ordre quantitatif. Les contrats se diversifient et se spécialisent. Le principe de la liberté contractuelle permet aujourd'hui de créer tous les modèles de contrats. Il n'y a plus aujourd'hui un type de vente, mais des types de vente obéissant à des régimes différents selon que le contrat est rural ou urbain, mobilier ou immobilier, interne ou international.

⁶⁹⁰ Ces principes ont été identifiés par la doctrine et la jurisprudence et concerne spécifiquement: (1) l'incorporation par référence, (2) présomption, (3) mandat, (4) veil-piercing/alter ego, et (5) estoppel. Certains auteurs ajoutent d'autres principes permettant aux cours d'étendre les termes de la clause d'arbitrage aux non-signataires, tel que (5) la cession, (6) la subrogation, (7) tiers bénéficiaire, (8) novation, (9) succession, (10) groupe de sociétés, (11) l'équité, et (12) la doctrine de transaction économique unique.

⁶⁹¹ Voir *infra* para 613.

⁶⁹² Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, Chapter I: Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals, pp. 9-10. Il a parfois été avancé que le choix des parties signataires à un contrat de la loi applicable à ce contrat et la clause arbitrale n'est pas opposable à un tiers non-signataire dudit contrat, contre lequel un tribunal essaie d'étendre la procédure arbitrale. Voir, Yves Derains, «observation sur une sentence CCI n° 8385/1995», 124 *Journal du Droit International (Clunet)* 1061 (1997). V.aussi, *Motorola Credit Corp. c/ Uzan*, 388 F. 3d 39 (2nd cir. 2004), selon laquelle la cour a refusé d'étendre la clause arbitrale au tiers selon les dispositions de la loi applicable au contrat: «We therefore conclude that under Swiss law, which governs the agreements at issue, defendants as non-signatories, have no right to invoke these agreements».

⁶⁹³ «Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats», *RTD civ.* 1937. 1, spéc. 7. Plus général, *Un ordre juridique nouveau? Dialogues avec L. Josserand*, éd. Mare et Martin, 2014, spéc. P. 259 s.

488. Dans la mesure où la loi est dispositive, elle ne fait, le plus souvent, que consacrer des pratiques contractuelles déjà établies par des praticiens ou des organismes professionnels.⁶⁹⁴ Les particuliers n'ont qu'à recopier ces modèles, tels que les formulaires, contrats types, conditions générales de vente, qui constituent aujourd'hui la source la plus vivante du droit des contrats spéciaux. L'évolution contemporaine du droit des contrats spéciaux obéit à deux lois qui gouvernent l'ensemble du droit contemporain: la spécialisation et la complication progressive. En même temps, par un mouvement dialectique, de nouveaux regroupements surviennent à l'intérieur de chaque contrat nommé, ou bien entre eux.⁶⁹⁵ Ainsi en est-il du financement par les tiers.

489. Le contrat de financement, créé par la pratique commerciale, cherche sans doute à trouver une place dans les contrats spéciaux. Le spécial vient du latin *species*, *ei* = espèce, apparence: classées par espèces ou par sortes. L'expression de « contrats spéciaux » est trompeuse: tous les contrats sont spéciaux et il n'existe pas de « contrat général ».⁶⁹⁶ Un certain nombre de contrats sont spécialement organisés, soit par la loi, soit par les usages professionnels. Pour cette raison, on les appelle des « contrats spéciaux », qui constituent aussi des « contrats nommés », parce que la loi ou les usages qui les réglementent leur donnent un nom, e.g. vente, bail, prêt, ect.⁶⁹⁷ Certains de ces contrats correspondent à des unités élémentaires aisément identifiables: c'est le cas de la vente, du mandat, du dépôt. Ces contrats nommés trouvent leur origine dans le droit romain classique qui organise un certain nombre de contrat mais n'admet pas l'existence du contrat en tant que tel: Il s'agit des *contrats verbis* qui

⁶⁹⁴ Trav. Assoc. Capitant, Journées suisses 1983, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Economica, 1985; J.-L. Souriou, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, th. Paris, Librairie Journ. Not., 1967, préf. J. Boulanger; M. Cabrillac, «Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale», in *Ét. G. Marty*, 1978, p. 235-254.

⁶⁹⁵ V. Actes du colloque de Caen, «Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux?», *Petites Affiches* 28 nov. 2012, p.3 s.; ainsi que le débat *RDC* 2006.597.

⁶⁹⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, p. 17.

⁶⁹⁷ Il faut bien préciser ici que les contrats de financement, comme beaucoup de contrats nouveaux, dépendent tellement d'une influence anglo-saxonne qu'on les dénomme usuellement en français, même si un texte réglementaire les francise au bout d'un certain temps. Ainsi, les contrats en «ing» pourrait-on dire: third-party financing (en français: financement par les tiers), comme c'est le cas pour le engineering (en français: ingénierie), factoring (en français: affacturage), leasing (en français: crédit-bail), ect. Ces innovations anglo-saxonnes ont en commun le sens du commerce, la dureté dans les affaires, l'efficacité et l'organisation complexe. L'influence étrangère, notamment anglo-saxonne, sur le droit des contrats spéciaux français n'intéresse pas seulement la création spontanée de contrats nouveaux. Elle apparaît dans le droit des traités – par exemple la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (1980) – et dans le droit européen: par exemple la directive du 25 juillet 1985 prise par le Conseil des communautés européennes sur la responsabilité du fait des produits défectueux ne doit pas grand-chose dans la forme aux concepts français d'une disposition législative anglaise. Il en est de même de l'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive du 25 mai 1999 sur l'obligation de conformité dans la vente, elle-même inspirée par la Convention de Vienne.

reposent sur un échange de formules solennelles, des *contrats litteris* portant sur une somme d'argent et qui font l'objet d'une inscription sur un registre (le Codex), des *contrats re*, tel le *mutuum* (prêt de consommation), qui ne se forment que par la remise d'une chose, puis, plus spécifiquement, des *contrats consensuels* qui supposent, pour leur validité, un simple accord de volonté, mais dont le nombre est limité (vente, louage, société et mandat).⁶⁹⁸

490. Il existe d'autres contrats complètement innomés (que le droit romain finit par admettre ultérieurement),⁶⁹⁹ parce qu'ils n'entrent dans aucune catégorie juridique, légale ou usuelle. Ces contrats constituent des ensembles plus complexes, tel le contrat d'intégration agricole ou celui de réalisation d'ensemble industriel. Généralement, ils sont plus explicites que les autres; ils doivent contenir des stipulations détaillées, afin de régler ce que, par hypothèse, ni la loi, ni les usages, ni un contrat-type, ni des conditions générales n'ont prévu. Ils ressemblent aux volumineux contrats que connaissent les pays anglo-saxons.

491. À Rome comme aujourd'hui, la notion de contrat innomé a été le signe du dynamisme des contrats spéciaux, aiguillonné par la pratique. À cet égard, elle exprimait le développement des sociétés, mais aussi des marchés qui perpétuellement se transforment, régulièrement de nouveaux contrats naissent et d'anciens dépérissent. L'histoire romaine de la notion conserve donc une actualité dans certains développements contractuels contemporains, tel que le contrat de financement de l'arbitrage par les tiers.

492. Le droit des contrats spéciaux est plus élaboré et plus concret que ne l'est la théorie générale des obligations et des contrats. Certes, les règles principales gouvernant le contrat de financement par les tiers ne sont pas encore énoncées dans le droit des contrats spéciaux, mais ce dernier stipule en quelque sorte son cadre essentiel, permettant aux parties de personnaliser facilement leur contrat et de l'adapter à la fin qu'elles poursuivent.

493. Si la pratique développe le contrat de financement des procès et l'organise, le financement a vocation à créer progressivement une nouvelle catégorie de contrats nommés. En fait, le contrat de financement est issu du monde économique et financier et se présente avant tout

⁶⁹⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ.

⁶⁹⁹ Le droit romain finit par admettre ces contrats qu'il qualifia de contrats innommés chaque fois qu'une partie à une convention synallagmatique avait exécuté ce qu'elle devait (contrats du type *do ut des* (échange), *do ut facias* (donation avec charges), *facio ut des* (*aestimatum* ou dépôt-vente) et *facio ut facias* (transaction)).

comme un contrat commercial ayant une dimension internationale.⁷⁰⁰ Il existe des contrats innomés atypiques, qui, malgré des différences, peuvent se rattacher à un contrat nommé existant, sans jamais constituer un contrat spécial nouveau (par exemple, le contrat d'enseignement privé, ou bien le « pilotage »⁷⁰¹ dans la construction immobilière).⁷⁰² Ce n'est effectivement pas le cas du contrat de financement, dont la détermination d'un élément de rattachement à un contrat nommé est difficile en dépit des ressemblances avec certains contrats nommés.⁷⁰³ Dans sa décision dans l'affaire *Veolia Propreté*, la cour française a considéré que le contrat de financement représente en réalité un contrat *sui generis*.⁷⁰⁴ La différence entre un contrat innomé et contrat *sui generis* est que le premier constituerait une combinaison de plusieurs contrats nommés, alors que le second ne relève d'aucun contrat spécial, à l'exemple des garanties autonomes, avant que le législateur ne les envisage directement dans l'article 2321 C. civil.

494. En effet, le juge français, dans l'exercice de sa détermination de la nature de l'activité de financement, a qualifié cette relation entre financeur et partie financée comme étant *sui generis*.⁷⁰⁵ Cette qualification est également le résultat du sur-mesure juridique. Les tribunaux font souvent preuve à notre époque de hardiesse dans les matières pourtant traditionnellement réservées à l'intervention législative. Ainsi, la jurisprudence est créatrice de droit dans le domaine économique avant de se voir fréquemment codifiée par les normes légales.

495. Cependant, la qualification du contrat de financement, que ce soit *sui generis* ou autre, suppose une double démarche. D'une part, déterminer d'une manière abstraite les éléments juridiques caractéristiques d'un type de contrat, e.g. la vente par le prix et le transfert de propriété. D'autre part, relever concrètement dans le contrat conclu par les parties les circonstances de fait qui correspondent à ces éléments de droit.⁷⁰⁶

496. La raison pour laquelle cet exercice est essentiel est bien le besoin de classier le contrat de

⁷⁰⁰ V. déjà, *Les nouvelles techniques contractuelles, Actualités du droit de l'entreprise*, Centre de droit de l'entreprise, Montpellier, 1970, Litec, 1971; J.-M. Leloup, «Les contrats commerciaux», in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1985, 167 s.

⁷⁰¹ Contrat par lequel une entreprise assure la direction des travaux sans y participer.

⁷⁰² D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innomé*, th. Lyon, 1982, ronéo et son article au *D.* 2000, chron. 331, «Nouveau regard sur la vivacité de l'innomé en matière contractuelle»; J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

⁷⁰³ *Infra*.

⁷⁰⁴ *Id.* affaire *Veolia Propreté*.

⁷⁰⁵ *Id.*

⁷⁰⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, p. 22.

financement indépendamment des contrats spéciaux ou sa juxtaposition à un autre contrat, *inter alia* contrats « greffés ». Quelquefois, de nouveaux contrats, sans être réglementés par la loi, se sont greffés sur des contrats anciens dont ils empruntent plus ou moins le régime. Ainsi, le contrat de déménagement s'est « accroché » au contrat de transport qui, lui-même, bien que réglementé, s'était déjà accroché au contrat d'entreprise (C. consom. art. L. 224-63 et s.). Le contrat d'hôtellerie est un autre exemple de contrat inventé par la pratique qui se greffe sur des contrats anciens:⁷⁰⁷ ce contrat complexe comporte deux obligations essentielles, à savoir l'hébergement du voyageur (lui-même un mélange de bail et de contrat d'entreprise), et la réception et la garde des effets du client (contrat de dépôt), à quoi la convention des parties peut ajouter des obligations accessoires (restauration, usage du téléphone et de la télévision, blanchissage, *et cetera*) qui résultent de contrats d'entreprise. Pour complexe qu'il soit, le contrat d'hôtellerie peut lui-même être intégré dans le contrat d'entreprise. Dans la technique juridique, le plus souvent, on fait du nouveau en utilisant des anciens; on attache des créations à des institutions connues («du vin nouveau dans de vieilles outres»⁷⁰⁸).

497. Afin d'aborder la nature du contrat de financement, il importe au début d'analyser ses ressemblances (ou le manque de ressemblances) avec certains contrats nommés, tels que l'opération de crédit (sous-section 1), l'opération d'assurance (sous-section 2), le contrat de prêt (sous-section 3), le contrat de société en participation (sous-section 4), le contrat d'entreprise (sous-section 5), le contrat aléatoire (sous-section 6), le contrat complexe ou *suis generis* (sous-section 7). Cette section I se clôt avec l'identification des éléments du contrat de financement (sous-section 8).

Sous-section 1 : Opération de crédit-bail

498. Le crédit-bail est une convention complexe par laquelle un établissement financier loue un bien à une personne qui dispose d'une option à l'expiration d'une période irrévocable de location.⁷⁰⁹ Le crédit-bail n'est pas un louage de chose, comme le nom le suggère; il est un bail qui garantit un crédit, un emprunt que l'on essaye de rembourser grâce aux revenus de la chose qu'il a permis d'utiliser. Il est devenu un contrat original et très utilisé.

⁷⁰⁷ L. Moret, «Le contrat d'hôtellerie», *RTD civ.* 1973.667.

⁷⁰⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, p. 43.

⁷⁰⁹ *Id.*, p. 491.

499. Les opérations de crédit-bail ne peuvent être faites à titre habituel que par les établissements de crédit (*ib.*, art. L. 313-7 et s.). La Cour de cassation a frappé de nullité les actes conclus en méconnaissance de cette règle.⁷¹⁰
500. Juridiquement, le contrat est constitué par trois éléments principaux sans lesquels il n'y a pas de crédit-bail; un achat d'une chose, un louage de cette chose pour une durée déterminée⁷¹¹ et une promesse unilatérale de vente.⁷¹² S'y associe presque toujours un mandat par lequel la société de crédit-bail demande au crédit preneur d'acheter et de recevoir en son nom et pour son compte le bien qui lui sera loué.⁷¹³
501. Ce n'est pas, cependant, une vente à crédit, notamment parce que le locataire ne devient pas nécessairement propriétaire au terme du contrat et il bénéficie d'une option.⁷¹⁴ Ce n'est pas non plus un prêt d'argent,⁷¹⁵ garanti par une sûreté: l'utilisateur ne rembourse pas un prêt, mais paye des loyers, bien qu'ils aient un caractère financier, car ils sont calculés sur l'importance de l'investissement. Ce n'est pas non plus uniquement une promesse unilatérale de vente, puisque le contrat comporte une location. Aussi, la Cour de cassation ne l'a-t-elle pas soumis à l'article 1589-2 Code civil,⁷¹⁶ imposant des formalités à certaines promesses unilatérales de vente.⁷¹⁷ Ce n'est pas davantage un louage de choses,⁷¹⁸ d'abord pour une

⁷¹⁰ Cass. com., 19 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n°347; *Contrats, conc. Consum.* 1992, comm. n°27, obs. L. Leveneur: «l'interdiction pesant sur toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de crédit-bail protège, non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit, mais aussi celui des crédits-preneurs, et sont dès lors, recevables les actions engagées par eux et tendant à l'annulation des conventions conclues en infraction à la règle précitée».

⁷¹¹ Cass. com., 8 décembre 1987, *Bull. civ. IV*, n°167, *JCP G* 1988.II.21065: «Les parties à un crédit-bail ayant la possibilité de fixer librement la durée de la période de location à l'expiration de laquelle le preneur a la faculté d'exercer son option d'achat».

⁷¹² Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n°167; *Gaz. Pal.* 1989.II.817; *RTD com.* 1990.93, obs. B. Bouloc: «Vu l'article 1 de la loi du 2 juillet 1966, (auj. C. mon. fin., art. L. 313-7); pour être constitutifs des opérations de crédit-bail visées par (la loi précitée), les contrats de location doivent comporter de la part du bailleur une promesse unilatérale de vente donnant au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués».

⁷¹³ Exemple de Mandat: «Le locataire choisit seul la marque et le type des équipements et désigne le fournisseur de son choix. Il détermine avec ce fournisseur les spécifications techniques des équipements, fixe la date de livraison et éventuellement les modalités de mise en place et d'installation».

⁷¹⁴ Pour le rapprochement avec la vente comportant une réserve de propriété: J.-P. Chazal et Y. Reinhard, *RTD com.* 2002.932.

⁷¹⁵ Les dispositions sur l'usure ne s'appliquent pas au crédit-bail: Rouen, 3 juillet 1970, *D.* 1971.465, n. Dessens; *Rép. min. just.*, n°25822, *JOAN QR*, 29 novembre 1972, p.5370; *JCP G* 1973.IV.115.

⁷¹⁶ Cass. civ. 3e, 3 novembre 1981, *Sté Ranch de la Bravone*, *Bull. civ. III*, n°173; *D.* 1982, IR, 409, obs. M. Vasseur; *JCP G* 1982.II.19867; *RTD civ.* 1982.434, obs. Ph. Rémy; *Rev. loyers* 1982.75, obs. J. V.; *RDI* 1982.395, obs. Groslière et Jestaz; *CAJ civ.*, n°289-290, 1er arrêt: «Le contrat de crédit-bail immobilier est un contrat d'une nature complexe dans lequel la promesse de vente ne constitue qu'un élément d'une technique juridique permettant aux parties de réaliser une opération globale leur offrant des avantages réciproques».

⁷¹⁷ Ph. Malaurie et al., *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8e éd., 2016, n°115.

raison de principe symétrique, puisque le contrat doit comporter une promesse de vente pour constituer un crédit-bail.⁷¹⁹ En outre, la pratique écarte toutes les règles du bail.⁷²⁰ Enfin, il n'a pas tellement pour objet la jouissance de la chose que la constitution d'une sûreté et, dit la Cour de cassation de façon un peu abrupte, de "tendre" vers un transfert de propriété.⁷²¹ La jurisprudence en a tiré comme conséquence que le contrat était soustrait à la législation des baux, notamment celle des baux commerciaux et que ne s'appliquait pas le privilège du bailleur d'immeuble.⁷²² Néanmoins, elle ne s'interdit pas une application analogique, afin de compléter le statut spécial.⁷²³

502. Le crédit-bail est réglementé par certaines règles, telles que la nécessité d'agrément, règles prudentielles et de solvabilité et la prohibition de l'usure. Il suscite une jurisprudence abondante qui n'est pas toujours cohérente, sans doute parce que cette institution d'origine étrangère s'intègre mal dans l'ordre juridique français.⁷²⁴ Le crédit-bail est soumis aux articles L. 313-7 *et seq.* du Code monétaire et financier lorsqu'il porte soit sur un immeuble à usage professionnel, soit sur un bien d'équipement ou un matériel d'outillage, soit sur un fonds de commerce ou un établissement artisanal ou leurs éléments.⁷²⁵ L'article L. 313-1(1) du Code monétaire et financier définit toute opération de crédit-bail par la suite:

« Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel

⁷¹⁸ Comp. la jurisprudence des juridictions répressives: est coupable d'abus de confiance, en sa qualité de locataire, le crédit locataire qui, n'ayant pas réglé les loyers échus, ne peut restituer le bien d'équipement loué. Cass. crim., 22 novembre 1979, *Bull. crim.*, n°113; *D.* 1979, IR, 215, 1^{re} esp., obs. Puech.

⁷¹⁹ Cass. com., 14 avril 1972, *Bull. civ.* IV, n°105; *JCP G* 1972.II.17269, n. E. Alfandari; *RTD com.* 1973.327, obs. J. Hémar.

⁷²⁰ La convention met à la charge du locataire... réparations incombant normalement au propriétaire, ... la perte de la chose louée, même pour cause de force majeure, en stipulant que l'indemnité versée en cas de sinistre est déléguée au crédit-bailleur, ... la responsabilité tenant à la garde de la chose, ... les charges fiscales; le crédit-bailleur s'exonère de la garantie des vices cachés. V. Ph. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^e éd., 2016, n°814.

⁷²¹ Ph. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^e éd., 2016, n°814.

⁷²² Jurisprudence constante; e.g. Cass. civ. 3^e, 7 mai 1997, *Bull. civ.* III, n°99; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. n°144, obs. L. Leveneur.

⁷²³ Cass. civ. 3^e, 2 mars 2005, *Bull. civ.* III, n°55; *RDC* 2005.1087, obs. J.-B. Seube; *JCP G* 2006.II.10037, n. C. Hardouin Le Goff: «*Les art. L. 313-7 s. C. mon. fin. ne contenant pas de disposition spéciale sur les obligations du crédit-preneur quant à l'entretien de l'immeuble, il pouvait être fait application de l'art. 1732*».

⁷²⁴ Ph. Malaurie *et al.*, *Droits des contrats spéciaux*, 8^e éd., 2016, LGDJ, § 811. Le crédit-bail est parfois dénommé en anglais *leasing*, ce qui révèle son origine américaine. V. en ce sens, M. Giovanoli, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, th. Lausanne, Litec, 1980, préf. J. Hémar.

⁷²⁵ Daublon, «*Quelques remarques à propos du crédit-bail sur fonds de commerce*», *Deffrénois* 1986, art. 33718; la pratique a délaissé cette extension du crédit-bail.

qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».

503. Deux aspects de cette définition doivent être clarifiés. La *première* concerne le remboursement des fonds investis. Or, les dispositions de cet article ne contiennent pas une obligation de remboursement de ces fonds. Cela est également similaire à l'activité de financement où les fonds investis ne créent pas une exigence de remboursement en cas d'une décision non favorable à la partie financée. Ainsi, il est vrai que ce fond investi peut être considéré comme étant de nature spéculative,⁷²⁶ similaire à d'autres crédits aléatoires, selon lequel le tiers, en finançant le procès, accepte de lier le remboursement ou le service d'intérêts à un événement incertain.⁷²⁷
504. Le *deuxième* aspect de la définition dans l'article L. 313-1(1), concerne la prohibition de l'usure édictée dans l'article 1907 du Code civil : « (...) *l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas* ». En effet, la nature spéculative du contrat de financement lui permet d'échapper à la prohibition de l'usure, qui est maintenue en droit français lorsque le financement est accordé à un consommateur.⁷²⁸ Selon la réforme apportée par la loi du 31 décembre 1989, la définition de l'usure dépend désormais des seuls taux d'intérêts du marché.⁷²⁹
505. Toutefois, dans le contexte de déterminer si les règles sur la prohibition de l'usure s'appliquent au financement des procès, certaines jurisprudences aux États-Unis ont écarté la qualification d'activité de crédit faute de restitution des fonds investis.⁷³⁰ Pourtant, certains pourraient qualifier cet investissement comme étant un crédit non recouvrable (*non recourse*

⁷²⁶ Voir *id.*, Marina Teller et Hugo Barbier, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «Réglementation de l'activité de financier de contentieux»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 312.

⁷²⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*, Montchrestien, 9e éd., 2011, para 1332, p. 627. V. en ce sens, Cass. com. 4 Octobre 1977, *Bull. civ. IV*, n° 218, D. 1978, IR 168, obs. M. Vasseur où la stipulation d'un pourcentage sur les recettes d'un film a été accepté.

⁷²⁸ *Id.* Cass. com. 4 Octobre 1977, *Bull. civ. IV*, n° 218, D. 1978, IR 168, selon lequel la prohibition de l'usure est soustraite des crédits accordés aux entreprises.

⁷²⁹ Article L. 313-3 C. consom: «*Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier*». V. en ce sens, F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd. Dalloz 2011, para 827: «*Ces opérations sont définies tous les trimestres, par avis du ministère de l'économie des finances et de l'industrie*».

⁷³⁰ Voir e.g. *Dopp c/ Yari*, 927 F. Supp. 814 (D.N.J. 1996); *Id.*, *Kraft v. Mason*, 668 So. 2d 679 (Fla. Dist. Ct. App. 1996); *Nyquist c/ Nyquist*, 841 P.2d 515 (Mont. 1992); *Id.*, *Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. c/ Haskell*, 193 S.W.3d 87, 96 (Tex. Ct. App. 2006).

loan).⁷³¹ Cette approche est d'ailleurs en accord avec d'autres décisions qui adoptent la même qualification. Cela suscite ainsi la nécessité de respecter les règles sur l'usure.⁷³²

506. Ceci est vrai, puisqu'en termes juridiques, l'opération de crédit est une notion économique très large qui couvre plusieurs conventions variées, dont la convention courante de prêt fait partie.⁷³³ On peut dire ici que les opérations de crédit pourraient englober les actes de financement comme étant une opération obéissant à quelques règles communes applicables aux opérations de crédit en général.

507. Il en résulte que, si les règles concernant la prohibition de l'usure s'appliquent aux opérations de prêt, cela n'est pas forcément le cas pour le financement des procès qui fait partie d'un ensemble plus large d'opérations similaires aux opérations de crédit.

508. Mais admettre cette qualification d'opération de crédit sur le financement des procès, nécessite la reconnaissance que l'obligation de restitution, et non seulement le paiement des intérêts, puisse être subordonnée à un paramètre aléatoire, une approche qui, selon certains

⁷³¹ Voir *id.*, rapport de l'American Bar Association, *Commission on Ethics 20/20, Informational Report to the House of Delegates*, p. 12.

⁷³² *Lawsuit Financial, LLC c/ Curry*, 683 N.W.2d 233 (Mich. Ct. App. 2004); *Echeverria c/ Estate of Lindner*, No. 018666/2002, 2005 WL 1083704 (N.Y. Sup. Ct. Mar. 2, 2005). Le même contrat de financement en question dans *Echeverria*, a été ultérieurement déclaré valide dans une affaire intenté par le fournisseur de fonds, *Plaintiff Funding Corporation d/b/a LawCash c/ Echeverria*, No. 10140/2005 (N.Y. Sup. Ct. 2005). À Ohio, les cours inférieures dans la décision *Rancman* ont caractérisé le contrat de financement comme étant un prêt, mais la cour suprême de l'Ohio a invalidé le contract puisqu'il a violé les lois de l'État relié au champerty. Voir *id. Rancman c/ Interim Settlement Funding Corp.*, 789 N.E.2d 217 (Ohio 2003). Le législateur de l'État d'Ohio a ultérieurement invalidé la decision dans l'affaire *Rancman*, en permettant les transactions de la sorte dans la manière produite dans l'affaire. En Caroline du Nord, en dépit que le fournissement des fonds ne constitu pas un prêt, les Cours d'appels l'ont qualifié comme une 'avance' gouvernée par les dispositions statutaires de la Caroline du Nord sur l'usure, même si une avance ne constitu pas un prêt. *Odell c/ Legal Bucks, LLC*, 665 S.E.2d 767, 778 (N.C. Ct. App. 2008), cité dans *id.* rapport de l'American Bar Association, *Commission on Ethics 20/20*, p. 12.

⁷³³ Voir à titre d'exemple, les observations suivantes au groupe de travail de l'American Bar Association: (1) d'Augusta Capital, LLC Am. Bar Ass'n Working Group on Alternative Litig. Fin. 7 février 2011, «*The funding that Augusta Capital provides is entirely contingent - the lawyer is not obligated to repay any portion of the funding provided by Augusta Capital - nor to pay any fee to Augusta for the funding - for a particular case unless and until a recovery is made in that particular case*»; (2) observations d'Oasis Legal Finance, LLC to the Am. Bar Ass'n Working Group on Alternative Litig. Fin. 18 Janvier 2011, «*This product does not fall into a traditional 'loan product' category as it is non-recourse*». V. aussi, F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd. Dalloz 2011, para 827: «*[L]a notion d'opération de crédit [est] largement définie par les textes. Elle englobe certaines sûretés comme le cautionnement ou l'aval, des contrats originaux, tel que le crédit-bail, et des conventions courantes comme le prêt. (...) le prêt d'argent est une opération de crédit et sans doute l'opération de crédit la plus banale. Le prêteur avance de l'argent et espère, en retour, un avantage. Les opérations de crédits sont variées. Ses modalités sont pratiquement infinies, qu'il s'agisse d'opérations à court, à moyen ou à long terme, d'opérations en faveur d'agriculteurs, d'industriels, de commerçants ou de consommateurs, d'opérations hypothécaires, nanties ou simplement chirographaires, d'opérations affectées ou personnelles, d'opérations mobilières ou immobilières*».

observateurs, n'est pas souhaitable.⁷³⁴ De la même manière, ce qualificatif ouvre, dans certains systèmes, toute une série de règles que les financeurs devront satisfaire afin de pouvoir offrir leur service de financement. À titre d'exemple, le code monétaire et financier français interdit les opérations de crédit à toute personne, autre que les établissements de crédits effectuant des opérations de banques à titre habituel,⁷³⁵ sous peine de sanctions pénales⁷³⁶ et l'annulation par les tribunaux de l'opération conclue⁷³⁷ en infraction du monopole réservé aux banques. Cela n'est pas à dire que le monopole bancaire est absolu; en revanche, il devient moins contraignant qu'il pouvait l'être naguère.⁷³⁸ Mais cela suscite toutefois la promulgation de certaines réglementations dans la juridiction concernée, ce qui pourrait compliquer l'opération de financement et entraver son développement.

509. Il est donc logique de conclure que le contrat de financement ne peut être subordonné à une opération de crédit, en dépit que l'élément d'argent représente un dénominateur commun des deux contrats. La restitution est essentielle dans le premier contrat si l'option n'est pas exercée à l'expiration de la location, ce qui ne peut être imposé dans le contrat de financement où le financeur ne s'engage pas à restituer l'argent où à accepter une location quelconque. L'argent, objet du financement, n'est là que pour couvrir les coûts du procès. Il est nécessaire, à cet égard, de déterminer les éléments du contrat d'assurance, qui partage une ressemblance particulière avec le financement des procès.

Sous-section 2: Opération d'assurance

510. Une autre qualification possible de l'activité de financement est l'opération d'assurance. Elle nécessite l'application des différentes règles régissant le marché des assurances, telles que celles relatives aux conflits d'intérêts. Une définition applicable à l'assurance, mais qui n'est

⁷³⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9e éd. 2011, n° 69-2, p. 58 et s.

⁷³⁵ Article L. 511-5, C. mon. fin.: «Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel».

⁷³⁶ Article L. 571-3, C. mon. fin.: «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 euros d'amende».

⁷³⁷ V. id. F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd. Dalloz 2011, para 826: «Bien que la loi ne le dise pas, l'opération de banque elle-même conclue en infraction du monopole pourrait être annulée si les tribunaux considéraient qu'elle émane d'une personne sans qualité». Toutefois, la méconnaissance de l'établissement de crédit de l'exigence d'agrément n'entraîne pas la nullité des opérations qu'il a conclus, voir Ass. plén. 4 mars 2005, D. 2005. 836 et 785, note B. Sousi-Roubi; D. 2006. pan. 156, obs. Synvet; JCP 2005. II. 10062, concl. de Gouttes.

⁷³⁸ Id. F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd. Dalloz 2011, para 826.

d'ailleurs pas la seule envisageable en ce qui concerne les opérations d'assurance,⁷³⁹ est l'assurance de protection juridique telle que définie par l'article L. 127-1 du Code des assurances: «*Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi*».⁷⁴⁰

511. L'assurance de protection juridique est devenue une alternative à l'aide juridictionnelle. Cette forme d'assurance remplit la même fonction du financement des procès, qu'est l'accès à la justice. Mais la ressemblance s'arrête là: on ne parle pas de prime d'assurance dans l'investissement dans les procès. Le recouvrement du financeur investisseur est conditionné par la réussite de la procédure alors qu'une prime d'assurance doit toujours être versée à l'assureur selon les dispositions de l'article L. 113-2 du Code des assurances,⁷⁴¹ indépendamment du fait qu'elle soit payée *in fine*⁷⁴² ou aux époques durant l'exécution du contrat. De plus, excepté l'assurance prospection, la prime dans les contrats d'assurance n'est pas proportionnelle aux profits collectés, mais dépend du montant préalablement convenu. Il est par conséquent souhaitable d'écarter la qualification d'assurance des contrats de financement. À cela s'ajoute un troisième type de contrat, le contrat de prêt, comme potentiel candidat pour qualifier le contrat de financement en tant que tel.

⁷³⁹ V. *supra*, première partie, sur les assurances comme moyen de financement.

⁷⁴⁰ La division doctrinale et jurisprudentielle sur le sujet de savoir si l'assurance protection juridique constitue une véritable assurance a été finalement confirmée par le législateur, ce qui rend sa comparaison avec l'opération de financement non équivoque. Voir *id.*, Marina Teller et Hugo Barbier, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers* - «Réglementation de l'activité de financeur de contentieux», éditions Panthéon-Assas, 2012, para 318.

⁷⁴¹ V. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 13e éd., 2011, para 464, p. 352, «*La prime est une obligation fondamentale dans le contrat synallagmatique d'assurance puisqu'elle est la cause de l'obligation de garantie qui pèse sur l'assureur*».

⁷⁴² Semblable à l'assurance dite «prospection», gérée par COFACE, selon laquelle un investisseur reçoit une assurance contre l'échec commercial émanant de sa prospection des marchés à l'étranger contre un remboursement à la COFACE en fonction de l'évolution de votre chiffre d'affaires export.

Sous-section 3: Contrat de prêt

512. Le prêt⁷⁴³ est l'archétype des contrats de crédit. Il a été longtemps le plus classique des contrats réels, dont la notion est aujourd'hui en crise.⁷⁴⁴ Il est typiquement un contrat de restitution, puisque l'emprunteur doit rendre la chose à l'expiration du prêt. La restitution ne se fait pas de la même manière, selon qu'il s'agit du prêt à usage (§ 1), dit autrefois commodat,⁷⁴⁵ ou du prêt de la consommation (§ 2), parce que l'objet du prêt n'est pas le même.

§ 1. Prêt à usage

513. Aux termes de l'article 1875 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 pour le preneur de la rendre après s'en être servi* »; l'article 1876 c. civ. précise: « *ce prêt est essentiellement gratuit* ». La comparaison de ce prêt avec son jumeau, le prêt de consommation, permet d'en dégager la notion. Elle fait apparaître quatre différences. Les trois premières sont techniques: l'objet des prêts, la date de la restitution, l'existence ou l'absence d'un transfert de propriété; elles sont demeurées immuables. La quatrième, la plus importante, touche à l'esprit des deux contrats - la gratuité ou le profit; elle demeure, mais évolue.

- a. *Objet* - Le prêt à usage peut porter sur toute espèce de biens - meubles ou immeubles - s'ils ne sont pas consommibles, c'est-à-dire s'ils ne se consomment pas par le premier usage. Au contraire, le prêt de consommation, comme son nom le suggère, portent sur les choses de genre consommibles (et même non consommibles, si l'emprunteur a le droit de les consommer). La chose la plus consommible est l'argent: le prêt de consommation est alors un prêt d'argent.
- b. *Transfert de propriété* - Ce qui doit être restitué dans le prêt à usage est la chose (art. 1875 c. civ.), parce que l'emprunteur n'en a pas acquis la propriété (art. 1877 c. civ.). Comme son nom l'indique, le prêt à usage ne porte que sur l'usage de la chose; on parle maintenant de « mise à la disposition » de la chose (ce qui est conforme à

⁷⁴³ Du verbe latin *presto, are* = fournir, mettre à la disposition; d'où dérive aussi le mot prestation.

⁷⁴⁴ Ph. Malaurie et al., *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, § 848.

⁷⁴⁵ Le mot a été supprimé en 2009 par une loi dite "de simplification du droit".

l'étymologie du mot prêt). Il n'est pas translatif de propriété, ce qui produit la conséquence habituelle: la chose est au risque du propriétaire, c'est-à-dire du prêteur; si elle périt par cas fortuit sans que l'emprunteur ait commis de faute, celui-ci est libéré (art. 1881 c. civ.). Au contraire, dans le prêt de consommation, « *l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée* » (art. 1893 c. civ.), parce qu'il ne peut s'en servir sans la consommer. Le prêt de consommation est donc translatif de la propriété,⁷⁴⁶ avec la conséquence inverse: les risques de la perte fortuite sont à la charge de l'emprunteur: *genera non pereunt*, comme dans le dépôt irrégulier.

- c. *Date* - La date de restitution n'est pas fixée de la même manière dans les deux contrats. Dans le prêt de consommation, elle ne présente presque aucune particularité et relève de la force obligatoire des contrats;⁷⁴⁷ elle est au contraire altérée dans le prêt à usage.
- d. *Gratuité* - Le prêt à usage, au contraire du prêt de consommation, est essentiellement gratuit (art. 1876 c. civ.): ce caractère confère son esprit au contrat.⁷⁴⁸ À ce dernier égard une évolution apparaît. Selon l'analyse classique, le prêt à usage est un service d'ami. Comme le don manuel, il est fait dans l'intérêt du bénéficiaire de la remise (l'emprunteur ou le donataire). Mais, entre les deux contrats, la différence est évidente: l'emprunteur doit restituer, non le donataire, *inter alia* il doit se servir personnellement de la chose, ajoute la Cour de cassation.⁷⁴⁹ La gratuité permet également de distinguer le prêt à usage du prêt de consommation, souvent salarié, et de tracer la frontière entre le prêt à usage et le bail, toujours salarié. Le domaine du prêt à usage vraiment gratuit se trouve dans les cercles de familles et d'amitié: « Tu

⁷⁴⁶ Jugé que la remise de deniers par une entreprise à une autre entreprise qui est en relation d'affaires avec elle, afin qu'elle achète un matériel utile au développement de ses affaires, n'est pas un prêt à usage de ce matériel, mais un prêt d'argent sans intérêt: Cass. civ. 1re, 15 janvier 1976.

⁷⁴⁷ Article 1899 c. civ., v. toutefois art. 1900 c. civ.

⁷⁴⁸ Tenant la gratuité pour entièrement caractéristique du prêt, de sorte que par exemple, le prêt de consommation à intérêt devrait être disqualifié en bail de choses concombtables: G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, LGDJ, 2015.

⁷⁴⁹ Cass. civ. 1re, 3 novembre 1988, *Auger*, *Bull. civ.* I, n°300; *JCP G* 1989.II.21375, n. Th. Hassler; *JCP N* 1990.II.301; *Defrénois* 1989, art. 34482, n°32, p. 442, obs. G. Vermelle; *RTD civ.* 1989.570, obs. Ph. Rémy; en l'espèce, une épouse avait donné à son mari, par acte sous signature privée, la possibilité d'occuper gratuitement son appartement avec le droit de le sous-louer; elle en demanda ultérieurement la nullité, par application de l'article 931 imposant la forme notariée aux donations; la Cour d'appel s'y refusa «*parce que l'acte constituait, non une donation, mais un prêt à usage*». Cassation: «*Le prêt à usage ou commodat suppose que l'emprunteur doit se servir personnellement de la chose et la possibilité de sous-louer et de percevoir des loyers à cette occasion constituait au profit de M. Auger une donation éventuelle des fruits qu'il était susceptible de percevoir*».

me prêtes ton Code civil? ». Il constitue alors, le plus souvent, du non-droit:⁷⁵⁰ l'amitié n'apprécie pas les tribunaux. En outre, elle est un médiocre stimulant économique: la philanthropie n'est un moteur de la circulation des richesses, au contraire du prêt d'argent à intérêt, dont le rôle économique est primordial.⁷⁵¹ La renaissance du prêt à usage tient d'abord à une réaction contre le fisc,⁷⁵² qui maintient cependant dans le cercle de famille. Mais son domaine s'élargit, dépassant les relations d'amitié et de famille, pour s'étendre à des rapports d'affinité et même aux milieux d'affaires. Comme beaucoup de contrats traditionnels, il devient une technique juridique neutre qui, indifféremment, peut servir à des fins multiples.⁷⁵³ Le prêt à usage est devenu un instrument des relations d'affaires,⁷⁵⁴ son caractère gratuit se transforme et il n'est plus marqué par un élément amical ou une intention libérale, mais de manière purement négative, par l'absence de contrepartie. Dans les relations d'affaires, on ne devrait pas parler de prêt à usage,⁷⁵⁵ parce que le contrat n'y est pas vraiment gratuit: la mise de la chose à la disposition prétendument « gratuite » du cocontractant fait partie d'un ensemble contractuel qui constitue un contrat à titre onéreux.⁷⁵⁶ Il vaudrait mieux, dans ces hypothèses, parler de contrat innommé.

§ 2. Prêt à consommation

514. La nature du prêt de consommation est définie dans l'article 1892 c. civ., selon lequel *"le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses à omqui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité"*.

515. Le prêt à usage diffère du prêt de la consommation, en ce que l'emprunteur doit restituer en nature la chose même qui lui avait été prêtée et il est tenu d'une obligation de garde à cet

⁷⁵⁰ J. Carbonnier, n. *JCP G* 1967.II.15130.

⁷⁵¹ V. cependant en première partie le financement par un tiers dans un but philanthropique.

⁷⁵² L'impôt de solidarité sur la fortune est dû par le propriétaire ou l'usufruitier, non par l'emprunteur à usage ou le locataire. Lorsqu'un père de famille à une fortune qui dépasse le seuil imposable, parfois il donne une partie de ses biens à ses enfants, et s'en fait concéder la jouissance au moyen d'un prêt ou d'un bail à loyer symbolique. Sous l'empire de l'IGF (impôt sur les grandes fortunes), l'administration fiscale avait admis le procédé : *Rép. Min.* n°58011, *JOAN*, 1984.495.

⁷⁵³ Ph. Malaurie *et al.*, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, § 910.

⁷⁵⁴ C. Bénos, «L'altruisme dans le contrat de prêt à usage», *D.* 2013.2358; R. Fabre, «Le prêt à usage en matière commerciale», *RTD com.* 1977.193 ; C. Mauro, «Permanence et évolution du commodat», *Defrénois* 2000.1024.

⁷⁵⁵ *Contra*, Ph. Rémy, obs. *RTD civ.* 1984.121.

⁷⁵⁶ Exemple, lorsque la compagnie pétrolière met à la disposition « gratuite » du pompiste un local d'habitation et des instruments de travail, ce contrat est indivisible du contrat de fournitures.

égard (art. 1880 C. civ.). Dans le prêt à usage, la chose empruntée demeure la propriété du prêteur et c'est elle qui doit être rendue. Dans le prêt de la consommation, l'emprunteur doit rendre en équivalent, non la même chose, mais une quantité identique de choses de la même qualité que celles qui lui avaient été prêtées, même si elles ont changé de valeur, en baisse ou en hausse.⁷⁵⁷ L'illustration classique du prêt de consommation est le prêt d'argent à intérêt, qui est généralement l'œuvre d'un établissement de crédit.

516. Quoique un prêt à usage ou de consommation, le prêt oblige l'emprunteur à restituer en fin de contrat la chose qui leur avait été remise. La restitution représente l'élément *essentialia* qui distingue le contrat de prêt des autres formes de contrat et lui confère son identité. Si X et Y s'accordent que X va prêter à Y une somme d'argent que ce dernier devra restituer après un certain temps, l'*essentialia* du contrat de prêt est donc que les parties prêtent et restituent l'objet du contrat ou une quantité identique de la même qualité.

517. Alors que le contrat de financement des procès est plus proche du prêt à consommation que du prêt à usage, en ce que les sommes recouvrer par le financeur ne sont pas en nature comme dans ce dernier, cependant non seulement les sommes rendues ne présentent pas une restitution similaire et de même espèce et qualité que les sommes fournies par le tiers, mais l'obligation de restitution en général est inexistante dans l'opération de financement par les tiers, spécifiquement si la partie financée sort vaincue de l'arbitrage. Il n'y aura rien à restituer en ce qui concerne les coûts de l'arbitrage payés par le financeur. Le remboursement est donc subordonné à la réussite.⁷⁵⁸ Le contrat de prêt est donc inadapté à l'activité de financement dès lors que la restitution n'est pas l'*essentialia* dans ce type de contrat.

⁷⁵⁷ **Diminution de valeur:** Prêt de roubletsaristes qui, lors de l'échéance du remboursement, ne valaient plus rien: Req., 25 février 1929, *DH* 1929.161: «*Le prêteur n'a droit au remboursement de ces roubles que d'après leur valeur au jour où il a fait au débiteur sommation de les payer ; à ce jour, les roubles ayant perdu toute leur valeur, [...] la demande en remboursement est dénué de tout intérêt*». **Augmentation de valeur:** Cass. civ., 8 mai 1950, *Bull. civ.* I, n°111 ; *JCP G* 1950.II.5602, n. appr. Delaire ; *RTD civ.* 1950.376, obs. J. Carbonnier (prêt de valeurs mobilières): « *Le prêteur qui a remis à l'emprunteur des valeurs de bourse avec la charge pour celui-ci de rendre au terme convenu des titres de même nature et en nombre égal, a ainsi clairement manifesté sa volonté de remplacer la chose prêtée par autant de chose de même espèce et qualité, et non par des chose d'une valeur égal à celle qu'avaient les titres au jour du prêt; une telle stipulation est licite et ne peut être rendue caduque par une loi monétaire établissant le cours forcé*».

⁷⁵⁸ Il est à noter que la restitution n'était pas imposée dans le prêt à la grosse. Dans ce dernier (la grosse aventure maritime) qui remonte à la Grèce et à Rome, une somme d'argent était prêtée à un emprunteur pour financer une expédition maritime; en cas d'échec, aucun remboursement n'était dû; en cas d donc e réussite, la somme prêtée devrait être restituée et l'intérêt dû était considérable: le remboursement était subordonné à la réussite. C'était cependant un prêt, car le prêteur ne s'occupait pas de l'expédition maritime qui était l'affaire exclusive de l'emprunteur. La loi du 12 mai 2009 sur la simplification du droit l'a supprimé du Code Civil.

518. L'obligation de restitution dans le contrat de société en participation (sous-section 4), ne représente pas la même importance qu'elle a dans le prêt. Le critère permettant de distinguer le prêt de l'apport en société a évolué. Celui que retenait la doctrine classique tenait au risque de l'opération: « *le prêteur entend rester à l'abri des prêts possibles et stipule son remboursement quoi qu'il arrive. La nature du contrat ne change pas si le prêteur stipule une participation dans les bénéfices, dans la direction de l'affaire ou des avantages divers* ». ⁷⁵⁹ Au contraire, comme le financeur, l'associé prend les risques et les profits de la société en participation. ⁷⁶⁰

Sous-section 4: Contrat de société en participation

519. Cette forme de contrat implique que le financement du procès peut être considéré comme étant une contribution, voire un apport en propriété à une société créée de fait dont le seul actif sera la créance litigieuse. ⁷⁶¹ La partie financée fait un apport en nature en transférant à la société la créance, à laquelle sont attachés ses droits et intérêts. En revanche, l'investisseur fait un apport en numéraire en espérant un revenu de son placement, créant ainsi des parts sociales à chacun de ces actionnaires. L'absence d'une cession d'un droit litigieux au sens strict dans le cas du financement empêche toujours le retrait litigieux. ⁷⁶² D'ailleurs, la société en participation a de même été envisagée pour la créance indemnitaire, dont le transfert se fait avant toute demande judiciaire en réparation, « *ce qui prive [de sa part] le débiteur cédé du droit d'exercer le retrait* ». ⁷⁶³

⁷⁵⁹ Planiol et Ripert, t. IX, par R. Savatier, n°1139. Req. 10 juillet 1905, *DP* 1906.I.191.

⁷⁶⁰ Cette analyse ne rend pas compte de certains contrats qui réalisent une association entre le prêteur et l'emprunteur et demeurent des prêts, bien qu'ils aillent plus loin que le prêt avec participation aux bénéfices, en faisant courir au prêteur le risque de perte. Le véritable critère est ailleurs: l'immixtion; si le prétendu prêteur peut s'ingérer dans les affaires de l'emprunteur pour les codiriger, il y a société (A. Viandier, La notion d'associé, th. Paris II, LGDJ, 1978, préf. Fr. Terré, n°176), sinon il y a prêt (P.-Y. Gautier, obs. *RTD civ.* 1994.881. La discussion intéresse surtout la différence entre le prêt participatif et la société en participation. Voir, G. Ripert, "Prêt avec participation aux bénéfices et association en participation", *Ann. dr. com.* 1905.53; Paris 21 février 1986, *D.* 1986.548, obs. J. Honorat; *Defrénois* 1986, art. 33813, n°5, p. 1349, m. n.

⁷⁶¹ Voir *id.* Marina Teller et Hugo Barbier, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «Réglementation de l'activité de financeur de contentieux»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 319. *Id.*, G. Affaki, «A financing is a financing is a financing...», *Third-party funding in international arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 1, p. 11, «*Their investment might also take the form of an equity stake in a special purpose vehicle (SPV) that will bring the claim before the court*».

⁷⁶² Cf. Xavier Lagarde, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 158, «*Le modèle de la société en participation ne paraît pas très bon non plus, parce qu'il n'y aura pas de cession au sens strict, même si, malgré tout, il peut y avoir apport de la créance litigieuse à la société en participation. Je crains qu'on puisse transposer le mécanisme du retrait à celui de l'apport, même si ce n'est pas totalement une cession*».

⁷⁶³ *Id.* Andrea Pinna, «la mobilisation de la créance indemnitaire», *RTD civ.* 2008, p. 229, para 18.

520. Il est à noter, dans ce contexte, que l'actif que la partie financée mobilise à la société en question est la créance, et non pas l'action en justice « *[qui] ne peut faire l'objet d'un apport en jouissance rémunéré par l'attribution de droits sociaux* ». ⁷⁶⁴ En effet, la conduite d'un procès est accompagnée par des contraintes financières et administratives et ne constitue pas une "valeur" en tant que telle au sens de l'apport en société. Le procès ne peut donc être transmis à titre principal et particulier, ⁷⁶⁵ contrairement à la créance litigieuse qui peut être l'objet d'une obligation susceptible d'être mis en société. ⁷⁶⁶

521. Certains peuvent considérer que la créance que la partie financée réclame n'est pas encore reconnue en justice et, de fait, risque de qualifier l'apport de fictif. En fait, la cession d'une créance *soi-disant* inexistante n'est pas nulle selon les dispositions de l'article 1693 du Code civil qui, tout simplement, exige du créancier de fournir une garantie de l'existence de la créance au temps du transport. ⁷⁶⁷ Toutefois, selon la jurisprudence existante, ⁷⁶⁸ cette garantie n'est pas d'ordre public et la stipulation dans l'acte d'apport en société d'une créance litigieuse que l'apporteur ne garantira pas l'existence de la créance est donc possible. ⁷⁶⁹ D'autre part, la valeur économique de cette créance non encore reconnue en justice sera celle qui est attribuée par le public ou appréciée par le commissaire aux apports. ⁷⁷⁰ En ce qui concerne l'objet social de la société, celui-ci se définit tout simplement par le recouvrement de la créance litigieuse et s'achève en menant le procès arbitral jusqu'au service de la sentence par les arbitres, après quoi la société prend fin sans effet rétroactif ⁷⁷¹ et indépendamment du résultat de la sentence,

⁷⁶⁴ Com. 31 mai 2005, n°02-18547, Bull. civ. IV, n° 124; D. 2005. 1699, obs. A. Lienhard; Rev. Sociétés, 2006. 114, note B. Dondero; Bull. Joly 2006. 77, note P. Scholer. Cf., *id.* Marina Teller et Hugo Barbier, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «Réglementation de l'activité de financier de contentieux»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 312, concernant la doctrine et la jurisprudence allemande qui analyse le financement sur un modèle similaire à une société en participation. V. en ce sens, M. Coester, D. Nitzsche, *Alternative ways to finance a lawsuit in Germany*, C.J.Q. 24 Janvier 2005, 83-102.

⁷⁶⁵ *Ibid.* B. Dondero. Voir aussi d. Marina Teller et Hugo Barbier, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «Réglementation de l'activité de financier de contentieux»*, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 319, «(...) [L'action en justice] peut être transmise à titre principal et universel lors d'une succession ou fusion. Toutefois, permettre sa transmission à titre principal et particulier n'est certainement pas une solution souhaitable (...). C'est parce que l'action en justice n'est pas un bien disponible que pas plus qu'elle ne peut être vendue elle ne peut être apportée», sauf à ressusciter les 'odieux acheteurs de procès', Œuvres de Pothier, par M. Dupin, Béchet Aîné, 1824, t. 2, *Traité du contrat de vente*, p. 264.

⁷⁶⁶ Y. Chaput, *Droit des sociétés*, Puf, 1993, para 140, «en principe, tout bien ou tout droit qui peut être l'objet d'une obligation est susceptible d'être mis en société, si du moins une valeur économique peut lui être attribuée».

⁷⁶⁷ Article 1693 C. Civil: «Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie». V. civ. 10 février 1857 : DP 1857. 1. 87.

⁷⁶⁸ Cass., req. 17 nov. 1875, S. 1876. 1. 33 ; Cass., req. 4 juillet 1905, DP 1910. 1. 222.

⁷⁶⁹ *Id.*, A. Pinna, «la mobilisation de la créance indemnitaire», RTD civ. 2008, p. 229, para 26 et 41.

⁷⁷⁰ *Ibid.* A. Pinna, «la mobilisation de la créance indemnitaire», RTD civ. 2008, p. 229, para 41.

⁷⁷¹ Article 1844-15 Code Civil: «Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat».

qu'elle reconnaisse ou non la créance.⁷⁷²

522. Certains observateurs avancent un problème associé à l'admission de cette qualification pour le financement, en ce que l'une des conditions de la validité de cette société réside dans la participation des deux associés aux pertes et aux bénéfices de la société. Cela n'est nullement le cas pour le demandeur, qui n'assume aucun risque financier en cas de non-reconnaissance de ses droits par le tribunal arbitral.⁷⁷³ Ce raisonnement n'est pas entièrement valide puisque, nonobstant le fait que la partie financée ne participe pas à ses coûts directs au procès arbitral, le financement de son procès par un tiers ne couvre pas ses coûts privés et indirects, tels que le temps et les efforts sacrifiés par le demandeur dans la gestion du procès, qui pourraient autrement être investis pour le développement de ses affaires.⁷⁷⁴
523. De plus, à moins que l'implication du tiers financeur dans la procédure arbitrale suscite son engagement préalable à respecter une sentence sur les coûts du procès,⁷⁷⁵ la partie financée demeure obligé d'assumer les coûts de la partie adverse en cas de perte du procès. On peut ainsi considérer que les deux parties à la société en participation participent aux pertes et aux bénéfices émanant du résultat du procès.
524. À cela, il faut ajouter que l'immixtion du financeur dans la gestion de la procédure arbitrale et les demandes en justice détériore sa relation contractuelle avec la partie financée dans une société créée de fait, avec toutes les conséquences relatives aux régimes des sociétés en participation.⁷⁷⁶ Toutefois, cette caractérisation de l'immixtion dans la procédure arbitrale est limitée au financeur actif et n'est donc pas exhaustive pour satisfaire tous les aspects de

⁷⁷² Voir l'article 1844-7 Code Civil: «(...) *La société prend fin: (...); 2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet; (...)*».

⁷⁷³ *Id.* Maximin de Fontmichel, *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle»*, éd. Panthéon-Assas, 2012, para 162.

⁷⁷⁴ *Id.* NAMIC Strategic Policy, «Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit», May 2011, p.4.

⁷⁷⁵ *V. infra*, para 613 *et seq.*, sur l'extension de l'arbitrage et du pouvoir des arbitres sur les tiers.

⁷⁷⁶ Voir les dispositions de l'article 1872(1) du Code Civil: «*Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (alinéas 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre Ier du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX bis du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision*». *Id.* Financement du procès par les tiers, «Le Club des Juristes», rapport de la Commission, Juin 2014.

l'opération de financement. Si la majorité des financeurs adopte un rôle passif au procès, ces derniers ne peuvent être considérés comme autorisés à disposer la volonté commune de s'associer *affectio societatis* avec la partie financée, preuve que la qualification sociétaire devrait être exclue dans la majorité des cas.

525. Ainsi, si le contrat de financement contient plusieurs éléments en commun avec le contrat de société, ce dernier n'est pas suffisant pour qualifier chaque opération de financement comme étant un apport en société. Une autre similarité que le financement partage avec certains contrats nommés est le contrat d'entreprise, dont les prestations que le financeur assume dans son rôle sont commun et présentent un élément essentiel dans ce type de contrat.

Sous-section 5 : Contrat d'entreprise

526. Le contrat d'entreprise a été réglementé d'une manière sommaire par le législateur français,⁷⁷⁷ laissant la porte ouverte à la jurisprudence qui a précisé, non d'une manière inconsistante, les contours du régime de ce contrat. Le contrat d'entreprise⁷⁷⁸ est un contrat qui recouvre des espèces hétérogènes. C'est l'ancien « louage d'ouvrage » tel que le qualifie encore le Code civil (art. 1779 *et seq.*), dont il est la version moderne et diversifiée. Certes, la qualification de contrat d'entreprise est plus difficile à déterminer du fait que les parties contractantes emploient rarement ce qualificatif.⁷⁷⁹ Il est aussi un contrat de « prestation de services », selon la nouvelle terminologie du Code civil. Cette prestation est à la charge de l'entrepreneur et en est l'élément caractéristique, assurant le critère de distinction avec les contrats voisins.⁷⁸⁰ Le contrat d'entreprise a pour objet des services appliqués à une chose (i) matérielle, se rapprochant ainsi de la vente, ou (ii) immatérielle, se rapprochant ainsi du mandat.⁷⁸¹ Dans les deux cas, le contrat est conclu dans l'intérêt du maître de l'ouvrage. C'est un mandat de service, marqué par l'altruisme:

⁷⁷⁷ Articles 1787 à 1799-1 C. Civ., treize au total, contre plus d'une centaine pour la vente et une soixantaine pour le bail.

⁷⁷⁸ Le mot d'entreprise a en droit plusieurs sens: soit le contrat du même nom, soit un établissement commercial ou industriel, soit la communauté de travail constituée par l'employeur et ses salariés (le comité d'entreprise), soit toute activité. Fr. Labarthe et C. Noblot, *Traité du contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008.

⁷⁷⁹ Indépendamment du fait que la qualification donnée par les parties ne commande pas le Juge, qui reste libre dans sa qualification de toute transaction selon le contexte en question.

⁷⁸⁰ *Id.* A. Bénabent, *Droit Civil – Les contrats civils spéciaux et commerciaux*, 9^e éd., 2011 Montchrestien, Lextenso, para 721.

⁷⁸¹ P. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2016, § 700.

- i. D'une part, il y a toute une catégorie de contrats d'entreprise qui a pour objet une chose **matérielle**, que le Code civil régit sous le nom de devis et marchés (art. 1787 *et seq.*), ce qui embrasse tous les contrats ayant pour objet la fabrication (par exemple, la construction), la transformation ou l'entretien d'une chose. Cette dernière activité a pris une importance considérable, avec le recul du travail domestique. Ce sont des entreprises spécialisées qui assurent toutes sortes de travaux et l'ensemble des services, utiles aux particuliers et aux professionnels.⁷⁸²
- ii. D'autre part, il existe de nombreux contrats d'entreprise ayant un objet **immatériel**, par exemple, ceux qui pratiquent les médecins, les avocats, les agences de voyages, les conseils (juridiques, fiscaux, en organisation), les organisations de spectacles, les professeurs,⁷⁸³ *et cetera*.

527. Le contrat d'entreprise devient ainsi la « bonne à tout faire » des contrats spéciaux. Ce qu'est aussi le mandat. Toute activité dans l'intérêt d'autrui (ou presque) devient entreprise, si elle n'est pas un mandat.⁷⁸⁴

528. Dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre (le maître de l'ouvrage), sans la représenter.⁷⁸⁵ L'obligation de payer le prix à laquelle est tenu le maître n'est pas caractéristique: d'une manière générale, une obligation monétaire ne permet pas de qualifier un contrat. Cependant, elle confère au contrat une nature nécessairement onéreuse, qui peut ainsi être présumée.⁷⁸⁶ Le contrat d'entreprise peut en effet être onéreux même si une

⁷⁸² B. Grelon, *Les entreprises de services*, th. Paris I, Economica, 1978.

⁷⁸³ V. P.-Y. Gautier, *RTD civ.* 2006.576; J. Carbonnier, n. *JCP G* 1951.II.6439, qui y voit plutôt, en raison de la particularité de son objet, un contrat innommé.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, P. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2016, § 700.

⁷⁸⁵ Cette définition est une production presque identique de celle que donne la Cour de cassation, e.g. Cass civ. 1^{re}, 19 février 1968, *Bull. civ.* I, n°69; *D.* 1968.393; *JCP G* 1968.II.15490; *RTD civ.* 1968.558, obs. G. Cornu: «le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage; il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation»; le mandat, au contraire, suppose que le mandataire ait le pouvoir de faire des actes juridiques et confère un pouvoir de représentation, *supra*, n°541. F. Leduc, «Deux contrats en quête d'identité, les avatars de la distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise», *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 595 *et seq.*

⁷⁸⁶ Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n°226; *D. Aff.* 1998.667: «le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune forme particulière et est présumé conclu à titre onéreux». En l'espèce, M. Mercier avait demandé des honoraires de maîtrise d'œuvre pour la construction d'une maison de Mme Bayer; la cour d'appel le débouta car «il invoque des travaux exécutés pour elle sur la base d'un devis qui n'est pas signé, sans établir qu'ils aient été convenus à titre onéreux et encore moins que le prix ait été précisé».

somme d'argent n'est pas due par le maître. Une similarité avec le contrat de financement s'identifie à ce niveau, puisque ce contrat est aussi convenu à titre onéreux et le paiement du financeur ne présente pas l'élément caractéristique du contrat, surtout quand le recouvrement est conditionné par le succès de la partie financée au procès.

529. Puisqu'il s'agit de compléter un travail, le contrat d'entreprise se distingue du mandat. Les intérêts de la distinction (§ 2) impliquent tout d'abord l'examen des éléments distinctifs de chacun de ces contrats (§ 1).

§ 1. Éléments distinctifs

530. **Acte « matériel » et « personnel »** - Le contrat d'entreprise et le mandat obligent l'un et l'autre à des services, mais leur objet respectif présente deux différences fondamentales. La difficulté apparaît lorsqu'une personne agit pour autrui. Est-ce un mandat ou un contrat d'entreprise ?

531. D'une part, le mandat a pour objet principal des actes juridiques.⁷⁸⁷ Le mandataire exerce sa volonté en accomplissant des actes juridiques, dans l'intérêt du mandant. Alors que le contrat d'entreprise est traditionnellement relatif à des actes matériels: par exemple, l'architecte conçoit une construction,⁷⁸⁸ *et cetera*. Le contrat de financement est dans ce cas similaire au contrat d'entreprise en ce que le financeur n'accomplit pas un acte juridique dans le financement du procès. Ces actes demeurent limités à l'avocat par sa représentation de la partie financée.

532. Mais depuis plus de cinquante ans, le contrat d'entreprise a subi une dématérialisation important.⁷⁸⁹ Selon le Code Napoléon, le louage d'ouvrage consistait uniquement en une prestation matérielle (construction et réparation d'un bâtiment: architecte et entrepreneur; réparation d'une automobile: garagiste). Aujourd'hui, il peut avoir pour objet une activité intellectuelle, sans être complètement soumis aux règles du contrat d'entreprise parce que ces

⁷⁸⁷ Cass. com., 8 juillet 2008, *Bull. civ. IV*, n°148; D. 2008.2140, n. X. Delpéch; *Contrats, conc. Consom.* 2008, comm. n°229, n. N. Mathey.

⁷⁸⁸ En principe, l'architecte est lié au maître de l'ouvrage par un contrat d'entreprise; il n'existe de mandat qui si une convention l'a prévue, pour un ou plusieurs actes juridiques: Cass. civ. 1^{re}, 21 janvier 1963, *Bull. civ. I*, n°41 ; *JCPG* 1963.II.13185, n. P.E.: «*il ne saurait être considéré comme un mandataire, à moins qu'il n'est été chargé par son client d'accomplir, au nom et pour le compte de celui-ci, certains actes juridiques, déterminés et nécessaires à l'exécution du mandat ainsi confié*».

⁷⁸⁹ P. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2016, § 709.

prestation se consomment par leur délivrance même.⁷⁹⁰

533. Dans les professions libérales, la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise est difficile pour deux raisons: la prestation due par un notaire, un avocat ou un architecte est aussi immatérielle que celle d'un mandataire. Ces professions reposent, comme le mandat, sur la confiance. En outre, le service dû par ces professionnels est souvent lié à un acte juridique: l'avocat ou le notaire donnent un conseil ou une consultation, avant de participer à la conclusion d'un acte; ce qui n'existe pas dans le contrat de financement. De son côté, le mandat professionnel implique l'exercice d'un devoir de conseil, qui s'ajoute à l'exécution de la mission. Il ne faut pas confondre le devoir d'un conseil dans le mandat avec l'audit juridique du financeur. Ce dernier acte n'est pas un service dédié à la partie financée et, de toute manière, le financeur n'est pas qualifié pour rendre ce genre de service. L'audit juridique est uniquement un processus interne du financeur afin de décider sur, premièrement, l'investissement en tant que tel et, deuxièmement, le montant de son investissement.
534. D'autre part, le mandataire représente son client: il est un intermédiaire.⁷⁹¹ Le service que le mandant attend du mandataire est de le faire entrer en relation avec d'autres personnes. Au contraire, l'entrepreneur (et le financeur) n'est pas un représentant: à la demande du client, il accomplit un travail dont il prend la responsabilité.
535. Un contrat complexe peut combiner le mandat et le contrat d'entreprise. Cette combinaison est susceptible de donner naissance à un contrat spécial: la qualification est alors *exclusive*, par exemple, le contrat de promotion immobilière. Elle peut aussi être *distributive*, par exemple, les contrats de pompes funèbres et, surtout, les contrats d'agences de voyages et de *sponsoring*, ou des avocats, ou des agents immobiliers, ou des banquiers.
536. Dans le contexte des contrats d'entreprise, figure aussi la gestion de patrimoine qui partage une ressemblance avec le contrat de financement en terme de prestation de services d'investissements. En effet, lorsqu'une personne confie à un prestataire de services d'investissements la gestion de son patrimoine (espèces, valeurs mobilières et produits financiers), la loi moderne énonce des règles très strictes: agrément de la société de

⁷⁹⁰ Médecin, ingénieur conseil, conseil juridique. V. Cass. civ. 3^e, 28 février 1984, *Bull. civ.* III, n°51 ; *Gaz. Pal.* 1984.II.628: «*Les travaux d'ordre intellectuel ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise*»; D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon 1982, ronéo, n°124. R. Savatier, «La vente de services», *D.* 1971, chron. 223, spéc. n°4.

⁷⁹¹ N. Disseaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007.

portefeuille par une autorité administrative, obligations de bonne conduite, assurance obligatoire, *et cetera*.⁷⁹² Le contrat est conclu par écrit.⁷⁹³ il est *intuitu personae*. Sa nature est mixte, car il comporte aussi un mandat. Il doit préciser la nature des opérations confiées au prestataire.⁷⁹⁴ Celui-ci est tenu d'une obligation de diligence⁷⁹⁵ sans garantir de profits: l'opération est aléatoire.⁷⁹⁶ Il doit régulièrement informer le client par l'envoi de relevés d'opérations.

537. Le contrat de financement ressemble, sur ce point, au contrat d'entreprise en ce qu'il est aussi aléatoire, devrait préciser les plaintes financées, et le financeur exige un audit juridique similaire à l'obligation de diligence du prestataire, nonobstant que le financeur n'engage pas sa responsabilité s'il décide toute de même de ne pas effectuer son audit.⁷⁹⁷ Cependant, contrairement au contrat d'entreprise/mixte (gestion de patrimoine), le financeur n'est pas tenu d'un devoir de conseil tel que le prestataire, dont l'étendue de l'obligation dépend des connaissances boursières de son client.⁷⁹⁸ Aussi, alors que la partie financée, à travers son conseil, s'engage à informer le financeur des derniers développements, similairement au prestataire, la partie à laquelle incombe cette obligation d'information diffère selon que l'on est devant un contrat de financement ou d'entreprise: le client, dans le premier contrat, est la partie financée dont elle est tenue responsable d'informer le financeur, alors que, dans le contrat de gestion de patrimoine, c'est le prestataire, non le client, auquel incombe cette obligation.

⁷⁹² P. Malaurie *et al.*, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2016, § 710.

⁷⁹³ Seulement à titre de preuve: Cass. com., 26 février 2008, *Bull. civ. IV*, n°43 ; *D.* 2008.782, n. X. Delpech.

⁷⁹⁴ Paris, 24 octobre 1990, *D.* 1991.236, n. M. Storck.

⁷⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1977, *Bull. civ. I*, n°143; *D.* 1977, IR, 401, obs. M. Vasseur: la banque doit «apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectué les soins que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé». Ainsi, le gestionnaire engage-t-il sa responsabilité, en achetant des titres non cotés, difficiles à liquider: Paris, 1^{er} avril 1997, *D. Aff.* 1997.596; ou en confondant les intérêts de son client avec ceux d'un tiers: Cass. com., 27 mai 1997, *ib.*, p. 851.

⁷⁹⁶ Cass. com., 7 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n°243; *D. Aff.* 1997.1278: «après avoir relevé le caractère aléatoire que revêt nécessairement la recherche d'un acquéreur pour une importante quantité de titres, surtout lorsqu'il s'agit de titres à diffusion restreinte et à risque {...}, la société de bourse avait contracté une obligation qui n'était que de moyens».

⁷⁹⁷ L'audit juridique est dans l'intérêt non seulement du financeur mais aussi de la partie financée. Il est très probable que cet audit devient obligatoire au financeur afin de prévenir les plaintes infondées.

⁷⁹⁸ Cass. com., 8 juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n°118; *D.* 2003.2095, n. V. Avena-Robardet: «ayant relevé que M. Vantrou (le client de la banque) avait démontré par la teneur des courriers qu'il adressait à la banque, et notamment par une lettre dans laquelle il tenait les propos d'un «opérateur en bourse chevronné», qu'il était parfaitement averti des opérations qu'il pratiquait, la cour d'appel a pu décider que la banque n'était pas tenue de la mettre en garde contre les risques inhérents à ces opérations».

§ 2. Intérêts de la distinction entre contrat d'entreprise, mandat et contrat de financement

538. La différence la plus importante entre le contrat d'entreprise et le mandat tient au pouvoir de **représentation** conféré au mandataire qui engage le mandant, à la différence de l'entrepreneur qui ne lie pas par ses actes le maître de l'ouvrage. En outre, le maître n'a pas à **réparer** les dommages survenus à l'entrepreneur dans l'exécution des travaux; celui-ci en supporte donc les risques, au contraire du mandataire.
539. Similairement au contrat d'entreprise, il n'existe aucun pouvoir de représentation conféré aux parties du contrat de financement: la partie financée retient ses droits d'action et ne les intente pas au nom du financeur. De plus, ce dernier n'établit aucun rapport contractuel ou autre avec les autres parties au litige et demeure la plupart du temps occulté, excepté dans les cas où la révélation de l'existence d'un financement devient une obligation qui incombe à la partie financée.
540. Alors qu'il n'existe pas d'exemples jurisprudentiels confirmant l'existence d'une obligation de réparation des dommages survenus au financeur durant la procédure arbitrale, s'il s'avère que l'administration de la procédure arbitrale n'était pas efficace et est devenue onéreuse pour le financeur, on imagine que ce dernier devrait être admis à invoquer les sommes inutiles payées à la partie financée. Toutefois, l'exercice de ce droit pourrait s'avérer compliqué en ce qu'il interfère avec la bonne représentation judiciaire de la partie financée.
541. En effet, le financement par un tiers représente un amalgame complexe **d'obligations de faire et de donner** de la part de l'investisseur contre une rémunération de la part de la partie financée, exécutée en fonction de l'issue du procès. Cette dynamique est très proche du contrat d'entreprise qui contient des obligations de faire que contracte l'entrepreneur et consiste essentiellement dans l'exécution d'un travail spécifique.⁷⁹⁹ La Cour de cassation a

⁷⁹⁹ Le "travail spécifique" fut le critère que la cour de cassation a développé pour distinguer le contrat d'entreprise des autres qualifications contractuelles, telle que la vente. V. Civ. 3^e, 5 Février 1985, *Bull.* III, n°23, *D.* 1986.499 note J. Huet, *Rev. trim. Dr. civ.* 1985.737, obs. Rémy – Com., 4 Juillet 1989, *Bull.* IV, n°210; *D.* 1990.246, note Virassamy; *J.C.P.* 90.II.21515, note Dagorne Labbé; *Rev. dr. immob.* 1990.370, obs. Malinvaud et Boubli; *Rev. trim. dr. civ.* 1990.105, obs. Rémy – Civ. 3e, 19 Juin 1991, *Bull.* III, n°185 – Com., 5 février 1991, *Bull.* IV, n°53 – Civ. 3e, 30 Octobre 1991, *Bull.* III, n°257 – 3 juin 1992, *Bull.* III, n° 187 – Com., 3 janvier 1995, *Bull.* IV, n°2 – 17 mars 1998, *Bull.* IV, n° 104 – Civ. 3e, 9 juin 1999, *Bull.* III, n° 135 – Civ. 1re, 14 décembre 1999, *Bull.* I, n° 340 (pour l'installation de nouveaux moteurs sur un navire) – Civ. 3, 18 novembre 2009, *Bull.* III, n°252 (1^{er} moyen). V. aussi, *id.* F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et*

confirmé cette comparaison en exerçant son pouvoir spécial sur le contrat d'entreprise, par la réfaction de la rémunération de l'investisseur, quand l'aléa est jugé excessif au regard du service rendu.⁸⁰⁰ 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.⁸⁰¹ Or, la complexité des diligences accomplies par les financeurs empêche d'y voir, en principe, un service dérisoire.⁸⁰²

542. Cependant, l'obligation de donner n'est qu'un accessoire dans le contrat d'entreprise, dans lequel l'obligation principale demeure celle de faire ou ne pas faire. Cela empêche l'adoption de cette qualification pour le contrat de financement, dans lequel l'investisseur s'engage à verser le capital nécessaire pour couvrir les coûts de la procédure arbitrale, ce qui relève plutôt d'une obligation de donner qu'une obligation **de faire ou ne pas faire**.⁸⁰³

543. Ces deux contrats sont donc *a priori* bien distincts, puisque l'un (contrat de financement) porte essentiellement sur une chose (matérielle ou service intellectuelle) à livrer et l'autre (contrat d'entreprise) sur un travail à effectuer. En revanche, les deux contrats sont similaires lorsque l'investisseur est un tiers actif qui s'engage non seulement à rembourser le capital, mais aussi à gérer le procès, *e.g.* par la nomination des conseils et des arbitres, assurant ainsi une multitude de travaux spécifiques à partir desquels on peut être tenté d'y voir un contrat mixte.

544. Mais cela ne suffit pas, étant donné que la gestion du procès n'est pas en réalité une

commerciaux, 9^e éd. Dalloz 2011, para 698 : «*l'entrepreneur doit fournir un travail, mais un travail particulier qui requiert des qualités. L'ouvrage, c'est d'abord cela : c'est un métier, une technique, un esprit, un art, une compétence. C'est la main du maçon, la parole de l'avocat, la technique de l'expert-comptable ou de l'électricien. C'est donc faire, mais aussi savoir*».

⁸⁰⁰ *Supra*, note 236, Cass. 1^{er} ch. civile, arrêt n° 1144 du 23 novembre 2011 (10-16.770). Il est à noter que la jurisprudence a pendant longtemps respecté le principe de l'article 1134 du C. civil dans les contrats d'entreprise, mais elle a étendu la règle admise en matière de mandat à tous ces contrats donnant lieu aux honoraires, *v.* en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986, *Bull.* I, n°150 ; *J.C.P.* 87.II.20791, «*les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait*», note A. Viandier.

⁸⁰¹ TGI Paris 25 nov. 1999 (G. Bonnet, A. Le Tarnec, B. Phelip), *D.* 2003.Somm.2475, obs. Th. Clay. *Contra*, Paris 24 févr. 1984 (SEM), *Rev. arb.* 1985.178, obs. Th. Bernard.

⁸⁰² *Id.*, Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014.

⁸⁰³ *V.* en ce sens, *id.* A. Bénabent, *Droit Civil – Les contrats civils spéciaux et commerciaux*, 9e éd., 2011 Montchrestien, Lextenso, para 723, «*c'est surtout à l'obligation de donner que s'oppose la prestation caractéristique du contrat d'entreprise. C'est en quoi il se distingue des contrats dont l'objet principal porte sur une obligation de donner, distinction qui est cependant parfois difficile lorsque le contrat emporte une obligation qui est à la fois, et de façon liée, obligation de faire et de donner*». *Id.* *Colloque sur le financement des contentieux par un tiers – «Réglementation de l'activité de financier de contentieux*», Marina Teller et Hugo Barbier, éditions Panthéon-Assas, 2012, para 322.

obligation qui incombe au financeur, mais plutôt l'exercice de son 'droit' pour assurer l'efficacité de son investissement. Ajoutons que le contrat d'entreprise est présumé onéreux,⁸⁰⁴ puisqu'il engage le maître à rémunérer l'entrepreneur selon les dispositions de l'article 1710: « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». L'existence d'une rémunération constitue alors est un critère essentiel pour le contrat d'entreprise; autrement la convention s'analyse en un contrat de services gratuits.⁸⁰⁵ Or, le tiers financeur est bien conscient, lors de la conclusion du contrat de financement, qu'il ne sera rémunéré que lorsqu'une sentence contenant une valeur monétaire sera prononcée en faveur de la partie financée. L'absence d'obligation de rémunération dans le financement écarte ainsi la qualification du contrat d'entreprise.⁸⁰⁶ En pratique, il s'agit ici d'une convention d'assistance bénévole ou prêt d'assistance qui est la version gratuite du contrat d'entreprise.⁸⁰⁷ Une sixième catégorie de contrat porte une qualification, sinon applicable au contrat de financement ou n'est pas du même ordre, est très proche dans sa définition à ce dernier, c'est le contrat aléatoire.

Sous-section 6: Le contrat aléatoire

545. Le contrat aléatoire⁸⁰⁸ est une variété des contrats à titre onéreux qui s'oppose au contrat commutatif.⁸⁰⁹ Il est un contrat dont l'existence ou l'étendue de l'obligation incombant à l'une des parties dépend du hasard.⁸¹⁰ Chacun des contractants a une chance de gain et prend un risque de perte, chance et risque entre lesquels il y a réciprocité; le même événement détermine le gain de l'un et la perte de l'autre: le coup de dés dans le jeu, la durée de la vie humaine dans la rente viagère.

⁸⁰⁴ Cass. civ 3^e, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n°226 ; *D. Aff.* 1998.667.

⁸⁰⁵ *Id.* A. Bénabent, *Droit Civil – Les contrats civils spéciaux et commerciaux*, 9e éd., 2011 Montchrestien, Lextenso, para 748, « (...) l'élément nécessaire à la qualification de contrat d'entreprise réside dans un principe de rémunération ».

⁸⁰⁶ *Id.* Veolia Properté, « (...) Le caractère aléatoire de la rémunération [du financeur] s'oppose à la classification du financement du procès en tant que services ».

⁸⁰⁷ Voir R. Bout, *La convention dite « d'assistance »*, Mél P. Kayser, PUAM, 1979, t. 1. 157 – Hocquet-Berg, *Remarques sur la prétendue convention d'assistance*, *G.P.* 1996, Doct. 34 – Seriaux, *L'œuvre prétorienne in vivo: l'exemple de la convention d'assistance*, *Mélanges Cabrillac*, Litec 1999.299 et s.

⁸⁰⁸ Étymologie d'aléa: du latin *alea*, *ae* = coup de dés. A Morin, *Contributions à l'étude des contrats aléatoires*, th. Paris II, PU Clermont-Ferrand, 1998, préf. A. Ghozi; A. Bénabent, *La chance et le droit*, th. Paris II, LGDJ, 1973, préf. J. Carbonnier. M. Lagelée-Heymann, *Le contrat à forfait*, th. Paris I, 2014.

⁸⁰⁹ *Droit des obligations*, coll. Droit civil.

⁸¹⁰ *V. Code civ.* Article 1108, al. 2, ancien Article 1104.

546. Tout contrat dont l'exécution comporte une emprise sur l'avenir est toujours plus ou moins marqué d'aléa, parce que l'avenir est incertain. De même, dans la mesure où un contrat est dominé par la spéculation, il est plus ou moins marqué par d'aléa, parce que chaque partie court une chance de gain ou prend un risque de perte. Tel est l'aléa au sens commun du terme: la réalisation exacte du bénéfice attendu et du contrat est incertaine. De même, l'insertion d'une condition, résolutoire ou suspensive, crée une incertitude.
547. Mais ces incertitudes ne rejaillissent pas sur l'équilibre des prestations qu'ont voulu les parties. Au contraire, dans un contrat juridiquement aléatoire, les parties ont voulu qu'il y ait un gagnant et un perdant, en considération d'un événement futur et incertain. Il arrive aux tribunaux de confondre l'aléa et l'incertitude. Ainsi, en matière d'assurance vie fondée sur la capitalisation de la prime: aucune des parties n'est exposée à une perte, parce que l'assureur ne versera jamais que le produit du placement de la prime, que ce soit à l'assuré si celui-ci souhaite sortir du contrat, ou aux bénéficiaires qu'il a désignés, après sa mort; le montant exact du versement dépend de la durée de ce placement, laquelle peut être incertaine; mais l'équilibre du contrat n'en est pas affecté; la Cour de cassation décide cependant qu'il s'agit d'un contrat aléatoire.⁸¹¹
548. Le contrat aléatoire a donc, au sens technique de la notion, une signification précise: lors du contrat, la prestation d'au moins l'une des parties, dans son existence ou son étendue, dépend essentiellement du hasard.⁸¹² Aussi n'est-il pas rescindable pour lésion.⁸¹³ Sans doute aujourd'hui, le calcul des probabilités permet d'évaluer la chance. Mais cette évaluation ne vaut statistiquement que pour les grands nombres, non pour la prestation d'un contractant déterminé; pour les individus, la chance est toujours aléatoire. Ce qu'ont voulu les parties est un équilibre de la chance de gain et du risque de perte, et non des prestations elles-mêmes équilibrées; par hypothèse, l'une gagnera, l'autre perdra.
549. Dans le droit contemporain, le particularisme des contrats aléatoires est en recul. Ainsi, le jeu

⁸¹¹ Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, 4 arrêts, *Bull. civ. ch. mixte*, n°4; *Defrénois* 2005.607, obs. crit. J.-L. Aubert; *RDC* 2005.297, obs. (à la fois critiques et approbatives) A. Bénabent; *RTD civ.* 2005.434, obs. crit. M. Grimaldi; *GAJ civ.*, n°133; «Vu les articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 2° du Code des assurances; le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des textes susvisés et constitue un contrat d'assurance sur la vie».

⁸¹² M. Lagelée-Heymann, *Le contrat à forfait*, th. Paris I, 2014.

⁸¹³ Ph. Malaurie, *Droits des contrats spéciaux*, LGDJ, 8e éd., § 969.

ne paraît-il plus aussi immoral et n'est-il plus aussi souvent mis hors la loi.⁸¹⁴ De même, malgré les apparences, la vente moyennant rente viagère est devenue un contrat souvent commutatif, et même rescindable pour lésion. Les causes de cette transformation sont difficiles à discerner: la rationalisation croissante du droit et l'effort pour prévoir scientifiquement l'avenir? La perte du goût du risque? la transformation des mœurs et de la morale? Certes, tout cela. Ce qui est sûr c'est, selon l'expression d'un auteur, « *l'intégration du hasard dans le champ juridique* ». ⁸¹⁵ Mais l'aléa et l'irrationnel, tout en reculant, demeurent irréductibles.

550. Les dispositions de l'article 1964 du Code civil déterminent le contrat aléatoire comme étant « *une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain* ». ⁸¹⁶ La discordance entre cette définition et celle qui était adoptée par l'article 1104 Code civil avant la réforme du droit des contrats apportée par l'ordonnance n°2016-131, ⁸¹⁷ distinguant entre le contrat aléatoire et commutatif, a poussé certains observateurs à préféré la définition offerte par la Cour de cassation, statuant qu'un contrat est aléatoire « *lorsque l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat qu'il dépend d'un événement incertain* ». ⁸¹⁸ Cette définition semble adaptable au contrat de financement dont le résultat est soumis au hasard de l'événement incertain, qu'est l'éventualité de la collecte des montants prononcés contre la partie adverse.

551. Cette analyse est cohérente avec les conditions d'application du contrat aléatoire, tel que la *consistance* et la *fonction* de l'aléa pour les deux parties. En effet, aucune des parties au

⁸¹⁴ Ph. Malaurie, *Droits des contrats spéciaux*, LGDJ, 8e éd., § 979 à 981.

⁸¹⁵ A. Bénabent; *RTD civ.* 2005.434, obs. crit. M. Grimaldi.

⁸¹⁶ Tels sont le contrat d'assurance, le jeu et le pari et le contrat de rente viagère.

⁸¹⁷ Article 1104 C. civil: « *Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ». V. en ce sens, *id.* A. Bénabent, *Droit Civil – Les contrats civils spéciaux et commerciaux*, 9e éd., 2011 Montchrestien, Lextenso, para 1311, « *Il est classique en doctrine de relever une discordance entre les deux définitions données par le Code civil des contrats aléatoires aux articles 1104 et 1964, qui sont toutes les deux imparfaites: l'article 1104 laisse penser que chaque prestation (l'équivalent) consiste en une chance. (...) ce qui est soumis au hasard de l'événement incertain, ce n'est pas la prestation de chaque partie, mais le résultat du contrat. (...) l'article 1964 évite ce travers en se référant aux avantages et aux pertes, mais ne souligne pas que l'aléa doit être couru par toutes les parties à l'acte (...)* ».

⁸¹⁸ Com., 10 janvier 1960, S. 1961.42, note Auteserre.

contrat de financement est certaine où elle se trouve quant au résultat de l'opération,⁸¹⁹ *inter alia* l'impossibilité de prévoir une décision des arbitres en faveur de la partie financée. Ajoutons que cet événement incertain ne dépend pas de la volonté d'aucune des parties qui disposent, de fait, du même élément d'évaluation du risque, qui est les dispositions des lois concernées et les argumentations apportées par l'avocat en charge du procès arbitral.⁸²⁰

552. Même si le contrat aléatoire apparaît le plus proche des éléments formant le contrat de financement, ce dernier représente un amalgame d'éléments, associant des prestations diverses susceptibles de relever de contrats spéciaux dont le résultat final peut-être qualifié comme étant parfois *e.g.* aléatoire ou un contrat d'apport en société. Si le financeur se limite à un rôle strictement passif durant le déroulement de la procédure arbitrale, la composition de divers éléments juridiques correspondant à une variété de contrat spéciaux sert probablement à accorder à l'opération de financement la qualification d'un contrat hybride. La conclusion d'un tel contrat est valide selon le principe de la liberté contractuelle des parties *pacta sunt servanda*, dont la gestion est régie par le régime conçu par les parties. Puisque le financement des procès ne réfère à aucune catégorie particulière de contrat, il est logique de le comparer le contrat complexe ou *sui generis*.

Sous-section 7: Le contrat complexe et le contrat sui generis

553. Il est courant que, dans une même relation contractuelle, deux types disparates de contrats soient juxtaposés. La doctrine contemporaine distingue selon que cette juxtaposition constitue ou non un ensemble unitaire.⁸²¹ Dans le premier cas, on parle généralement de « contrat complexe », dans le second, de « groupes ou de chaînes de contrats ». La distinction s'impose, mais est difficile à appliquer, ce qui explique que la terminologie soit à la fois flottante et peu parlante.

⁸¹⁹ À titre de comparaison, le contrat d'assurance, lui aussi aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait qu'il est déjà réalisé, Civ. 1re, 4 novembre 2003: *Bull. civ. I, n°220*; *Gaz. Pal. 2004 1158, note Périer*; *RGDA 2004. 338, note Kullmann*.

⁸²⁰ Telle est la raison d'être de l'article 1597 C. civil interdisant l'acquisition de droits litigieux à tous les gens de justice exerçant leurs fonctions dans le ressort du tribunal compétent, en raison de leur influence sur l'issu du procès: «*Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts*».

⁸²¹ D. Grillet-Ponton, n°94.; B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, th. Montpellier, LGDJ, 1975, préf. J.-M. Mousseron; I. Najjar, «La notion d'ensemble contractuel», in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004.

554. Parfois l'ensemble contractuel constitue un tout, pour complexe qu'il soit, parce qu'il constitue une unité cohérente. Il y a, en ce sens, « contrat complexe » dans deux types d'hypothèses, dont le second est le plus important. Ou bien, il s'agit d'un « contrat frontière », parce qu'il est à la frontière de chacun des deux, qui rassemble deux contrats spéciaux différents; par exemple, la vente d'herbes est proche à la fois d'une vente et d'un bail à ferme.⁸²² Ou bien, il s'agit d'un mélange de plusieurs contrats spéciaux.⁸²³
555. En outre, les ensembles contractuels, parfois appelés groupes de contrats, associent plusieurs contrats distincts sans en faire, en principe, un contrat unique, e.g. le prêt associé à une vente, la fourniture d'un matériel financé par une location financière, *et cetera*. En ce sens, il n'existe pas de difficultés de qualification, la question différente est de savoir s'il y a divisibilité ou indivisibilité entre les contrats associés. Le principe est que chaque contrat est indépendant de l'autre,⁸²⁴ sauf s'il est prouvé que les deux contrats sont intimement liés et que l'existence de l'un est subordonnée à la réalisation de l'autre.⁸²⁵
556. C'est l'obligation caractéristique convenue par les parties qui permet de qualifier le contrat. Pour la déterminer, il ne faut pas, en général, prendre en considération l'obligation monétaire, qui n'est pas significative: un nombre de contrats à titre onéreux (vente, bail, assurance, contrat de transport, *et cetera*) oblige une des parties à payer une somme d'argent; ce n'est donc pas cette obligation qui permet de les différencier.⁸²⁶ Cependant, l'obligation monétaire exerce un rôle dans la qualification de manière négative et préalable, lorsqu'il s'agit d'un élément essentiel à l'existence d'un contrat donné, par exemple il n'y a pas de vente sans prix; or l'obligation de payer le prix constitue l'obligation monétaire par excellence. La démarche peut conduire ou bien à une qualification exclusive, lorsqu'il s'agit d'un contrat complexe, ou

⁸²² Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, n° 82.

⁸²³ A. Bénabent, «L'hybridation dans les contrats», *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 27; Fr. Labarthe, «Les conflits de qualification», *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539; ex. une promesse de vente contenue dans une transaction: Cass. Ass. plén., 24 février 2006, *Soparco*, *Bull. civ. Ass. plén.* n° 1;

⁸²⁴ Cass. civ. 1re, 28 octobre 2010, n° 09-68014, *Bull. civ. I*, n° 213; *JCPG* 2011, 303, n. C Aubert de Vincelles: «*la commune intention des parties avait été de rendre divisibles les deux conventions*» (contrat de prestation informatique et convention de financement l'accompagnant, la disparition du premier - faillite de prestataire - ne prive pas la seconde de cause); Cass. civ. 1re, 20 décembre 1994, *Defrénois* 1995, art. 36145, n° 102, obs. D. Mazeaud; n.p.B.: «*Le financement d'une acquisition immobilière, recherché par l'emprunteur, ne constitue pas, au sens de l'article 1131, la cause de son obligation de restituer*».

⁸²⁵ Cass. com., 25 octobre 2011, n° 10-23538, *Bull. civ. IV*, n° 173; *RTD civ.* 2012.113, obs. B. Fages et 128, obs. P. Y. Gautier; *Rev. sociétés* 2012. 25, n. Th. Massart; validité d'une transaction conclue entre le cédant du contrôle d'une société, celle-ci et le cessionnaire, «*situation d'interdépendance*», les concessions du cédant (abandon de sa créance de compte courant) bénéficient à la société cédée, mais aussi au cessionnaire, dont la renonciation à la garantie de passif est ainsi causée, puisqu'il en jouit de façon indirecte.

⁸²⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, p. 26.

une qualification distributive, lorsqu'il s'agit d'un groupe de contrats. Lorsque la qualification exclusive ou distributive échoue, on se trouve devant un contrat nouveau *sui generis*.

557. Lorsqu'un contrat est complexe, il n'a qu'une seule nature: la qualification est **exclusive**, le contrat prenant la nature que lui imprime son élément principal, *inter alia* soit il emprunte la nature juridique de sa principale composante, soit, plus rarement, il acquiert une nouvelle nature, distincte de ses composantes. Le contrat complexe a généralement la nature de son élément principal. Le juge applique la règle *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal).⁸²⁷ Par exemple, si un contrat mêle la vente et le bail en constituant surtout une vente, il sera entièrement soumis au régime de la vente, bien que teinté de bail. À l'inverse, entre la vente et l'entreprise, celle-ci constitue parfois l'essentiel (ainsi, beaucoup de contrats d'abonnements). Aussi, un contrat de déménagement est un contrat de transport lorsque l'essentiel de l'opération repose sur le déplacement; il est un contrat d'entreprise lorsque le montage et le démontage des meubles prennent le pas sur leur transfert d'un point à un autre.

558. Parfois, tout en étant exclusive, la qualification s'opère selon une méthode différente. On ne cherche pas l'élément principal du contrat complexe, car le contrat a une nature distincte de celle de ses composants: un contrat nouveau apparaît; d'abord, pendant un certain temps un contrat innomé typique, *sui generis*. Ultérieurement, il acquiert un nouveau nom et un statut original. Ainsi en est-il du crédit-bail, sans doute parce que la référence au bail était artificielle.⁸²⁸

559. La qualification **distributive** traduit la relativité du droit des contrats spéciaux, c'est-à-dire qu'elle combine les règles des différents contrats en cause en les appliquant dans des domaines séparés. La distribution entre deux natures juridiques différentes peut se faire de deux manières. Soit, à un même moment, chacun des éléments d'un contrat est soumis à une règle différente; ce « dépeçage » du contrat suppose que les parties où la loi l'aient voulu, par exemple un contrat peut être mêlé d'entreprise et de dépôt.⁸²⁹ Soit successivement, lorsque la

⁸²⁷ Fr. Labarthe, «Les conflits de qualification», *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539.

⁸²⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droits des contrats spéciaux*, 8e éd., 2016, LGDJ, n° 814.

⁸²⁹ Cass. civ. 1re, 3 juillet 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, n°169, n. L. Leveneur (entraînement et garde d'un cheval), «le contrat s'analysait pour partie en un contrat d'entreprise et pour partie en un contrat de dépôt salarié», de sorte que l'entraîneur est automatiquement responsable, en qualité de dépositaire, de l'accident de box survenu à l'animal. Ou encore, mélange de vente et d'entreprise: le vendeur promet de délivrer la chose vendue (vente) et d'exécuter un ouvrage pour le compte de l'acquéreur (entreprise); les obligations du vendeur relèvent de la vente, celles de l'entrepreneur-vendeur du contrat d'entreprise.

nature du contrat change en cours d'exécution; le régime du contrat dépend alors des moments de la vie contractuelle, par exemple la vente d'immeuble à construire relève du contrat d'entreprise et est régie par les règles de l'entreprise tant que la construction n'est pas achevée, puis de la vente.

560. Il arrive parfois que le particularisme du contrat est tel que, non seulement il n'entre dans aucune des qualifications des contrats nommés, mais il est complètement soustrait aux statuts des contrats spéciaux. Ainsi, la multipropriété d'un contrat *sui generis* n'aide pas à donner une qualification déterminée et que l'on sait que le contrat en cause n'est pas un contrat de vente ni un contrat de louage, ni un contrat de mandat, ni même un autre contrat nommé. Certains auteurs ne distinguent pas le contrat *sui generis* du contrat innommé.⁸³⁰

561. À l'inverse, selon un autre, le contrat *sui generis* serait presque un contrat nommé, sauf une différence spécifique.⁸³¹ La notion de contrat *sui generis* est donc relative: un contrat peut, à certains égards, être nommé, et, à d'autres, innommé. Ainsi peut être qualifiée de *sui generis* une convention qui, pourtant, est nommée, afin de la soustraire au statut spécial d'un contrat nommé auquel elle ressemble. Par exemple, le 'contrat préliminaire' à la vente d'immeuble à construire est prévu et organisé par la loi.⁸³² À cet égard, il est un contrat nommé. La question s'est posé de savoir s'il s'agissait d'une promesse unilatérale de vente, soumise à enregistrement dans les dix jours de son acceptation, à peine de nullité, lorsqu'elle est faite par acte sous seing privé (C. civ. Article 1589-2); pour écarter cette règle, la Cour de cassation a décidé que ce type particulier d'avant-contrat était une convention *sui generis*.⁸³³

562. La qualification de *sui generis* a pour effet de soustraire un contrat, dont la licéité est pourtant incertaine, au statut légal. Elle a aussi pour conséquence de renforcer l'efficacité de l'acte ou

⁸³⁰ D. Grillet-Ponton, th. préc.

⁸³¹ G. Cornu, RTD civ. 1976.160; ex.: TGI Paris, 25 février 1977, Gaz. Pal. 1977. II.478; RTD civ. 1977.789, obs. G. Cornu: le contrat conclu entre un frère des écoles chrétiennes et sa congrégation est un contrat *sui generis*, non un contrat de travail. V. également pour les relations entre un pasteur et son église: Douai, 30 mai 1984, JCPG 1986.II.20628, n. Th. Revet: «*la préparation du règne de Dieu sur la terre ne constitue pas, du fait de sa finalité spirituelle, une activité relevant du Code du travail, quelles que soient les modalités juridiques pratiques utilisées*»; l'arrêt a été maintenu par Cass. soc. 1988.375. De même, le contrat d'exclusivité conclu entre une clinique et un médecin n'est ni un mandat ni un contrat d'intérêt commun; dès lors la clinique peut librement résilier le contrat en respectant le délai de préavis: Cass. civ. 1re, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n°269.

⁸³² V. Article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation.

⁸³³ Cass. civ. 3^e, 27 Octobre 1975, Bull. civ. III, n°309 ; D. 1976.97, n. Frank; Defrénois 1976, art.31050, m. n.; RTD civ. 1976.363, obs. G. Cornu: «*Un tel contrat (sui generis) ne peut être identifié à la promesse unilatérale de vente acceptée, au sens de l'art. 1840 A, CGI (aujourd'hui art. 1589-2 C. civ.), dont les dispositions sont d'interprétations strictes*».

même de le rendre valable. Cela ne représente pas la raison pour laquelle le contrat de financement est effectivement un contrat *sui generis*.

563. Il peut être qualifié comme tel car, premièrement, il fait figure atypique et unique du contrat aléatoire.⁸³⁴ À cela s'ajoute le fait que le contrat de financement n'est pas un contrat innommé, on l'a vu, puisqu'il ne relève d'aucun contrat spécial en dépit des ressemblances qu'il partage e.g. avec les contrats de prêt ou d'entreprise. Deuxièmement, il contient des éléments qui ne s'attachent à aucun autre contrat spécial et qui servent donc à lui attribuer cette qualification.

Sous-section 8: Les éléments du contrat de financement: essentialia, naturalia et accidentalia

564. Devant ces diverses possibilités, il importe de savoir comment s'opère une qualification *sui generis* du contrat de financement. Celle-ci se fait avant tout en considération des éléments objectifs du contrat, de sa matière, de son objet prédominant, de ses éléments caractéristiques, de sa cause catégorique.⁸³⁵ Ces critères sont essentiellement juridiques et recourent largement ceux que l'on peut utiliser pour classer les principaux contrats. Mais il en est d'autres qui tiennent à la volonté (§ 1) et à la qualité des parties (§ 2), ainsi qu'à l'objet du contrat (§ 3) et de sa prestation caractéristique (§ 4).

§ 1. Volonté des parties

565. La volonté est la donnée élémentaire du contrat. Il appartient aux parties d'exprimer cette volonté et de dire ce qu'elles veulent. Mais la volonté ne permet pas de classer les contrats. Une classification ne peut se faire que sur des bases objectives, qu'à partir de critères invariables: la condition n'est pas remplie par la volonté ou les volontés individuelles.

566. Seulement, si la volonté des parties n'est pas un critère de classification, elle peut être un élément de qualification. En effet, l'article 12, alinéa 2 CPC donne la possibilité aux parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, de lier le juge

⁸³⁴ M. de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français», *Revue des Sociétés* 2012, spéciale, n° 9, p. 279.

⁸³⁵ Civ. 30 oct. 1945, préc. Sur la notion de cause catégorique, v. Marty, Raynaud et Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, 2e éd., n°203; J. Vignon-Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin; plus généralement, J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2007.

par leur qualification.⁸³⁶ Elles peuvent donc imposer au juge leur qualification, dans la mesure où elles en ont manifesté clairement l'intention et dans la mesure où leur accord n'est pas empreint d'une idée de fraude, ni contraire à l'ordre public.⁸³⁷ Cet accord sur la qualification est un contrat particulier que l'on peut concevoir lorsqu'un litige existe d'ores et déjà.

567. Ainsi, les parties à un contrat de financement ont la liberté de qualifier leur contrat *sui generis* et de lier le juge par cette qualification. Le manque de dispositions juridiques réglementant le financement des procès n'empêche pas les parties d'exprimer cette liberté, mais un juge est certes en mesure d'importer telles dispositions étrangères appartenant à d'autres contrats et de les appliquer, par analogie ou nécessité, au contrat de financement. On l'a vu, ce contrat a beaucoup de similarité avec d'autres contrats nommés et innommés et l'on trouve plusieurs de ces éléments caractéristiques dans les autres contrats spéciaux, sans pour autant appliquer les dispositions juridiques de ces derniers sur le contrat de financement. Si la volonté des parties joue un rôle dans la qualification d'un contrat, cependant leur qualité représente un critère de classification.

§ 2. Qualité des parties

568. Contrairement à la volonté, la qualité des parties n'a aucune valeur qualifiante. En revanche, elle pourrait fournir un critère de classification.⁸³⁸ En effet, l'évolution du droit positif conduit à opposer les contrats de consommation, conclus entre professionnels et consommateurs, et les contrats d'affaires, passés entre professionnels. Les consommateurs, c'est-à-dire les personnes qui contractent pour des besoins pouvant être considérés comme étranger à leur activité professionnelle,⁸³⁹ sont engagés dans de nombreux contrats. Mais qu'il s'agisse de

⁸³⁶ B. Mercadal, «Regards sur le droit des transports», *Mélanges Rodière*, 423, n° 10 s., faisant observer que la qualification voulue sera réputée contraire à l'ordre public lorsque la loi fixe impérativement la qualification ou lorsque celle-ci est une condition de l'existence d'une infraction pénale.

⁸³⁷ Miguet, «Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit», *Mélanges Hébraud*, 567; voir également, G. Wiederkehr, «Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires», *Mélanges Rieg*, 2000.883.

⁸³⁸ C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ, 2002, Bérard, *RTD com.* 2007.279; égal. M.-A. Andre, «L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels», *Mélanges Cabrillac*, 23. On relèvera aussi que certains contrats ne peuvent concerner que des personnes physiques (contrat de travail ; bail d'habitation dans une certaine mesure ; contrat de consommation; Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, *D. Affaires* 1997.954).

⁸³⁹ V. la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation définit le consommateur comme «toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale

ventes ou de prestations de services, de contrats individuels ou de contrats collectifs, tous ces actes sollicitent des problèmes similaires compte tenu du déséquilibre existant entre les parties. Les nombreuses mesures qui ne cessent d'être prises par les législateurs successifs visent toutes à informer et à protéger le consommateur. Ces textes forment l'armature juridique des contrats de consommation et contiennent des dispositions qui se ressemblent toutes: délai de réflexion, diverses obligations d'information, durée contenue et limitation des clauses de responsabilité ou de réparation.

569. Les contrats d'affaires relèvent d'une logique différente. Variés quant au fond (contrats de fourniture, contrats de construction, contrats de services) et quant à la forme (actes notariés, actes pré-rédigés, actes enregistrés), ils s'efforcent d'organiser des relations de la manière la plus sûre pour éviter les conflits et une trop grande emprise du fisc. Si importante soit-elle, cette distinction entre les contrats d'affaires et les contrats de consommation n'est pas encore assez nette pour pouvoir former l'ossature générale du contrat de financement. Ce dernier pouvant être en théorie conclu ou bien par un professionnel ou par un consommateur,⁸⁴⁰ alors que, dans la pratique, on envisage qu'il est exclusivement conclu avec des professionnels, et constitue donc un contrat d'affaire.⁸⁴¹ L'objet du contrat et la cause de l'obligation représente cependant un critère principalement juridique pour la classification de ce contrat.

§. 3 Objet du contrat et la cause de l'obligation

570. Aux côtés de la volonté et la qualité des parties, le critère juridique le plus sûr permettant de regrouper les contrats spéciaux réside dans l'objet du contrat.⁸⁴² Selon l'article 1108 du Code

ou libérale». Plus général, v. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PU, Aix, 2004, préf. Wiederkehr.

⁸⁴⁰ Il s'agit dans les deux cas de la partie financée. La majorité des procès financés comporte des merchants et non des consommateurs, vu que les financeurs s'intéressent souvent aux procès concernant des sommes considérables.

⁸⁴¹ V. *supra* sur le développement du financement dans le monde des affaires. Dans certains systèmes judiciaires, la qualité d'un consommateur dépende parfois de la somme consommée: plus la somme est élevée plus il ne s'agit pas d'un consommateur. V. K. Mechantaf, «Balancing Protection and Autonomy in Consumer Arbitrations: An International Perspective», *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, CI Arb, Sweet & Maxwell, Vol.78/3, 2012.

⁸⁴² A.-S. Lucas-Puguet, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ 2005, préf. M. Fabre-Magnan; comp. S. Aubert, *Essai sur le contrat spécial*, thèse, Tours, 1994, qui, en se fondant sur l'objet comme critère de classification, oppose le «contrat spécial comportant alternativement une obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire», le «contrat spécialisé dont le régime a été précisé compte tenu de la nature particulière de l'objet de la prestation» et le «contrat déspecialisé qui comporte plusieurs obligations caractéristiques indissociables pouvant se rapporter à plusieurs prestations». Puis, l'auteur s'en tient à la force obligatoire du contrat qui serait un principe de classification.

civil, il n'y a pas de convention valable sans « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ». La formule n'est guère précise. Vise-t-elle l'objet de l'obligation ou l'objet du contrat? Même si les articles que le Code civil consacre plus loin à l'objet⁸⁴³ peuvent entretenir le doute en stipulant indifféremment de l'un ou de l'autre, il est certain que le Code civil ne s'intéresse qu'à l'objet de l'obligation, lequel désigne ce à quoi le débiteur s'est engagé.⁸⁴⁴ À proprement parler, en effet, le contrat n'a pas d'objet: il n'a que des effets qui sont la création d'une ou plusieurs obligations. Ce sont ces obligations qui ont un objet et, dans les contrats synallagmatiques, celui-ci est généralement différent selon la partie du côté de laquelle on se place: dans un contrat de prestation de service, par exemple, l'objet de l'obligation du prestataire est la fourniture de service, l'objet de la prestation du client est le paiement du prix. Ainsi conçue, la théorie de l'objet permet d'appréhender la teneur, la réalité des obligations souscrites par les parties. Elle participe au contrôle des éléments objectifs qui constituent la base du contrat.

571. Cela n'empêche pas certains auteurs de considérer que tout contrat, en poursuivant une finalité, a lui aussi un objet qui lui est propre.⁸⁴⁵ On peut concevoir le concept de deux façons. L'objet du contrat peut être *d'abord* compris comme l'opération juridique envisagée par les parties.⁸⁴⁶ Cette opération s'ordonne autour de l'obligation principale du contrat, de son obligation fondamentale ou essentielle. L'objet du contrat désigne ici la prestation à propos de laquelle se noue l'accord de volontés, la prestation en l'absence de laquelle les parties n'auraient pas songé à conclure le contrat et qui absorbe l'utilité économique du contrat.⁸⁴⁷ Dans un contrat de dépôt, par exemple, l'objet du contrat se caractérise à travers l'obligation de surveillance ; c'est elle qui forme la matière de l'engagement contractuel. Ainsi, dans cette analyse brève, l'objet du contrat n'est autre que la prestation caractéristique du contrat.⁸⁴⁸ À

⁸⁴³ Articles 1126 à 1130.

⁸⁴⁴ B. Fages, *Droit des Obligations*, L.G.D.J. 3ème éd. 2011, § 149.

⁸⁴⁵ A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005.

⁸⁴⁶ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 2015, 10^e éd., § 28.

⁸⁴⁷ Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4^e éd., n° 244.

⁸⁴⁸ Sur cette notion qui connaît de nombreuses applications, en droit interne comme en droit international, v. Jestaz, «L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale», *Mélanges Raynaud*, 1985, 273 ; égal. *Les clauses allégeant des obligations dans les contrats*, thèse, Aix-Marseille, 1981, n°135 s.; X. Thunis, «Une notion fuyante : L'obligation essentielle du contrat», *Mélanges Fontaine*, 2004; R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin; N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2009; M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, thèse Paris I, 2000. *Economica*, 2002, préf. L. Aynès; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n°1036. En jurisprudence, v. not. Civ. 1^{re}, 5 nov. 1988, *D.* 1989. 349; 21 mai 1990, *Bull. civ. I*, n°114; 23 fév. 1994, *Bull. civ. I*, n°76; Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997. 121, note Sériaux. *Somm.* 175 et les obs.; Larroumet, *chron.* 195, (premier arrêt de la saga *Chronopost*); Cass. 19 juin 2010, *Faurecia*, *D.* 2010. 1707, obs. Delpéch, 1832, note D. Mazeaud.

la rigueur, l'idée, ici, peut être utile lorsqu'il s'agit de vérifier que la finalité poursuivie par le contrat respecte bien les droits fondamentaux, l'ordre public et les bonnes mœurs.

572. L'objet du contrat, c'est *ensuite* l'objet de la prestation contractuelle elle-même. C'est la chose sur laquelle porte l'obligation du vendeur. C'est le prix que s'oblige à payer l'acquéreur. Le niveau d'appréciation est plus bas, plus matérialiste, en un sens. Il conduit à mesurer les qualités d'un bien transmis ou d'un service rendu.⁸⁴⁹

573. La notion de prestation caractéristique est certainement déterminante pour qualifier les contrats. C'est elle qui catalyse les éléments objectifs du contrat et permet d'en fixer l'essence. Cette prestation varie selon les contrats en cause. Dans les contrats nommés, elle se déduit des textes et de leur interprétation jurisprudentielle. Dans les autres contrats, il faudra consulter la pratique, la volonté réelle des parties, le cadre qu'elles se sont donné pour préciser ce qui constitue le noyau dur de leur projet. La prestation caractéristique est également un critère de classement, dans la mesure où l'on peut établir une parenté entre les obligations essentielles des différents contrats.

574. La prestation caractéristique du contrat de financement est tout simplement les montants que le financeur fournit pour la partie financée pour payer les coûts de la procédure arbitrale. La cause de cette obligation est la collecte éventuelle par le financeur d'une part consentie des sommes recouvrées. La cause de l'obligation du financeur n'est pas l'obligation de la partie financée, puisque ce n'est pas une restitution des montants offerts par le financeur. Il en demeure donc que le recouvrement ne représente pas la prestation caractéristique, ce qui confirme la nature aléatoire de ce contrat, mais est certes un élément *essentia* du contrat de financement puisqu'il est la cause pour laquelle le financeur s'engage à conclure le contrat. L'analyse de l'objet de la prestation caractéristique, de son côté, permet d'affiner une classification du contrat de financement.

§. 4 Objet de la prestation caractéristique

575. Il est possible, en se fondant sur la notion de prestation caractéristique, de proposer une classification des contrats. En effet, les obligations postulées par les contrats sont de trois

⁸⁴⁹ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., n°141; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, n°485 s.

types: donner, faire et ne pas faire. Cette division tripartite peut être réduite, car faire et ne pas faire constituent l'aspect positif et négatif d'un même lien de droit et relèvent ainsi de la même catégorie d'obligations en s'opposant aux obligations de donner.⁸⁵⁰

576. Le terme « donner » vient du latin *dare* qui signifie transférer la propriété. L'obligation de donner apparaît donc comme une obligation translatrice et porte ainsi sur des biens (mobiliers ou immobiliers; matériels ou immatériels)⁸⁵¹ et non sur des services, contrairement à l'obligation de faire ou de ne pas faire. Il serait cependant approximatif d'assimiler les contrats contenant une obligation de faire aux contrats relatifs à des services et les contrats faisant naître une obligation de donner aux contrats relatifs aux biens: le bail qui n'est pas translatif de propriété, concerne avant tout un bien, de même que le prêt à usage.⁸⁵²

577. Dans ces conditions, les contrats spéciaux dont l'obligation principale est de donner sont des contrats translatifs, tandis que ceux dont l'obligation est de faire ou de ne pas faire ne sont pas translatifs. Les premiers sont représentés par la vente, l'échange, la donation, l'apport en société ou encore le prêt de consommation. Les seconds regroupent des contrats plus hétéroclites comme le bail, le mandat, l'entreprise, le prêt à usage ou le dépôt. Autrement dit, l'inconvénient de cette division tient à ce que sa première partie est cohérente et systématisée, alors que sa seconde partie est ouverte et recouvre des contrats qui ne se ressemblent que parce qu'ils ne sont pas translatifs.

578. C'est pourquoi il n'est pas interdit de combiner cette manière de voir avec celle qui fait intervenir le concept d'objet de l'obligation. Il faut raisonner, dans un premier temps, en prenant en considération la prestation caractéristique du contrat et en se plaçant du côté du débiteur de cette prestation.⁸⁵³ Dans un second temps, il faut tenir compte de l'objet de la prestation caractéristique qui peut porter sur des biens, sur des droits, sur des services, sur de l'argent, voire sur des éléments plus immatériels, comme un fonds de commerce, une valeur mobilière ou encore un ensemble industriel.

579. Au regard de l'objet de sa prestation caractéristique, le contrat de financement figure dans la

⁸⁵⁰ F.-Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 2015, 10^e éd., § 29.

⁸⁵¹ P. Bloch, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», *RTD civ.* 1988.673 ; C. Witz, «Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit Allemand», *RTD civ.* 1996.85; égal. O. Gout, *Le mythe du transfert de propriété solo consensu*, thèse Paris I, 2015.

⁸⁵² F.-Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 2015, 10^e éd., § 29.

⁸⁵³ F.-Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 2015, 10^e éd., § 29.

partie des contrats dont l'obligation est de donner, *inter alia* de transférer les sommes nécessaires pour payer les coûts de la procédure arbitrale.⁸⁵⁴ Une fois transmises, le financeur ne dispose d'aucun droit sur ces sommes, dont la propriété est transféré pour payer les coûts des conseils, les experts, les arbitres, le centre d'arbitrage, *et cetera*. En contre-partie, le financeur disposera d'un droit économique de réclamation sur les sommes prononcées en faveur de la partie financée.

580. Suite à ce '*roadshow*' sur l'objet et la cause de la prestation caractéristique, il importe maintenant de déterminer les éléments caractéristiques du contrat de financement. Pothier distinguait à cet égard trois séries de « choses » du contrat: celles qui sont de l'essence (*essentialia*) même du contrat et sans lesquelles le contrat ne peut subsister, celles qui révèlent sa nature (*naturalia*) et celles considérées comme accidentelles (*accidentalia*) dans le contrat.⁸⁵⁵

a. *Essentialia*

581. Dans la doctrine civilise, la notion d' « obligation fondamentale » désigne « le contenu essentiel, obligatoire et normal du contrat ».⁸⁵⁶ Elle a été forgée en droit romain pour désigner les *essentialia*, c'est-à-dire des éléments qui confèrent au contrat son caractère spécifique.⁸⁵⁷ L'*essentialia* distingue le contrat en tant que type particulier de contrat et lui confère son identité. Un auteur a dit qu'elle « découlait de la nature des choses » et qu'il y avait, dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constituait la pièce essentielle.⁸⁵⁸ Pour Picard et Prudhomme, l'obligation essentielle était celle dont l'existence

⁸⁵⁴ Il faut distinguer ici entre le transfère des sommes par le financeur et le droit d'action, qui lui n'est pas transféré et demeure le droit de la partie financée.

⁸⁵⁵ M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, t. II, *Éloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Plon, Coss et Marchal, 1861, in *Traité des obligations*, 1^{re} partie, § 111 n° 5, cité par R. Sefton-Green.

⁸⁵⁶ R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, thèse Paris I, LGDJ, 2000, n° 537.

⁸⁵⁷ Hélène Hoepffner, «La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire», RFDA 2011, p. 98, para 16.

⁸⁵⁸ Philippe Jestaz, « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 279. V. aussi sur l'obligation essentielle, naturelle et accidentelle Nélia Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2008; Ruth Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, L.G.D.J., 2000; Judith Rochfeld, *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999; Marie-élodie Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002; Xavier Thunis, « Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat », dans *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 521; Marie-Pierre Baudin-Maurin, « Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat. (À partir de l'exemple du contrat *Chronopost*) », R.R.J. 2002.4.1859; Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, Paris,

s'avérait nécessaire à la formation du contrat.⁸⁵⁹ En outre, pour ces auteurs les obligations essentielles au contrat avaient comme fonction la cause du contrat. Il semble alors que l'obligation essentielle ait été une ramification de la notion de cause, plutôt qu'une notion pleinement autonome.⁸⁶⁰

582. Pour le professeur Philippe Jestaz qui emploie le vocable d'obligation *fondamentale* plutôt qu'*essentielle*, «c'est plutôt de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale. Il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle».⁸⁶¹ Demolombe précisait que les choses essentielles étaient « le critère du contrat » et, plus précisément, « une condition de son existence ».⁸⁶² Prolongeant cette réflexion, Philippe Delebecque a assimilé les choses essentielles au contenu fondamental du contrat: elles sont « l'ensemble des lois, au sens matériel, qui régissent la structure du contrat ».⁸⁶³ Toute la difficulté consiste alors à identifier cette obligation fondamentale, ce « noyau dur » du contrat, qui dépend largement de la volonté des parties, c'est-à-dire des caractéristiques propres à chaque contrat que les cocontractants ont déterminées par leur commun accord.⁸⁶⁴

583. Il est important de savoir quels sont les éléments du contrat de financement afin d'identifier l'*essentialia*. Par exemple, l'*essentialia* de la vente sont les intentions des parties d'acheter et de vendre, la certitude concernant l'objet vendu et, enfin, la certitude concernant le prix d'achat. Similairement, dans le contrat de financement, l'intention des parties est de payer les coûts de la procédure arbitrale et de verser une partie consentie des sommes recouvrées par la partie financée; la certitude concerne également l'objet du financement qu'est le procès. L'obligation relève des obligations *essentialia*, dont le défaut, selon Pothier, « empêche qu'il n'y ait aucune sorte de contrat ».⁸⁶⁵

Masson, 1883, no 6, p. 5; Alima Sanogo, *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, master II, Dijon, Université de Bourgogne, 2005; Christian Lavabre, « éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat », R.J.D.A. 1997.4.291.

⁸⁵⁹ Maurice Picard et André Prudhomme, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *R.T.D. civ.* 1912.66.

⁸⁶⁰ Charlotte Deslauriers-Goulet, « L'obligation essentielle dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, Volume 55, numéro 4, décembre 2014, p. 928.

⁸⁶¹ P. Jestaz, préc., note 7, p. 279.

⁸⁶² C. Demolombe, *Traité des obligations ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 24, Des contrats, Durand, Hachette, 2^e éd., 1870, n° 38, p. 40.

⁸⁶³ P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille, 1981, p. 198.

⁸⁶⁴ *Id.* H. Hoepffner, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98, para 16.

⁸⁶⁵ Pothier, *Traité des obligations*, 1^{re} Partie: M. Siffrein, Paris 1831, n° 6 s, p.83. A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF 1998, 2^eme éd., n° 41.

584. Cependant, on ne peut pas parler de certitude concernant le recouvrement par le financeur, puisque le sort de la procédure arbitrale est imprévisible. Le conseil et le financeur analysent la probabilité de succès, mais cette analyse est loin d'attribuer une certitude suffisante pour confier au recouvrement par le financeur l'*essentialia* de son financement. Même si les chances de succès sont certaines pour la partie financée, il se peut que la valeur des biens de la partie perdante dans l'arbitrage chute durant la procédure arbitrale à un niveau tel que le financeur n'arrive pas à recouvrer les sommes envisagées. Ainsi déterminé, l'*essentialia* confère au financement le type de contrat dont l'obligation est de donner. L'absence d'une certitude sur le recouvrement attribue au contrat sa nature aléatoire. D'autres éléments contractuels sont naturellement envisagés dans le contrat de financement.

b. Naturalia

585. Une fois le type de contrat est convenu, il existe un certain nombre de dispositions "naturelles" qui découlent automatiquement du type de contrat résultant de la loi et les parties n'ont pas besoin de convenir expressément de ces conditions pour qu'elles existent. Le but est d'éliminer la duplication de termes inutiles dans un contrat auquel les parties sont déjà convenues dans ce type particulier de contrat, comme par exemple la partie qui sera propriétaire après que la transaction aura eu lieu. Il n'est pas nécessaire de connaître les conditions naturelles applicables. Si les détails d'un contrat ne sont pas convenus, la loi alors s'applique au contrat sans que les parties aient à le déclarer expressément. Par exemple, la nature d'un contrat de vente est que l'acheteur doit payer et le vendeur doit livrer les droits et les devoirs déterminés par la *naturalia* d'un contrat, et que le vendeur donne une garantie implicite contre les vices cachés, une assurance qui n'est pas d'habitude expressément mentionnée dans le contrat, *inter alia* que les marchandises sont exemptes de défauts.

586. De même, la nature d'un contrat de financement est que le financeur doit payer les coûts de l'arbitrage et la partie financée devra lui transférer une part des sommes recouvrées; que le financeur maintient la confidentialité des informations transmises par l'avocat, notamment les avis juridiques, la stratégie du procès et les rapports périodiques sur le développement du procès. Aussi, la nature d'un contrat de financement, au moins ce que l'on propose, devrait être que le financeur n'intervient pas dans la procédure arbitrale afin de ne pas devenir partie

à cette procédure.⁸⁶⁶ La *naturalia* du contrat aussi impose à la partie financée d'agir efficacement tout au long de la procédure arbitrale et de ne pas imposer au financeur des coûts qui ne sont pas nécessaires.

587. Ainsi, la *naturalia* de l'obligation, qui réside dans le paiement des coûts et des sommes recouvrées, confère au financement des caractéristiques similaires avec le prêt de consommation sans pour autant attribuer à la partie financée une obligation de restitution. Ce caractère onéreux du contrat, où la restitution n'en est pas l'élément caractéristique, crée des ressemblances avec le contrat d'entreprise, qui est présumé onéreux.⁸⁶⁷ Il s'ajoute à ces dispositions contractuelles des accessoires au contrat de financement, selon que les parties s'accordent, par exemple, à une certaine méthode de financement, rôle du financeur, *et cetera*.

c. *Accidentalia*

588. Ici, les dispositions sont accessoires au contrat spécifique entre les parties. Les *naturalia* qui peuvent être changés expressément ou tacitement par accord sont appelés *accidentalia* car ils sont accessoires à l'accord, ceux qui sont convenus et sont uniques à un contrat donné, *inter alia* les dispositions supplémentaires, et peuvent limiter ou changer une partie du *naturalia*.

589. Un exemple est le paiement par le financeur des coûts de l'arbitrage, stipulé comme étant un *naturalia*; mais les parties peuvent s'accorder avec l'avocat de la partie financée à limiter le paiement aux coûts raisonnables. Les parties peuvent aussi s'accorder à ce que le financement se limite aux coûts de la demande et non à ceux des demandes reconventionnelles.

590. Ainsi, la similarité qui existe entre les éléments du financement (*essentialia*, *naturalia* ou *accidentalia*) avec d'autres contrats, permet de combiner les règles de différents contrats en cause, sans pour autant limiter l'application à certaines règles appartenant à un contrat nommé particulier. C'est la qualification distributive qui permet d'assimiler deux natures juridiques différentes dans un seul contrat, à travers le dépeçage de ce dernier, par exemple en imposant les règles concernant le prêt de consommation quant au transfert des sommes par les financeurs et ceux du contrat aléatoire, ou même l'entreprise, quant à l'absence de restitution par la partie financée.

⁸⁶⁶ Voir *infra* 613 et seq.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

591. Le particularisme du contrat de financement est tel que, non seulement il n'entre dans aucune des qualifications des contrats nommés, mais la multipropriété de ces éléments fait de lui un contrat *sui generis*. On peut avancer cette observation puisque, on l'a vu, le contrat de financement n'est pas un contrat de prêt, ni de crédit-bail, ni un contrat d'enreprise, ni un mandat, ni même un contrat d'assurance ou un autre contrat nommé. Ainsi, une analyse panoramique de certains types de contrats de financement permet aisément de déterminer les composantes de ce contrat.

Section II : Les clauses composant le contrat de financement

592. La nature hybride du contrat de financement et la liberté contractuelle des parties, garantie par les dispositions de l'article 1105 du Code civil suivant la réforme du droit des contrats par l'ordonnance n°2016-131, permettent aux parties d'insérer des clauses relatives au régime contractuel, requérant souvent l'analyse de leur licéité au regard de la loi et la pratique arbitrale.

593. Parmi les stipulations standard dans le contrat de financement on compte principalement (i) le montant maximum que le financeur contribuera aux représentants légaux, (ii) la compensation du financeur en cas de succès au procès (ce qui varie entre 15% et 50% des sommes prononcées), (iii) les coûts du financeur en cas d'échec de l'arbitrage, *e.g.* les coûts de la partie adverse, (iv) une clause sur le degré d'influence et contrôle que le financeur exerce sur la procédure arbitrale et la stratégie en général, (v) une méthode pour le règlement de tout conflit entre l'investisseur et la partie financée, *e.g.* médiation et arbitrage, (vi) la confidentialité des informations partagées avec le financeur durant son audit juridique et la procédure arbitrale. On traitera ci-dessous les stipulations importantes dans le contrat de financement, notamment les clauses portant sur l'obligation d'information (sous-section 1), le partage de la gestion du procès (sous-section 2), le financement des coûts (sous-section 3) et l'annulation du contrat de financement (sous-section 4).

Sous-section 1: Clauses portant sur l'obligation d'information

594. Le partage d'information concernant le droit litigieux est nécessaire pour permettre au financeur de compléter son audit juridique, préalable à l'exécution de toute opération de

financement. Cette obligation d'informer continue à s'imposer au plaideur tout au long de la procédure arbitrale. Elle est essentiellement nécessaire pour permettre au financeur d'analyser tout changement de circonstances pouvant affecter son investissement.

595. Les informations fournies au financeur n'affectent pas leur confidentialité: la fourniture se fait d'habitude à l'heure où la procédure arbitrale est contemplée par le plaideur et son conseil. Néanmoins, la violation de la confidentialité de la procédure arbitrale varie d'un ordre jurisprudentielle à l'autre et se décide au regard de la *lex arbitri*.

596. Dans certains systèmes, le tiers a refusé l'accès aux informations portant sur les négociations entre le plaideur financé et la partie adverse, en dépit de toute disposition contraire dans le contrat de financement.⁸⁶⁸ Le financeur actif nécessite normalement plus d'informations concernant le déroulement de la procédure, lui permettant de prendre les décisions nécessaires sur la gestion du procès. La solution est alors qu'il ne soit plus considéré comme un tiers à la procédure, nécessitant ainsi la révélation de son existence au tribunal arbitral et son consentement à la *kompetenz* de ce tribunal.⁸⁶⁹ D'autres clauses contractuelles importantes portent sur le partage de la gestion du procès.

Sous-section 2: Clauses portant sur le partage de la gestion du procès

597. Cette clause est intrinsèque à l'obligation d'information imposée au plaideur. Elle ne stipule pas, généralement, le transfert du droit litigieux au tiers financeur. La partie financée reste le titulaire officiel de ce droit, en particulier elle demeure la partie qui traite avec la procédure arbitrale à face ouverte. Sa liberté de décision devient en revanche limitée, nécessitant sa coopération avec la partie financée dans les différents stades du procès. En pratique, cela se concrétise par une série d'obligations imposant au plaideur financé, *e.g.* la provision régulière d'information au financeur à travers des rapports périodiques concernant le développement de la procédure, la prise en compte de l'avis préalable du financeur et, parfois, de ses conseils sur toute décision affectant le déroulement de la procédure ou les chances de son succès.

598. Si la partie financée maintient sa relation avec le tribunal arbitral et les parties engagées dans la procédure à face ouverte, les clauses de partage de la direction du procès risquent de

⁸⁶⁸ *Id. Metzler Investment GMBH c/. Gildan Activewear Inc.*, [2009] O.J. No. 3315 (Sup. Ct. J.), para 59.

⁸⁶⁹ *Voir infra*, sur la divulgation de l'accord de financement.

qualifier le tiers financeur comme étant, au minimum, un représentant *ad agendum* de ce premier.⁸⁷⁰ Un des dangers que cette clause suscite est la perception du tiers financeur comme étant partie à l'instance arbitrale. Elle remet aussi en cause la titularité par la partie financée des droits litigieux. Elle est, pour cet effet, exclue dans la majorité des cas de la pratique contractuelle des contrats de financement. Toutefois, l'immixtion du financeur dans la gestion de la procédure n'exclut pas la possibilité de son admission en tant que partie à l'arbitrage par l'effet indirect de son comportement, voire son consentement implicite dans l'exécution du contrat ou des litiges qui peuvent en résulter.⁸⁷¹ Un troisième type de clause essentielle porte sur le financement même des coûts.

Sous-section 3: Clauses portant sur le financement des coûts

599. Les stipulations concernant le financement des coûts sont d'habitude contenues dans le contrat de financement ou autres documents annexes. Le financeur envisage de protéger son investissement et insiste pour que son financement soit conditionné par une multitude de critères allant jusqu'à annuler le financement en cas de violation de ces conditions par le financeur. Le financeur accepte généralement de payer les coûts de l'avocat de la partie financée indépendamment de la structure de ces derniers. Sont normalement exclus du financement les coûts suivant:

- i. Les frais encourus du fait que le demandeur n'a pas coopéré ou suivi les conseils de son avocat.
- ii. Les frais encourus à cause du défaut du demandeur dans l'exécution de ces obligations.
- iii. Toute responsabilité à payer des pénalités ou les coûts de la défenderesse.
- iv. Les frais encourus à cause du défaut du demandeur d'obéir et respecter les ordres d'un tribunal durant la procédure arbitrale.
- v. Les frais encourus avant l'entrée en vigueur et après l'exécution du contrat de

⁸⁷⁰ *Id.* Le Club des Juristes, «Financement du procès par les tiers», rapport de la Commission, Juin 2014.

⁸⁷¹ *Voir infra*, les approches contractuelle et contextuelle en matière d'extension de l'arbitrage, para 613 *et seq.*

financement.

600. Le financement est d'habitude limité aux demandes de la procédure arbitrale, mais il peut aussi couvrir ceux liés à la défense contre les demandes reconventionnelles et les procédures d'appel.⁸⁷² Parmi les conditions types du financement figurent:

- i. Que les coûts encourus par les avocats de la partie financée soient raisonnables. Le contrat de financement permet normalement au financeur de contester toute demande de paiement pour des services qui ne sont pas raisonnablement justifiés. Une condition type est stipulée de la façon suivante: *«Si, dans l'opinion raisonnable du financeur, les frais facturés par les avocats ou tout autre fournisseur de services ne sont pas des frais raisonnables, le financeur signifiera un avis de contestation au réclamant, avec copie au fournisseur concerné, dans les 20 jours de la livraison de la facture correspondante»*.
- ii. Que l'avocat de la partie financée fournisse au financeur tous les documents nécessaires et informations concernant le procès: *«La partie financée doit irrévocablement demander à l'avocat de fournir au financeur tous les documents ou renseignements relatifs à la réclamation que le financeur peut raisonnablement demander»*. Les informations sont d'habitude fournies au financeur par le biais de rapports mensuels qui font toujours le point sur les chances de succès des réclamations de la partie financée, les coûts encourus, le progrès et l'administration du procès ainsi que le risque d'être condamné à payer les coûts de la partie adverse. Il incombe aussi à la partie financée d'instruire son avocat d'informer le financeur lorsqu'elle a exprimé, dans sa demande de financement, une fausse déclaration matérielle qui a affecté la prise de décision du financeur.
- iii. Que la partie financée prenne en considération et exécute les avis de son avocat, peu importe le contexte, surtout quand il s'agit de faire ou d'accepter une offre de régler les demandes amiablement.
- iv. Que le financeur reçoive sa part des sommes recouvrées. Ces stipulations

⁸⁷² Contrat type: Therium Litigation Funding AG IC.

contractuelles obligent généralement la partie financée à détenir au nom du financeur, une part des sommes recouvrées équivalente à celle qui est consentie dans le contrat de financement. Un quatrième genre de clause type porte sur la possibilité du financeur d'arrêter le financement en cours de procès.

Sous-section 4: Clauses portant sur l'annulation du contrat de financement

601. La présence d'une telle clause est régulière dans les contrats commerciaux. Elle permet à chacune des parties contractuelles d'annuler le contrat pour des raisons préalablement conçues entre elles.
602. Les raisons qui peuvent justifier l'annulation de l'opération de financement consistent généralement en la détérioration des chances de succès du procès. En l'occurrence, une procédure de faillite contre la partie adverse affecte la crédibilité financière de cette dernière. En outre, les difficultés d'exécution d'une sentence arbitrale peuvent surgir dans le cas où il devient apparent que les propriétés de la partie adverse sont couvertes d'une immunité quelconque, mettant en cause la capacité du plaideur et tiers financeur à collecter les sommes envisagées.
603. Il n'est pas ainsi difficile de trouver de pareilles clauses dans le contrat de financement, au regard de la protection qu'elles apportent au financeur. Elles s'analysent alors comme étant une forme de sanction contractuelle admissible. Pourtant, l'annulation n'exclut pas la responsabilité contractuelle du financeur actif à payer les coûts de la partie financée, ainsi que sa responsabilité processuelle à respecter toute décision du tribunal arbitral portant sur les coûts de l'arbitrage et de la partie adverse.
604. Alors que la nature du contrat de financement a été déterminée et le régime juridique du financeur identifié, il importe maintenant d'élaborer le principe de la relativité de la clause arbitrale et les exceptions qui s'y appliquent, surtout en matière d'extension et de transmission de l'arbitrage au tiers.

Chapitre 2

Le principe de l'effet relatif de la clause arbitrale et ses exceptions en matière d'extension de l'arbitrage au tiers

605. La convention d'arbitrage a force obligatoire entre les parties. Corollairement, elle n'a pas d'effet à l'égard des tiers en raison de son effet relatif.⁸⁷³ La force obligatoire de la convention d'arbitrage se déduit du consentement qui a été donné.⁸⁷⁴ Les principes de base du droit des contrats expliquent donc que les tiers, n'ayant par définition pas consenti à la convention, ne soient pas liés par celle-ci.⁸⁷⁵ Deux conséquences majeures s'en dégagent.
606. Tout d'abord, l'arbitre n'a aucun pouvoir vis-à-vis des tiers. Il dispose de pouvoirs de contrainte à l'égard des parties, par exemple la possibilité de prononcer une astreinte. Il n'en a aucun à l'égard des tiers. Son pouvoir est donc particulièrement limité. Une telle position est gênante pour l'arbitre toutes les fois où le concours de tiers est utile, voire nécessaire à la conduite de la procédure, notamment au stade de l'instruction du litige. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit d'obtenir d'un tiers un document. Tout se passe pour le mieux si le tiers accepte d'apporter son aide. Néanmoins, en cas de refus, l'arbitre se trouve démuni. Sur ce point, le décret du 13 janvier 2001 a apporté une nouveauté importante visant à pallier l'absence d'*imperium* général de l'arbitre. Selon l'article 1469 al. 1 CPC, rendu applicable en matière internationale par renvoi de l'article 1506 CPC, à moins que les parties n'en soient convenues autrement, « *si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce* ». Cette nouvelle disposition est le signe d'une coopération entre l'arbitre et le juge étatique.
607. Ensuite, un tiers ne saurait être forcé à intervenir dans une procédure arbitrale. Devant les juridictions étatiques, il est possible de procéder à l'égard des tiers par voie d'intervention

⁸⁷³ Article 1199 Code civil: «*Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV*».

⁸⁷⁴ *Supra*, le caractère consensuel de l'arbitrage.

⁸⁷⁵ Pour une illustration, v. Com., 15 novembre 1978, *Bull. IV*, n° 262 ; *Rev. arb.* 1980, p. 69, note B. Moreau.

forcée.⁸⁷⁶ La nature volontaire de l'arbitrage s'y oppose par principe. Il a ainsi été jugé que « *les règles du droit de l'arbitrage, fondées sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permettent pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie* ». ⁸⁷⁷

608. L'intervention volontaire obéit aux mêmes principes. Si le tiers veut intervenir à la procédure d'arbitrage, encore faut-il que les parties soient d'accord. En bref, l'intervention d'un tiers, qu'elle soit volontaire ou forcée, réclame toujours l'accord de tous, tiers et parties. Toutefois, des voix se sont élevées pour critiquer ces solutions et proposer des aménagements.⁸⁷⁸ Il est en effet souvent souhaitable qu'un tiers intervienne à une procédure arbitrale, qu'il le veuille ou non, pour des raisons tirées d'une centralisation du contentieux, exemple une caution intervenant à l'instance opposant le créancier au débiteur. En réalité, les situations concrètes sont très complexes. Une personne peut être tierce à l'instance arbitrale tout en étant partie à la convention d'arbitrage. C'est le cas d'une personne qui n'est pas partie à l'instance, ni en qualité de demandeur (elle n'a pas pris l'initiative du procès arbitral) ni en qualité de défendeur (elle n'a pas été atraite initialement à la procédure). Dans cette hypothèse, rien ne s'oppose à son intervention à la procédure, dès l'instant où elle est partie à la convention d'arbitrage.

609. En revanche, si une personne est doublement tierce à l'instance arbitrale et à la convention d'arbitrage, tel que le tiers financeur, rien ne permet d'autoriser son intervention, sauf accord de tous. L'effet relatif de la convention d'arbitrage joue ici à plein. La nuance que le droit positif permet d'apporter tient dans les possibilités assez nombreuses d'étendre une convention d'arbitrage à un tiers, ce qui aboutit à le considérer finalement comme partie.

610. Avant d'aborder les fondements de l'extension de l'arbitrage au tiers, il faut bien préciser, d'abord, que l'extension de la convention d'arbitrage est susceptible de deux acceptions selon que l'on vise l'extension *ratione materiae* ou l'extension *ratione personae*. Dans la première forme, la convention d'arbitrage pourra être étendue, entre les mêmes parties, à un autre

⁸⁷⁶ V. Article 331 *et seq.* du CPC.

⁸⁷⁷ Paris, 19 décembre 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 359 (cassé par un autre motif par Civ. 1, 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 481, note Ch. Jarrosson).

⁸⁷⁸ A. Mourre, «L'intervention des tiers à l'arbitrage», *Cah. Arb. Ed. Gaz. Pal.*, vol. I, 2002, p. 100; P. Callé, «Demandes en intervention et justice arbitrale», in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 155. Adde, B. Hanotiau, «Joinder of parties and joinder of claims», in *Mélanges F. Knoepfler*, 2005, p. 191.

contrat que le contrat d'origine. Tel peut être le cas, on le verra dans l'approche contextuelle, dans le cadre des ensembles contractuels, lorsque deux contrats sont liés.⁸⁷⁹ Rien n'empêche ici d'observer que le contrat de financement pourra effectivement former partie d'un ensemble contractuel avec le contrat d'origine, mais les fondements de cette observation ne sont pas des plus faciles à deviner.⁸⁸⁰

611. Dans l'hypothèse de l'extension *ratione personae*, la convention d'arbitrage est étendue au tiers. Celui-ci est alors considéré comme lié par celle-ci. Il sera donc possible de l'attirer à une procédure d'arbitrage. Il lui sera également possible de s'en prévaloir. *A priori*, une telle extension met à mal les principes de base du droit des contrats applicables à l'arbitrage en raison de la base volontaire de celui-ci. Un tiers devient alors lié par une convention d'arbitrage à laquelle il n'a pas consenti. Les fondements de l'extension devront donc être analysés, l'exigence d'un consentement n'étant pas, à vrai dire, complètement refoulée.
612. Il y a un certain nombre de situations dans lesquelles la convention d'arbitrage va pouvoir être «opposée» à un tiers financeur. Il faudra s'interroger sur les fondements juridiques que sont l'approche contractuelle (Section I) et l'approche contextuelle (Section II) applicables en matière d'extension de l'arbitrage, ainsi que les principes de validité et d'efficacité de la clause arbitrale, nécessitant l'extension de l'arbitrage au tiers financeurs (Section III). Alors que le consentement à l'arbitrage présente toujours un obstacle juridique contre toute tentative d'extension de l'arbitrage au tiers, il ne l'est pas autant lorsqu'on parle de transmission de l'arbitrage au tiers (Section IV).

Section I - L'approche contractuelle en matière d'extension de la clause arbitrale

613. L'approche contractuelle consiste en ce que l'extension ou la transmission de la clause arbitrale à un non-signataire se décide par l'interprétation de la relation contractuelle en question à travers l'application de critères juridiques reconnus à cet égard.
614. Les États-Unis constituent l'un des piliers de l'approche contractuelle, mettant l'accent sur les principes ordinaires des contrats afin de statuer sur l'extension au tiers. En l'absence

⁸⁷⁹ D. Cohen, «Arbitrage et groupes de contrats », *Rev arb.*, 1997, p. 471 ; F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003.

⁸⁸⁰ *V. infra* para 613.

d'une référence particulière à l'extension de la clause arbitrale dans le *Federal Arbitration Act (FAA)*,⁸⁸¹ les cours américaines ont développé une jurisprudence plus ou moins constante sur l'engagement d'un tiers à l'arbitrage, spécifiquement quand l'extension est dictée par des principes contractuels⁸⁸² conformes à l'intention des parties. Cela est en contraste avec la jurisprudence française qui a adopté une approche téléologique, ayant pour objectif d'assurer l'efficacité de la clause d'arbitrage. Ces principes, identifiés par la jurisprudence américaine dans l'affaire *Thomson*,⁸⁸³ concernent spécifiquement l'adhésion par référence (sous-section 1), l'acceptation de l'obligation (sous-section 2), le mandat (sous-section 3), *veil-piercing/alter ego*/groupe de sociétés (sous-section 4) et l'estoppel (sous-section 5), des principes qui sont tous en contraste avec le caractère volontaire et consensuel de l'arbitrage .

Sous-section 1 : L'adhésion par référence

615. Cette situation surgit dans le cas d'un contrat conclu entre deux parties et contenant une clause faisant référence à un premier contrat incluant une clause arbitrale. L'inclusion d'une convention d'arbitrage par référence à un autre contrat a été typiquement associée avec les connaissements et les chaînes de contrats dans le secteur de construction.⁸⁸⁴ Ce cas soulève des questions concernant la validité de la clause arbitrale en matière de forme, de fond, ainsi que le consentement des contractants à référer leur conflit à l'arbitrage.⁸⁸⁵
616. Alors qu'en principe, l'extension de la clause arbitrale par référence à un autre contrat est généralement acceptée dans la plupart des ordres juridiques, la difficulté réside parfois en ce que la référence est faite d'une manière générale, *inter alia* en référant aux conditions particulières stipulées dans un contrat de projet, ou explicite *e.g.* mentionnant la clause arbitrale insérée dans les conditions particulières dudit contrat.⁸⁸⁶

⁸⁸¹ Dont l'application se limite à tout conflit arbitral relevant du commerce national.

⁸⁸² *Thomson-CSF, S.A. c/ American Arbitration Assoc. and Evans & Sutherland Computer Corp.*, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995), «*Arbitration is contractual by nature ... It does not follow, however, that under the [Federal Arbitration] Act an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision. This court has made clear that a non-signatory party may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the 'ordinary principles of contract and agency'.*»

⁸⁸³ *Ibid.*, *Thomson*.

⁸⁸⁴ James M. Hosking, «Non-signatories and international arbitration in the United States: The Quest for Consent», *Arbitration International*, 2004, vol. 20/3, pp. 291.

⁸⁸⁵ *Id.* G. Born, *International Commercial Arbitration*, pp. 819.

⁸⁸⁶ Alors que certaines juridictions ont accepté une référence générale pour admettre l'extension de la clause arbitrale, tel que les **États-Unis**, voir *R. J. O'Brien & Assocs. c/ Pipkin*, 64 F.3d 257, 260 (7th Cir. 1995) («A contract...need not contain an explicit arbitration clause if it validly incorporates by reference an arbitration clause in another document»); *Std. Bent Glass Corp. c/ Glassrobots Oy*, 333 F.3d 440 (3d Cir. 2003)

617. Cependant, l'application de l'approche contractuelle requiert que le contrat de financement fasse une référence générale ou expresse au contrat litigieux et à la clause arbitrale insérée dans ce dernier, afin de se prononcer sur l'extension de cette clause au tiers financeur. Or, en réalité, le contrat de financement concerne uniquement l'accord d'un tiers à financer l'une des parties au contrat initial. Il n'entretient aucun lien avec ce dernier et ne forme pas avec lui un ensemble contractuel concernant le sujet *ratione materiae* de la clause arbitrale. Un tribunal n'est pas donc autorisé à étendre sa compétence aux conflits émanant du contrat de financement. En pratique, aucune raison commerciale ou juridique n'existe pour inciter le financeur à accepter de faire référence à la clause arbitrale insérée dans le contrat initial. Son intérêt principal est de réaliser un profit en évitant d'être contraint par le pouvoir du tribunal arbitral. Une deuxième possibilité pour l'extension de l'arbitrage au non-signataire est la cession de créance.

Sous-section 2 : La cession de créance

618. L'idée de la cession de créance a été détaillée dans le cadre des formes de financements disponibles.⁸⁸⁷ Cette forme évoque l'idée du transport du droit d'action à un tiers financeur, remplaçant partiellement le demandeur initial dans ses droits au procès et prenant la charge de financer les coûts de la procédure arbitrale.⁸⁸⁸ L'effet de cette cession engendre le transport de la convention d'arbitrage au tiers financeur qui devient titulaire des droits d'actions,

(agreement to arbitrate validly incorporated from previous documents exchanged between parties); *Compania Espanola de Petroleos SA c/ Nereus Shipping SA*, 527 F.2d 966 (2d Cir. 1975); *Builders Group LLC c/ Qwest Comm. Corp.*, 2009 WL 3170101 (S.D.N.Y.) (upholding incorporation of arbitration agreement by general reference to contract containing arbitration clause); *Hodge Bros., Inc. c/ DeLong Co.*, 942 F.Supp. 412 (W.D. Wis. 1996); *Verolme Botlek BV c/ Lee C. Moore Corp.*, XXI Y.B. Comm. Arb. 824 (N.D. Okla. 1995) (1996) (Article II satisfied where quotations, incorporating General Terms and Conditions that included arbitration provision, were sent and accepted in writing), d'autres juridictions requièrent une référence spécifique à cet égard, tel que l'**Allemagne**, voir section 1031(4) du Code de Procédure Civil Allemand (*Zivilprozessordnung - ZPO*). Voir Hartmann, in A. Baumbach *et al.* (eds.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung* §1031, 7 (72d ed. 2014) (reference to a document containing an agreement to arbitrate is sufficient, as long as the reference makes the agreement to arbitrate to an integral part of the contract). **Singapore**, *v. Concordia Agritrading Pte Ltd c/ Cornelder Hoogewerff Pte Ltd*, 2000 Int'l Arb. L. Rev. N-42 (Singapore High Ct. 1999) (2000) (qui impose une référence spécifique); **Suisse**, *v. B. Berger & F. Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Hart Publishing (3d ed. 2010); **Angleterre**, voir *Fed. Bulk Carriers Inc. c/ C. Itoh & Co.* [1989] 1 Lloyd's Rep. 103, 108 «*it is clear that an arbitration clause is not directly germane to the shipment carriage and delivery of goods ... It is, therefore, not incorporated by general words in the bill of lading. If it is incorporated, it must either be by express words in the bill of lading itself ... or by express words in the charterparty itself ... If it is desired to bring in an arbitration clause, it must be done explicitly in one document or the other*»; *Aughton Ltd c/ MF Kent Serv. Ltd* [1992] Arb. & Disp. Res. L.J. 83.

⁸⁸⁷ Voir *supra*, para 228 *et seq.*

⁸⁸⁸ *Id.* I. Hautot, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers - «La pratique contractuelle – La relation financier-client»*.

également accessoires à ladite créance,⁸⁸⁹ engendrant ainsi son inclusion éventuelle en tant que partie dans la procédure arbitrale.⁸⁹⁰ En cas d'une cession partielle de créance où la part des profits est répartie entre le financeur et la partie financée, la clause d'arbitrage se transmet aussi logiquement au financeur.⁸⁹¹

619. Certes, il y a argument à dire que la partie financée reste titulaire du droit d'action, le tiers financeur ne détient dans ce contexte qu'un simple droit économique aux sommes recouvrées, ce qui n'accorde aucun fondement juridique pour lui étendre les dispositions de l'acte compromissaire. En fait, l'accord de financement constitue en soi une cession de l'obligation de paiement des coûts de la partie financée. Cette cession se limite à ce stade, nonobstant le fait que le financeur devra éventuellement payer les coûts de la partie adverse. Cette observation n'engendre pas l'extension de la clause arbitrale.

620. Effectivement, la cession s'opère sur l'ensemble des coûts du procès. En d'autres termes, le motif privé du demandeur est cédé par la conclusion de l'accord de financement,⁸⁹² *inter alia* la cession du droit économique envers les sommes recouvrées. Il est vrai que, si la partie adverse refuse de payer les coûts de l'arbitrage, le tiers financeur devra, dans cette circonstance, verser de même la part des coûts de la partie adverse. Cependant, le paiement de ces derniers ne se fait pas par subrogation; elle est uniquement effectuée pour le compte de la partie adverse.⁸⁹³ Même dans le cas où le financeur est contraint de verser ces coûts par le biais d'un ordre de procédure ou la sentence arbitrale, on l'a vu déjà dans les systèmes appliquant la règle '*loser pays*',⁸⁹⁴ ce financement ne constitue pas une cession du droit d'action de la partie adverse. Les parties litigieuses restent les seules titulaires de leur droit d'action.

⁸⁸⁹ *Id.*, A. Pinna, «La mobilisation de la créance indemnitaire», RTD Civ. 2008, p. 229. Cass. 1^{re} civ., 5 Janvier 1999 et 19 Octobre 1999, *rev. arb.* 2000, p. 85, note D. Cohen ; *Revue Critique DIP* 1999, p. 832, note E. Pataut; *JDI* 1999, p. 787, note S. Pollot-Peruzzetto, «la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé».

⁸⁹⁰ *Id.* L. Lévy *et al.*, *Third-Party Funding* – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 87, «*If the full claim is assigned to the third-party funder before the arbitration is even initiated and if there is no dispute as to the validity of the assignment, the third-party funder will be a party to the arbitration just as any other party would be.*».

⁸⁹¹ *Id.* J.B. Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers* - «La gestion du procès: L'incidence en arbitrage», para 244, éditions Panthéon-Assas, 2012.

⁸⁹² *V. para 69 et seq.*

⁸⁹³ Voir en ce sens les dispositions de l'article 36(5) des Règles d'Arbitrage de la CCI.

⁸⁹⁴ *Supra* para 74.

621. Il faut dire ici que cette situation n'est pas similaire à celle d'une reprise cumulative de dette émanant d'un contrat principal contenant une clause d'arbitrage, selon laquelle les jurisprudences suisse et française ont statué en faveur de l'extension.⁸⁹⁵ Ces jurisprudences s'engagent en cas de cession des droits substantiels émanant du contrat initial et liée au fond du litige, ce qui contraste avec l'ordre de paiement des coûts du tribunal et de la partie adverse, qui est de nature procédurale et lié à l'exercice du procès arbitral.
622. En effet, la cession requise pour admettre l'extension concerne les droits substantiels, tels que la subrogation faite dans le cas des assurances, où l'assureur subroge l'assuré dans tous ces droits, y inclus le droit d'action de celui-ci.⁸⁹⁶ Cette extension de la clause arbitrale n'implique aucune difficulté dans les droits civilistes qui opèrent une cession automatique de l'acte compromissaire. Elle peut toutefois devenir problématique en *common law* qui exige un consentement explicite du financeur aux dispositions de la clause arbitrale en question. Dans ce contexte, deux règles contradictoires gouvernent le transfert de la clause arbitrale au tiers cessionnaire: le transfert automatique de la clause applicable en droit civil et le transfert explicite dominant en *common law*, qui requiert le consentement du cessionnaire pour le

⁸⁹⁵ *LUKoil-Permnefteorgsintez, LLC and others c/ MIR Müteahhitlik ve Ticaret A.S. / MIR Constructing and Trading Co Inc. Ankara (Turquie), Ural-Tais Production-Construction Firm*, Bundesgericht, 18 Décembre 2001, ASA Bulletin, Kluwer Law International vol. 20/2002, pp. 482-492, «Toutes ces déclarations ne peuvent être comprises, raisonnablement et de bonne foi, que comme un engagement propre de la recourante d'exécuter les obligations pécuniaires dues en vertu du contrat de construction. Cet engagement est beaucoup plus qu'un cautionnement ou une garantie; il se caractérise plutôt comme une reprise cumulative de dette (sur cette notion, cf. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., p. 902 ss), comme un engagement solidaire pris par la recourante aux côtés de la défenderesse n° 1. Or, le droit suisse admet, en cas de reprise de dette, comme en matière de cession de créance ou de reprise d'une relation contractuelle (cf. arrêt précité, du 16 octobre 2001, consid. 2b/bb et les références), que la clause compromissaire est en principe transférée au reprenant, sauf convention contraire (cf., parmi d'autres: Jolidon, *Commentaire du Concordat sur l'arbitrage*, p. 140; Rüede/Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2e éd., p. 82 in fine; Wenger, *Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht*, n. 67 ad art. 178 LDIP). Dès lors qu'en l'espèce, cet engagement se réfère expressément au contrat de construction, dont il cite les dates et références chiffrées, le Tribunal arbitral a retenu à bon droit que la recourante avait de la sorte manifesté son adhésion à la clause arbitrale incluse dans ce contrat. Si l'on admet l'adhésion par référence, ou l'incorporation par référence d'une clause arbitrale contenue dans des conditions générales, des formules types ou des contrats-types, il faut aussi admettre, à plus forte raison, une telle adhésion en cas de référence à un contrat déterminé dont une partie a repris des obligations importantes», affaire commentée par Knoepfler et Schweizer, 2002 *Revue Suisse de Droit International et Droit Européen* 543. V. aussi, *Société Casco Nobel France c/ Sico inc. et Kansa*, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 13 Novembre 1992, *Rev. Arb.* 1993/4, pp. 632, «Par l'effet translatif de la subrogation d'une compagnie d'assurances dans les droits et actions de son assuré, la clause compromissaire est transmise à l'assureur avec la créance et les droits de l'assuré dont elle constitue une modalité», affaire commentée par Jean-Louis Goutal, *Rev. Arb.* 1993/4, pp. 637-644.

⁸⁹⁶ *Société Carter c/ société Alsthom et AGF*, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 6 Février 1997, *Rev. Arb.* 1997/4, pp. 556-559, «En droit français, l'assureur qui a indemnisé son assuré en vertu de la police le liant à ce dernier est légalement subrogé dans tous les droits de celui-ci, la créance lui étant transmise avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissaire, dont il est dès lors fondé à se prévaloir et qui s'impose à lui». *Id.*, Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, Ch. I: Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals, pp. 20.

transfert de la convention d'arbitrage.

623. Traditionnellement, le droit français adoptait la règle de consentement explicite pour la transmission de la clause d'arbitrage en cas de cession du contrat dans laquelle cette clause est insérée,⁸⁹⁷ avant que la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire *Alcatel* vienne confirmer le principe de la transmission automatique de cette clause avec le contrat principal en matière domestique et internationale.⁸⁹⁸ La Cour Suprême Suédoise a adopté une position médiane, à savoir que la clause d'arbitrage sera présumée être cédée si les parties ne sont pas expressément convenues autrement, mais une fois attribuée, elle ne fonctionne vis-à-vis du cessionnaire que s'il avait eu connaissance réelle ou présumée de son existence.⁸⁹⁹ En droit Anglais, bien que certaines autorités appuient la position que la clause d'arbitrage est automatiquement transférée,⁹⁰⁰ d'autres autorités suggèrent qu'une convention d'arbitrage est un engagement personnel qui ne peut s'étendre au tiers cessionnaire qu'avec l'accord de ce dernier.⁹⁰¹ Ainsi, les pays du *common law* attribuent une attention particulière à l'intention des parties pour déterminer si la clause d'arbitrage faisait partie de leur cession.⁹⁰²

⁸⁹⁷ Articles 1166 et 1275 du Code civil distinguant entre la novation parfaite et imparfaite, dont la première seulement permet libère le débiteur original de ses obligations, mais requiert le consentement du créateur à cet égard.

⁸⁹⁸ Cass. Civ. 1ere Ch., 27 Mars 2007, *Sté Alcatel Business Systems et Alcatel Micro Electronics c/. et autres*, Bull Civ I, No 129; JDI No 3 July 2007, comm 18. Voir *id.* E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* § 716 (1999), «As a result of the assignment of the arbitration agreement, the co-contractor of the party whose obligation is assigned will be dealing with a new contractual partner. The main question this raises is whether it can occur without the consent of the initial co-contractor who, having entered into an arbitration agreement with a particular person or entity, now finds itself in a different situation. If it accepts the new situation, either expressly or tacitly, there is no difficulty and the only issue will be that of the arbitration agreement's enforceability against the assignee. If, on the other hand, the initial co-contractor refuses to be bound by the arbitration agreement vis-à-vis a party other than that with which it originally dealt, is its consent necessary to give effect to the assignment? Theoretically, the answer should be in the affirmative, given the contractual nature of the arbitration agreement—a party should not be obliged to go to arbitration against another party with which it has not agreed to arbitrate». Voir aussi sentence CCI No. 7154, 121 J.D.I. (Clunet) 1059 (1994), Note Derains.

⁸⁹⁹ Voir Anne-Cécile Hansson Lecoanet et Sigvard Jarvin, Note - Cour Suprême de Suède 15 October 1997 - *MS Emja Braack Shiffahrts KG c/. Wårtsilå Diesel Aktiebolag*, Rev. arb. 1198/2, pp. 434 - 438.

⁹⁰⁰ *Compare Shayler c/. Woolf* [1946] Ch. 320 (Cour d'Appel) (la clause d'arbitrage est transférée automatiquement et s'impose donc par ses effets au cessionnaire).

⁹⁰¹ *Cottage Club Estates c/. Woodside Estates Co.* [1928] 2 K.B. 463, 466 (K.B.) (la cession ne transfère pas au cessionnaire aucun droit à l'arbitrage qui est un engagement à « caractère personnel »).

⁹⁰² Voir aux États-Unis les décisions *Britton c/. Co-op Banking Group*, 4 F.3d 742 (9th Cir. 1993), statuant que la cession du contrat de vente n'était pas suffisante pour la cession de l'obligation d'arbitrer; *Spray Holdings Ltd c/. Pali Fin. Group, Inc.*, 269 F.Supp.2d 356 (S.D.N.Y. 2003); *Banque de Paris et des Pays-Bas c/. Amoco Oil Co.*, 573 F.Supp. 1464 (S.D.N.Y. 1983); *Instituto Cubano c/. The MV Driller*, 148 F.Supp. 739 (S.D.N.Y. 1957); *In re Application of Reconstr. Fin. Corp.*, 106 F.Supp. 358 (S.D.N.Y. 1952). Voir, Parties to International Arbitration Agreements - E. Application of Legal Bases for Subjecting Non-Signatories to Arbitration Agreement, dans G. Born, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2014), pp. 1414. J. Hosking, «Non-signatories and international arbitration in the United States: The Quest for Consent», pp. 291: « US courts considering this matter tend also to analyse closely the arbitration provision and the assignment agreement to ensure this result is consistent with the parties' intention ».

624. L'application de ces deux doctrines crée donc la problématique de la nécessité de l'existence du consentement explicite du tiers financeur d'être soumis à la clause arbitrale, une condition à laquelle le financeur ne cèdera jamais. La doctrine supportant l'idée du consentement automatique ne s'opère pas aussi, puisque la cession du droit économique de la partie financée envers les sommes recouvrées ne crée pas en elle-même une cession des droits substantiels émanant d'un contrat principal incluant la clause arbitrale.
625. Cependant, dans l'hypothèse où l'accord de financement pourrait conduire à une cession du droit d'action, mais pas nécessairement à l'intégralité des droits substantiels, le financeur serait partie au litige, et donc considéré comme étant signataire de l'accord d'arbitrage en raison de son intervention dans la résolution du différend. Ayant remplacé une des parties au procès et assumé les avantages qui en résultent, la portée *ratione personae* de tout accord à l'arbitrage s'étend au financeur qui devient partie à l'instance arbitrale.⁹⁰³ Une complication particulière pourrait survenir dans les cas où les parties à un contrat ne peuvent pas librement céder leurs droits en vertu d'une prohibition contractuelle ou dans le cas où le consentement de l'autre partie est requis.
626. Le cas de la novation est plus complexe que la cession. La convention d'arbitrage contenue dans un contrat faisant l'objet d'une novation, par changement de personne ou par changement de l'obligation, survit à cette novation et se transmet par le changement en question. Dans un arrêt du 10 mai 1988, la Cour de cassation a jugé que « *la novation – à la supposer établie – ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat* ». ⁹⁰⁴
627. La novation a un effet extinctif et non un effet translatif du contrat ou de l'obligation. Il semble donc difficile de généraliser la solution de l'arrêt du 10 mai 1988. Comme il a été démontré, il est nécessaire de distinguer suivant que la novation s'opère par changement de personne ou par changement de l'obligation, le véritable guide en la matière étant la volonté

⁹⁰³ Pour une étude comparative sur la cession et l'arbitrage voir S. Jagusch *et al.*, «The Impact of Third Parties On International Arbitration – Issues of Assignment», dans J. Lew and L. Mistelis (eds) *Pervasive Problems in International Arbitration* (Kluwer, 2006).

⁹⁰⁴ Civ. 1, 10 mai 1988, *Rev. arb.* 1988, p. 639, note crit. Ch. Jarrosson (rejet du pourvoi contre Paris, 4 mars 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 167, note Ch. Jarrosson).

des parties.⁹⁰⁵ Or, s'il est vrai que la novation n'engendre aucun acte translatif, mais sa conclusion par le changement de personne ou d'obligation pourrait pousser certains à considérer que l'acte de financement produit un tel changement, illustré principalement par le financement du tiers des coûts de l'arbitrage. Selon certains, ce financement pourra apporter avec lui un changement de personne (en ce qui concerne le paiement des coûts). Mais, on l'a vu, le contrat de financement, contrairement à la novation, ne substitue pas, dans l'obligation de paiement, le tiers à la partie financée. Le tiers restant, dans la majorité des cas, occulté. C'est d'abord la partie financée qui devrait en premier lieu assumer ses coûts et le financement en tant que tel n'est qu'un simple octroi de sommes d'argent, non une novation, pour financer les coûts. Le financement ne peut alors, en tant que tel, valider l'extension de l'arbitrage. Une troisième possibilité qui est tellement débattue en matière d'extension de l'arbitrage, concerne la doctrine d'un groupe de sociétés *alter ego*.

Sous-section 3: L'extension de l'arbitrage au sein d'un groupe de sociétés - alter ego

628. Cette doctrine est applicable dans le cas où la clause arbitrale insérée dans un contrat est conclue par une société mais est exécutée contre un autre membre du même groupe appartenant à la société signataire, ou contre les actionnaires et directeurs de cette société.⁹⁰⁶ La jurisprudence américaine a ainsi évoqué un principe général selon lequel, si les plaintes contre une société mère et une filiale se fondent sur les mêmes faits, la cour se permet alors de référer les plaintes dirigées contre la partie non signataire de l'acte compromissaire à la procédure arbitrale.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ P. Ancel, «Arbitrage et novation», *Rev. arb.* 2002, p. 3. V. aussi, Com., 22 mai 2001 et Paris, 11 juin 1998, *Rev. arb.* 2002, p. 147.

⁹⁰⁶ *Ibid.* J. Hosking, «Non-signatories and international arbitration in the United States: The Quest for Consent», pp. 294-295. Ch. Jarrosson, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», in *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994, p. 53. I. Fadlallah, «Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés», *Trav. Com. Fr. DIP*, 1984-1985, p. 105; A. Chapelle, «L'arbitrage et les tiers: le droit des personnes morales», *Rev. arb.* 1988, p. 475; O. Sandroch, «Arbitration Agreements and Group of Companies», in *Études P. Lalive, Helbing & Lichtenhahn*, 1993, p. 625; B. Hanotiau, «L'arbitrage et les groupes de sociétés», *Gaz. Pal., Cahiers de l'arbitrage*, n° 2002/2, 1^{re} partie, p. 6; D. Vidal, «L'extension de l'engagement compromissaire dans un groupe de sociétés: application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'*alter ego*», *Bull. CIA/CCI* 2005, vol. 16, p. 67; N. K. Kerameus, «L'engagement des sociétés d'un groupe à l'arbitrage: une approche comparative», *Rev. arb.* 2013, p. 617; E. Loquin, «Clause compromissaire et groupe de sociétés, approche méthodologique», in *Mélanges J. Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 241. Adde, J.-F. Poudret, «L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», *JDI* 1995, p. 893.

⁹⁰⁷ *Burlington Ins. Co. c/ Trygg-Hansa Insurance Co.*, AB, No. 00-1373, 2001 WL 543221 (4th Cir. 23 Mai 2001); *J.J. Ryan & Sons, Inc. c/ Rhone Poulenc Textile*, 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988).

629. Cette théorie est désormais classique. La recherche d'un débiteur solvable du côté du demandeur est susceptible d'expliquer la démarche procédurale (stratégie de la *deep pocket*).⁹⁰⁸ Pour autant, la question se pose de manière générale, qu'une société membre d'un groupe invoque à son profit une clause d'arbitrage ou bien qu'on tente de la lui opposer pour l'attirer à la procédure. Des obstacles se dressent immédiatement sur la route de l'extension de la convention d'arbitrage. Les sociétés composant un même groupe sont autonomes juridiquement les unes des autres. Le tiers financeur n'est pas aussi nécessairement un membre d'un même groupe de sociétés, *inter alia* constituant avec la société (et partie) signataire une « réalité économique unique ».⁹⁰⁹ Par ailleurs, pour être lié par une convention d'arbitrage, il faut l'avoir voulu. Peut-on ainsi étendre une convention d'arbitrage à des sociétés, voire des tiers, non-signataires, au prétexte qu'elles seraient membres du même groupe que la société signataire ? L'extension est admise selon certaines conditions.

630. Pour connaître ces conditions, il est utile de retracer l'évolution jurisprudentielle française. Dans un premier temps, les juges ont accordé une assez grande importance au comportement du tiers apte à révéler son adhésion à la convention d'arbitrage.⁹¹⁰ Selon cette jurisprudence, il faut établir que, par son comportement, la société membre du groupe à qui l'on entend étendre la convention d'arbitrage ou qui l'intention de s'en prévaloir l'a en réalité acceptée et donc voulue.⁹¹¹ Le critère est ainsi principalement subjectif. Cependant, les juges et les arbitres ont toujours mêlé ce critère subjectif – la recherche d'une volonté – à des éléments plus objectifs. Dans cette perspective, le groupe de sociétés a pu faire figure d'« indice » permettant aux juges et arbitres de trouver une assise pour justifier l'« extension ».⁹¹²

631. Le cas jurisprudentiel le plus célèbre est sans doute l'affaire '*Dow Chemical*'.⁹¹³ Dans cette espèce, la société filiale, partie à des contrats contenant une clause d'arbitrage, appartenait au même groupe géré par la société mère Dow qui a négocié les contrats au nom de ses filiales. Elle est par conséquent soumise à la compétence du tribunal arbitral qui a déclaré que « *la clause compromissoire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe doit lier*

⁹⁰⁸ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit – PUF, 2016, § 319.

⁹⁰⁹ V. *infra*, l'affaire *Dow Chemical*.

⁹¹⁰ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit – PUF, 2016, § 321.

⁹¹¹ V. Civ. 1, 11 juin 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 73, note D. Cohen (rejet du pourvoi contre Paris, 11 janvier 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 95, note D. Cohen; *JDI* 1991, p. 141, note B. Audit).

⁹¹² Ch. Jarrosson, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», in *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994, p. 61.

⁹¹³ Affaire CCI n° 4131/1982 du 23 Septembre 1982. La décision demeure jusqu'à présent un sujet de controverse dans la scène arbitrale internationale, voir Wilske, Shore & Ahrens, «The Group of Companies Doctrine - Where is it Heading?», 17 *Am. Rev. Int'l Arb.* (2006) 73.

les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses appraissent selon la commune volonté des toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui en peuvent découler ». ⁹¹⁴ Saisie d'un recours en annulation, la cour d'appel de Paris le rejeta en décidant que les arbitres avaient pu juger « que, suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés Dow Chemical France et Dow Chemical Company avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable ». ⁹¹⁵ La solution a été réaffirmée avec constance sur ce point. ⁹¹⁶

632. Cette doctrine permet donc aux cours et tribunaux de qualifier un groupe de sociétés comme étant une unité économique unique, justifiant l'extension de la convention d'arbitrage à toutes les sociétés membres de ce groupe quand l'une d'elle est signataire de la clause arbitrale. ⁹¹⁷ De la sorte, le tribunal arbitral a considéré qu'il a la *Kompetenz-Kompetenz* envers le tiers non-signataire membre du groupe, quand (i) les parties signataires et non signataires appartiennent au même groupe, (ii) le tiers non signataire s'est immiscé ou s'est impliqué dans la négociation, la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause arbitrale (iii) ou quand les différentes parties ont démontré leur commune intention de référer leur conflit à l'arbitrage. ⁹¹⁸

⁹¹⁴ *Ibid.* *Rev. arb.* 1984, p. 137.

⁹¹⁵ Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984, p. 98, note A. Chapelle.

⁹¹⁶ Pau, 26 novembre 1986, *Rev. arb.* 1988, p. 153, note A. Chapelle; Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989, p. 690, 1^{re} esp., note P.-Y. Tschanz; Paris, 31 octobre 1989, *Rev. arb.* 1992, p. 90. V. cependant, Civ. 1, 30 octobre 2006, *Rev. arb.* 2008, p. 307, note D. Cohen (la cour restant mutique, en l'espèce, à ce propos).

⁹¹⁷ Keechang Kim et Jason Mitchenson, «Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes: A Contextual Approach to Jurisdictional Issues», *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30/4, pp. 417.

⁹¹⁸ *Id.* la sentence arbitrale partielle *Dow Chemical*, CCI n° 4131/1982 du 23 Septembre 1982, «*Considering that irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (une réalité économique unique) of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction subject to Article 13 (1955 version) or Article 8 (1975 version) of the ICC Rules. Considering that in the absence of such a showing that Dow Company has not accepted the arbitration clause, the tribunal did not allow application of the arbitration clause; but that in the present case, the circumstances and the documents analyzed above show that such application conforms to the mutual intent of the parties*», *JDI*, 1983.899 ; *Rec. CCI*, vol. I, p. 465, obs. Y. Derains; *Rev. arb.*, 1984.137; suivie de Paris, 21 Octobre 1983, *Rev. arb.*, 1984.98, note A. Chapelle; Cass. civ. 1^{re}, 30 Mars 2004, *JCP*, 2004 II 10132, note G. Chabot; Cass. civ. 1^{re}, 11 Juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 367; *JCP*, 2006 I 187, § 12, obs. Ch. Seraglini; Cass. civ. 1^{re} 30 Octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 443; Cass. civ. 1^{re}, 27 Mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 129; *JDI*, 2007.968, note C. Legros; *D.*, 2007. 2077, note S. Bollée. La doctrine de groupe de sociétés s'est développée en France séparément des autres juridictions qui l'ont rejeté, tel que l'Angleterre qui applique le principe de 'corporate veil' consacré dans les pays du common law.

633. Ainsi, les conditions d'application de cette doctrine se résument par (1) l'existence d'une structure d'un groupe de société,⁹¹⁹ (2) l'engagement du tiers dans la négociation, la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause compromissoire,⁹²⁰ (3) et la commune intention des parties d'avoir recours à l'arbitrage. Cette dernière condition est présumée par la satisfaction des deux conditions précédentes.⁹²¹ Au-delà des circonstances de fait, la solution dépend souvent de la propension des arbitres, parfois tributaire de leur formation juridique, à étendre ou non la convention d'arbitrage.⁹²²
634. Quoiqu'il en soit, l'extension de la clause arbitrale au tiers financeur selon la doctrine de groupe de sociétés dépend largement de la relation que le financeur entretient avec la partie financée. Cela est également le cas quand la partie financée et le tiers sont membres du même groupe, justifiant l'extension de la clause arbitrale chaque fois que le financeur participe à la négociation et l'exécution du contrat principal, démontrant ainsi son acquiescement à l'arbitrage. Alors que le financement à travers cette structure n'est pas entièrement irrégulier, le marché du financement des contentieux et d'arbitrage se dirige plutôt vers la spécialisation et devient de plus en plus dominé par des fonds d'investissements indépendants et spécialisés dans ce secteur.⁹²³
635. Cela indique que la majorité des financeurs font rarement partie du même groupe que celui de la partie financée.⁹²⁴ De la même manière, l'engagement préalable du financeur dans la

⁹¹⁹ Stavros Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 86 (Oxford University Press 2010), 154. *Carte Blanche (Singapore) Pty. Ltd. c/. Diners Club Int'l Inc.*, 2 F. 3d 24 (2d Cir. 1993). Dans la sentence CCI, affaire n° 6000/1988 (1991) 2(2), Bulletin CCI 31, le tribunal arbitral s'est considéré compétent envers une filiale non signataire d'une société contractante puisque les deux compagnies entretenaient des affaires similaires.

⁹²⁰ *Id.* S. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 154. *Id.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multipart, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, (Kluwer Law International 2006).

⁹²¹ *C&M Farming Ltd. c/. Petersons Farms Inc.*, sentence CCI 2003 (non publiée).

⁹²² Il faut remarquer que la jurisprudence arbitrale est contrastée à ce propos. Il semble bien qu'il existe un véritable usage du commerce international permettant d'étendre la convention d'arbitrage au sein d'un groupe de sociétés, ceux aux conditions posées (e.g. la sentence *Dow Chemical*, préc., qui vise les «usages conformes au besoin du commerce international, notamment en présence d'un groupe de sociétés». V. aussi, la sentence CCI n° 8385 de 1995, *JDI* 1997, p. 1061, obs. Y. D., qui se réfère en la matière à la *lex mercatoria*). L'arbitre international n'a donc nul besoin d'interroger une loi nationale. Pour autant, il existe un certain nombre de sentences refusant l'extension de la convention d'arbitrage (ex. sentence CCI n° 10758 de 2000, *JDI* 2001, p. 1171, obs. J.-J. A ; sentence CCI n° 12721 de 2007, *JDI* 2011, p. 1167, obs A.C.).

⁹²³ Voir particulièrement les financeurs Burford Capital, Vannin Capital et Bentham Europe, trois géants en expansion opérant sur le marché de Londres, Ben Rigby, «A tale of three funders, Commercial Dispute Resolution (CDR)», 17 septembre 2014, disponible sur www.cdr-news.com/categories/third-party-funding/5202-a-tale-of-three-funders.

⁹²⁴ Jonas Von Goeler, «Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure», Kluwer Law International 2016, pp. 216, «*Having said this, there will usually be no corporate group structure between funder and funded party. Litigation funders, as well as insurers, are entities unrelated to the corporate structure*

négociation et la conclusion du contrat principal dans lequel la convention d'arbitrage est insérée est prématuré à ce stade, sans ajouter que l'implication requise pour l'extension de la clause arbitrale est limitée à son engagement substantiel dans l'exécution du contrat.⁹²⁵ En effet, le financeur n'intervient que pour évaluer le conflit et financer le procès, uniquement après que des différends viendraient à se produire entre les parties concernant l'interprétation et l'exécution de ce même contrat.⁹²⁶ Mais si l'imposition de cette deuxième condition dans l'affaire *Dow Chemical* n'est en effet que pour identifier, d'une part, la connaissance du tiers de l'existence de la clause arbitrale et, d'autre part, pour démontrer son consentement à l'arbitrage, il en va de même quand le tiers financeur, alors absent de la rédaction du contrat initial, devient activement engagé dans l'exécution de la clause arbitrale et le déclenchement du processus arbitral. Cette extension devient envisageable par le biais de l'approche contextuelle chaque fois que le financeur est impliqué dans l'exécution du contrat initial.⁹²⁷ Un quatrième moyen aussi populaire en matière d'extension de l'arbitrage est l'estoppel, surtout au *common law*.

Sous-section 4 : L'Estoppel

636. La doctrine d'estoppel, connue auparavant en langue Française ancienne par *estoupail*, signifiant 'la prohibition de faire sortir quelque chose', a été importée en Angleterre par les Normands et fut expliquée par *Coke* dans ses commentaires sur *Littleton*.⁹²⁸ Les ingrédients essentiels de l'estoppel ont été identifiés par Lord Birkenhead dans l'affaire *Maclaine c/ Gatty* par les termes suivants : « *Lorsque (A) par ses propos ou son comportement a poussé (B) à croire qu'un certain état de fait existe, et (B) a agi sur cette croyance à son préjudice, (A) n'est pas autorisé à évoquer contre (B) qu'un autre état de fait existait en même*

of their clients. (...) Thus, the group of companies doctrine is not particularly suited to analyse the fact patterns underlying third-party funding scenarios.

⁹²⁵ *Inter alia*, sentence CCI affaire n°4504 de 1985-1986, décidant que le rôle joué par le deuxième défendeur n'étant pas suffisamment substantiel pour permettre de déduire qu'il a ratifié la clause arbitrale. Sentence CCI affaire n°4792 de 1989, décidant que le rôle que Mr W a joué dans la négociation et l'exécution du contrat ne le fait pas partie à ce contrat.

⁹²⁶ *Id.*, L. Lévy *et al.*, *Third-Party Funding* – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 82, «*First, the third-party funder is unlikely to have had a role in the negotiation of the contract between the two parties. It is typically when the parties are already in dispute that one of them will seek external funding.*».

⁹²⁷ Voir *infra*, para 650.

⁹²⁸ E. Coke, *Commentaries on Littleton* (19e éd, 1832), vol. II, s. 667, 352a. Littleton écrit dans la loi française de son époque (15ème siècle), faisant emploi du terme «*pur ceo Que le baron est estoppé à dire*», qui signifie tout simplement que le mari est prohibé de dire quelque chose. Voir, John Cartwright, «Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law» - Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, Netherlands Comparative Law Association, Juillet 2006, disponible en ligne www.ejcl.org/103/art103-6.doc.

temps ». ⁹²⁹ Certes, depuis que cette affaire a été décidée en 1921, la doctrine d'estoppel s'est développée, englobant plusieurs variétés distinctes applicables en droit Anglais, *inter alia*, estoppel par déclaration (*estoppel by representation*), estoppel par promesse (*promissory estoppel*), estoppel par propriété (*proprietary estoppel*), estoppel par accord (*estoppel by convention*), ainsi que d'autres doctrines analogues telles que la variation et la renonciation. ⁹³⁰

637. L'estoppel n'est pas étranger au droit civil. Bien que la doctrine en soit rarement appliquée, elle se trouve sous différentes formes, telles que l'obligation d'agir en bonne foi *bona fide*, le mandat apparent, ou l'adage *venire contra factum proprium* (Nul ne peut se mettre en contradiction avec son propre comportement précédent). ⁹³¹ Dans un contexte arbitral, l'estoppel est utilisé comme une défense évoquée par l'une des parties pour obliger la partie adverse qui agit contrairement à son comportement précédent, voire essaie de se désister de ses engagements contractuels, d'arbitrer avec elle. ⁹³²

638. En *common law*, la jurisprudence est riche en décisions ayant l'effet que la doctrine d'estoppel permet à une partie d'invoquer la clause d'arbitrage et de considérer le tiers obligé

⁹²⁹ *Maclaine c/ Gatty* [1921] 1 AC 376, 386.

⁹³⁰ *Id.* Ewan Mckendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 9eme edition, 2011, p. 92.

⁹³¹ *Id.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, (Kluwer Law International 2006) pp. 28, para 55-56, «Although the theory of estoppel – indeed a very useful theory - does not seem to have been used in multicontract, multiparty disputes in cases where the law of a country of continental Europe applied to the agreement (for the very simple reason that estoppel is not part of the legal tradition of continental Europe), an estoppel wording or approach is sometimes used in arbitral awards rendered in Western Europe, based on the theory of good faith or the theory of apparent mandate or ostensible authority». Cour de Cassation, civ. 1^e, *Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran*, 6 Juillet 2005, *Rev. arb.* 2005/993 ; Note, P. Pinsolle, «L'admission directe de l'estoppel en droit français», 2005 *Rev. arb.* 993, note de la décision de 6 Juillet 2000. L'obligation d'agir en bonne foi, ou la théorie du mandat apparent, ont été utilisés dans la jurisprudence arbitrale appliquant le droit civil, v. en ce sens l'arbitrage CCI affaire n° 2375 de 1975, «Dans ces conditions, il y a lieu de s'en tenir à l'idée, conforme à l'esprit des contrats comme à la réalité économique, que ni le groupe A, ni son président, ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe, ne peuvent s'abriter derrière la rédaction de telles clauses particulières, interprétées littéralement et isolées du contexte de l'ensemble des accords, pour demander à être mises hors cause dans un litige qui concerne directement le groupe ou l'organisation A »; Sentence CCI affaire n° 5730 de 1988, « in the eyes of third parties, all the companies owned by Mr. Z undoubtedly form a group of companies dependent on Mr. Z. The existence of such a group has been recognised in numerous judicial decisions, in Greece and abroad. In proceedings before the High Court of Justice in England, Mr. Z has admitted that all the business handled under 'X Lines' or 'X Line' engaged the personal liability of Mr. Z. ... Mr. Z could not in good faith argue the contrary. He has entertained a total confusion between the different companies in the eyes of third parties». Sentence CCI affaires n° 7604 et 7610 de 1995, 125 *J. Droit Int'l (Clunet)* 1027 (1998).

⁹³² Voir, *id.* J. Lew, L. Mistelis, & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* para 7-30 (2003), p.139, «Where the consent of both parties to the arbitration clause was clear, despite the non-fulfilment of formal requirements, courts have resorted to considerations of good faith and estoppel to uphold the arbitration agreement». V., Tribunal Fédéral Suisse, 16 Janvier 1995, *Compagnie de Navigation et Transport SA c/ MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 690 (1996) 698 para 13.

à la respecter, même en l'absence d'un consentement explicite, surtout quand le tiers invoque un droit émanant du contrat dans lequel la clause est insérée.⁹³³ En ce sens, la jurisprudence américaine a décidé qu'une partie recevant un 'bénéfice direct' sous un contrat, est empêchée (*estopped*) de nier qu'elle est une partie à la clause compromissoire incluse dans ledit contrat.⁹³⁴

639. Ainsi, en se fondant sur les différents cas de figure traités par la jurisprudence, la présence

⁹³³ *Id.* G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, pp. 1410-1411. *V. Int'l Paper Co. c/. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 418 (4th Cir. 2000), «*In the arbitration context, the doctrine [of equitable estoppel] recognizes that a party may be estopped from asserting that the lack of his signature on a written contract precludes enforcement of the contract's arbitration clause when he has consistently maintained that other provisions of the same contract should be enforced to benefit him.*». *Id. Thomson-CSF, SA c/. Am. Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995), «*Arbitration is consensual by nature. ... It does not follow, however, that under the [FAA] an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision. This court has made clear that a non-signatory party may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the 'ordinary principles of contract and agency'; V. aussi, Sunkist Soft Drinks, Inc. c/. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993), concernant une partie qui évoque un droit sous le contrat est empêchée (*estopped*) de nier qu'elle est partie à une clause d'arbitrage, «*The nexus between Sunkist's claims and the license agreement, as well as the integral relationship between SSD and Del Monte, leads us to the conclusion that the claims are "intimately founded in and intertwined with" the license agreement. Therefore, we hold that Sunkist is equitably estopped from avoiding arbitration of its claims*»; *Avila Group, Inc. c/. Norma J. of Cal.*, 426 F.Supp. 537, 542 (S.D.N.Y. 1977), «*To allow Norma J. to claim the benefit of the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purposes underlying enactment of the Arbitration Act*». Voir aussi, *id. J.J. Ryan & Sons, Inc. c/. Rhone Poulenc Textile, SA*, 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988); *McBro Planning & Dev. Co. c/. Triangle Elec. Constr. Co.*, 741 F.2d 342 (7th Cir. 1984); *Hughes Masonry Co. c/. Greater Clark County School Bldg Corp.*, 659 F.2d 836 (7th Cir. 1981); *H.G. Estate LLC c/. Corporacion Durango, SA de CV*, 271 F.Supp.2d 587 (S.D.N.Y. 2003); *Messing c/. Rosenkrantz*, 872 F.Supp. 539 (N.D. Ill. 1995).

⁹³⁴ *Id.* G. Born, 2014, pp. 1451. Voir, *Am. Bureau of Shipping c/. Tencara Shipyard SpA*, 170 F.3d 349, 352 (2d Cir. 1999), décidant qu'une partie est empêchée (*estopped*) de nier son obligation d'arbitrage quand elle reçoit un « bénéfice direct » du contrat dans lequel la clause arbitrale est insérée; *Astra Oil Co. c/. Rover Nav. Ltd*, 344 F.3d 276 (2d Cir. 2003), «*on estoppel theory, non-signatory oil company affiliated with shipper could compel arbitration against charter-vessel owner, pursuant to arbitration clause contained in charter party between shipper and charter-vessel owner, because of close connection between oil company's claims and contract, close corporate and operational relationship between oil company and shipper, and fact that charter-vessel owner treated oil company as if it were party to contract* ». *Deloitte Noraudit A/S c/. Deloitte Haskins & Sells*, 9 F.3d 1060 (2d Cir. 1993), «*Noraudit failed to object to the agreement when it received it ... In addition, Noraudit knowingly accepted the benefits of the agreement ... Thus, Noraudit is estopped from denying its obligation to arbitrate under the ... agreement* ». *International Paper Co. c/. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH*, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000), «*a buyer who is a non-signatory to a sales contract cannot sue to enforce the contract's guarantees without complying with the arbitration provision contained in the said contract* ». *Amkor Tech., Inc., c/. Alcatel Bus. Sys.*, 278 F. Supp. 2d 519 (E.D.Pa. 2003), «*as long as a non-signatory has received a direct benefit from a contract, it is not essential that it be shown to have interacted regularly with the signatory that seeks to enforce an arbitration clause. (...) direct benefits from the Amkor/AME agreement had accrued to ABS and that therefore, ABS was bound to the arbitration clause to which AME had agreed. The arbitration clause therefore also bound AGF which, as ABS's insurer, stands in the shoes of its client*». Il faut cependant distinguer entre un tiers bénéficiaire engagé par les termes de la clause arbitrale et un tiers qui bénéficie de la relation contractuelle contenant ladite clause: voir *MAG Portfolio Consultant, GmbH c/. Merlin Biomed Group LLC*, 268 F.3d 58, 61 (2d Cir. 2001), décidant que le bénéfice dérivé d'un accord est indirect quand le non-signataire exploite la relation contractuelle des parties à cet accord, mais n'exploite pas (et par conséquent n'assume pas) ledit accord, «*non-signatory's benefit derived from agreement containing arbitration clause is indirect, and thus non-signatory cannot be bound by clause, where it exploits contractual relationship of parties to agreement, but does not exploit agreement itself*».

d'un financeur est aisément comparable à un tiers non-signataire de la clause compromissoire, poursuivant un bénéfice, non de l'exécution direct ou indirect des parties de leurs droits ou obligations substantielles émanant du contrat, mais plutôt de leur droit manifesté par l'exécution de la clause d'arbitrage insérée dans ce même contrat.

640. Certains considèrent que le bénéfice du tiers financeur est dérivé du contrat de financement. Il ne reçoit donc pas un bénéfice direct qu'il exploite du contrat contenant la clause d'arbitrage et ne peut être admis en tant que partie à la procédure arbitrale.⁹³⁵
641. Si l'on adopte le raisonnement suivi dans l'affaire *MAG Portfolio*, pour être admis en tant que partie, le financeur devra recevoir un bénéfice direct en '*exploitant le contrat conclu entre les parties à la procédure arbitrale*'.⁹³⁶ En effet, le financeur apparaît avoir exploité le droit de recours à l'arbitrage de l'une des parties, qui est inséré dans le contrat initial, et assume même certaines obligations émanant de l'exécution d'un tel droit, telles que les coûts associés à la procédure arbitrale. Son bénéfice direct dérive donc du contrat contenant la clause arbitrale. Ainsi, rien n'empêche d'évoquer l'estoppel pour engager le financeur à la procédure arbitrale, ou de lui permettre d'affirmer son droit à l'arbitrage, nonobstant le fait qu'il n'est pas signataire de la clause compromissoire.
642. La forme selon laquelle la doctrine d'estoppel s'applique en *common law* en présence d'un tiers financeur concerne généralement '*l'estoppel by representation*', connu aux États-Unis sous ses deux versions développées par la jurisprudence, (1) *l'equitable estoppel* et (2) *l'intertwined estoppel*.
643. *L'equitable estoppel* a été régulièrement employé comme un moyen défensif utilisé par le tiers contre toute plainte portée devant les cours par le signataire d'une clause arbitrale découlant de ses engagements contractuels la liant avec l'autre partie signataire de la même

⁹³⁵ *Id.* J.V. Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 218, «*In any case, the litigation funder's benefit is an indirect one within the meaning of the Thomson case, since it does not flow from the contract between the claimant and the respondent itself, but from the (separate) funding agreement. It is by virtue of this agreement that the funder obtains an economic interest in whether or not the funded party's rights under the main contract are ultimately enforced. It follows that, even applying the generous 'direct benefit' standard a litigation funder will not be precluded from denying that it is a party to the arbitration agreement*».

⁹³⁶ *Id.*, *MAG Portfolio* 268 F.3d 58, 61.

clause, et *vice versa*.⁹³⁷ La jurisprudence américaine a rejeté les réclamations déposées en général contre le tiers sur la base de sa responsabilité délictuelle, en décidant que les parties ne peuvent violer leurs obligations d'arbitrer les plaintes émanant des dispositions substantielles du contrat contenant une clause arbitrale en ayant recours en responsabilité délictuelle plutôt que contractuelle.⁹³⁸ Mais le financeur se contente uniquement de voir la partie financée réclamer ses droits substantiels au contrat à travers l'exécution de son droit d'action. Le financeur ne substitue pas la partie financée dans aucun de ses droits ou obligations substantielles émanant du contrat. Son engagement se limite à assumer les coûts du procès arbitral, ce qui empêche d'établir un lien entre les plaintes que la partie adverse ou le tiers financeur pourront avancer contre tous deux et les dispositions substantielles du contrat.

644. En revanche, '*l'équitable estoppel*' peut-être employé pour étendre la clause arbitrale au tiers financeur quand ce dernier s'empare de la partie financée en acquérant ses actifs. Elle devient par la suite obligée par les termes de la clause arbitrale dont la partie financée est signataire. Cela a été le cas dans l'affaire *Thomson* où *l'équitable estoppel* a été employé pour contraindre l'acheteur à arbitrer ses demandes relevant du contrat.⁹³⁹

645. D'autre part, les cours américaines ont cherché, *via l'intertwined estoppel*, l'existence d'une

⁹³⁷ *Id.* S. Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 86 (Oxford University Press 2010), 135. Voir, *Smith/Enron Cogeneration c/. Smith Cogeneration Int'l*, 198 F.3d 88, 98 (2d Cir. 1999); *Choctaw Generation c/. American Home Assurance*, 271 F.3d 403 (2d Cir. 2001); *supra* notes 438. *Id.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, Ch. I: Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals, pp. 21.

⁹³⁸ *V. essentiellement, id. Hughes Masonry Co c/. Greater Clark County School Building Corp.*, 659 F.2d 836 (7th Cir. 1981), «*the very basis of [its] claim [was] that [the manager] breached the duties and responsibilities assigned and ascribed to [the manager] under the agreement" that contained the arbitration clause*»; *id. Sunkist Soft Drinks, Inc. c/ Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993), «*the licensor was equitably estopped from asserting the lack of a written agreement between itself and the parent company in view of the close relationship between the entities involved and the relationship of the alleged wrongs to the non-signatory's obligations and duties in the contract*»; *Metalclad Corp. c/. Ventana Envtl. Organizational P'ship*, 1 Cal. Rptr. 3d 328 (Ct. App. 2003), «*Metalclad's tort allegations that Ventana and Geologic had colluded to obtain Econsa by fraudulent contract was intimately founded in and intertwined with the underlying Geologic contract, which Metalclad signed*»; *In re Currency Conversion Fee Antitrust*, 265 F.Supp. 2d 385 (S.D.N.Y. 2003), «*the alleged wrongs by Bank One and Bank of America Corporation were intimately founded in and intertwined with the underlying agreements between First USA and Bank of America and their respective card holders*»; *Id., Choctaw Generation Limited Partnership c/. American Home Assurance Company*, 271 F.3d 403 (2d Cir. 2001), «*the issues the non-signatory was seeking to resolve in arbitration were indeed intertwined with the agreement that the estopped party had signed*».

⁹³⁹ *Id. Thomson-CSF, S.A. c/. Am. Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1995), «*the Circuits have been willing to estop a signatory from avoiding arbitration with a non-signatory when the issues the non-signatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed, ... the situation here is inverse: as E&S, as signatory, seeks to compel Thomson, a non-signatory*».

relation étroite entre les parties signataires d'un contrat déterminé et les droits émanant de ce même contrat. Selon cette version de l'estoppel, les cours examinent spécifiquement deux aspects de ladite relation: verticalement, si le litige entre la partie contractante et le tiers est étroitement lié à un contrat, ou chaîne de contrats contenant une clause arbitrale⁹⁴⁰ et, horizontalement, si le tiers a des liens contractuels ou structurels avec l'une des parties contractantes.⁹⁴¹

646. Appliquant cette approche interprétative des relations entre les parties en la présence d'un tiers financeur, la conclusion de l'accord de financement n'établit aucun lien contractuel entre le financeur et les parties contractantes. Ce lien ne se forme notamment pas à la base des revendications substantielles émanant du contrat initial, tel que requis pour l'application de *l'intertwined estoppel*, et ne permet donc pas au tribunal d'examiner les questions de faits et de droits pour l'extension de la clause arbitrale. En effet, les demandes dirigées contre le tiers financeur, tel que le paiement d'une sécurité contre les coûts de l'arbitrage, flottent hors de la sphère du contrat initial, sans pour autant faire partie *ratione materiae* de la clause arbitrale dans lequel elle est insérée.
647. Après avoir expérimenté l'approche contractuelle en matière d'extension de la clause arbitrale au tiers financeur, un élément essentiel qu'il faut prendre en considération dans tous les cas d'extension est de déterminer si le caractère volontaire de l'arbitrage est violé par l'inclusion du tiers non-signataire dans le procès arbitral.

Sous-section 5: L'approche contractuelle et le consensualisme

648. Alors que la nature consensuelle de l'arbitrage suppose la présence d'un consentement explicite comme preuve d'un accord à l'arbitrage, l'approche contractuelle rend l'exigence de la preuve écrite, voire la signature de l'*instrumentum*, plus flexible et adaptée aux nouvelles réalités commerciales en avançant l'idée qu'un consentement peut-être déduit ou présumé,⁹⁴²

⁹⁴⁰ Cette méthode est similaire à l'extension de la clause arbitrale à des conflits relevant d'une chaîne de contrats, tel que appliqué par la jurisprudence française. La jurisprudence aux États-Unis examine à cet égard les contrats, la relation entre les parties et les issus de faits et de droit qui en surgissent. *V. id.*, les affaires *Choctaw Generation*, *McBro Planning & Dev.*, et *Hughes Masonry*, concernant chacune une série de contrats dont le conflit entre les parties était étroitement lié. Les cours ont considéré que les parties étaient obligées de référer leur conflit à l'arbitrage même en l'absence d'un rapport contractuel entre eux.

⁹⁴¹ Cela étant le cas si le tiers entretient un rapport contractuel avec la contractante de la partie refusant d'arbitrer avec ce premier, *id. McBro Planning & Dev.*

⁹⁴² *Id. K. Kim et al.*, «Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes: A Contextual Approach to Jurisdictional Issues», *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30/4, pp. 414,

incitant ainsi au prononcé de sentences équitables prenant en compte la forme selon laquelle se concluent les transactions contemporaines.⁹⁴³

649. Cela étant dit, l'approche contractuelle ne néglige point l'exigence d'un consentement à l'arbitrage. Elle essaie en revanche d'établir un consentement présumé à travers une interprétation contractuelle des différents instruments gouvernant la relation entre les parties. Il est toutefois difficile d'établir ce consentement pour affirmer l'extension de la procédure arbitrale au financeur selon la méthode contractuelle classique. Ainsi, certaines juridictions ont substitué l'exigence du consentement par l'implication du tiers dans la négociation et l'exécution du contrat pour affirmer l'extension de la clause arbitrale, chaque fois que la réalité économique et commerciale l'exige, offrant de la sorte un remède aux limites de l'application de l'approche contractuelle.⁹⁴⁴ À part l'interprétation contractuelle, l'extension de l'arbitrage dépend aussi de l'analyse des circonstances de faits selon lesquels on peut déterminer s'il faut inclure ou non un tiers non-signataire à l'arbitrage.

Section II : L'approche contextuelle et la position française

650. L'approche contextuelle part de l'idée que, dans certaines situations, la condition du consentement est futile, que l'extension de l'arbitrage à des tiers doit et devrait se produire selon les circonstances du conflit actuel, *inter alia* le contexte dans lequel il surgit, les relations contractuelles et quasi contractuelles entre les parties et les répercussions de l'intervention du tiers au procès.⁹⁴⁵ Ainsi, en contraste avec les décisions précédentes, une

«According to this view, it is possible under certain circumstances to treat a 'non-signatory' as a party to an arbitration agreement despite their failure to sign it. The core argument is that although a signature is the best evidence of consent, it is not the only evidence and in certain situations consent may be inferred or presumed».

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Id.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, Ch. I: Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals, pp. 38.

⁹⁴⁵ *Id.* K. Kim *et al.*, «Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes: A Contextual Approach to Jurisdictional Issues», *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30/4, pp. 422, «Under the contractual approach, the only question – and solution – for third-party intervention is whether the relevant parties have consented to arbitration despite failing to sign the agreement. In this narrow angle of analysis, courts and tribunals are forced to creatively use non-signatory theories to marginalize the requirement of consent or create consent to permit third-party intervention. In doing so, however, we are merely preserving the appearance of consent. It may be more honest and practically important to admit that, in certain situations, arbitration without consent does and should occur. (...) It is the nature of the dispute, rather than consent that determines the boundaries of a tribunal's jurisdiction to determine the question of voluntary third-party intervention. Arbitration can, and already does, affect third parties. It cannot remain a closed system exclusively reserved for consenting parties. Instead, it should be flexible and adapt to commercial reality by allowing voluntary third-party intervention where it would be equitable and commercially desirable to do so». *V. aussi, Id.* James M. Hosking, «The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent», 4 *Pepp. Dis. Res. L.J.* 6, 4 (2004).

série de jurisprudences plus récentes des juridictions françaises ne s'est plus référée à l'exigence d'un consentement préalable pour l'extension de la clause au tiers, ou à une quelconque présomption à cet égard, affirmant en revanche que «*la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et des litiges qui peuvent en résulter*». ⁹⁴⁶

651. L'extension de la clause arbitrale, on l'a bien noté, trouve son origine dans l'affaire *Dow Chemical* qui a étendu la clause arbitrale aux autres membres du groupe de la société signataire de cette clause en tant qu'ils ont joué un rôle dans la négociation et l'exécution du contrat contenant ladite clause. Il en résulte qu'ils deviennent les véritables parties concernées par les conflits qui peuvent en surgir. Il a ensuite été avancé que la clause compromissoire insérée dans un contrat faisant partie d'un ensemble contractuel s'étend aux litiges concernant les autres contrats, ⁹⁴⁷ nonobstant le caractère homogène ou hétérogène des contrats appartenant à cet ensemble. ⁹⁴⁸

652. L'affaire *Abela* a aussi par la suite étendu la clause d'arbitrage aux consorts Abela en leur qualité de parties véritables au pacte social en raison de leur comportement vis-à-vis des faits litigieux, qualifié d'*immixtion* dans le fonctionnement et la liquidation de la société. ⁹⁴⁹ Selon

⁹⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Sté ABS c/ sté Amcor Technology et autres*, *Rev. arb* 2007/4, p. 788, note J. El Ahdab; *D.*, 2007.2077, note S. Bollé ; *Pan.*, n° 2, obs. Th. Clay ; *JCP E*, 2007.2018, n° 11, obs. Ch. Seraglini; François-Xavier Train, «Action directe et arbitrage - à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007», *Gaz. Pal.*, 2007, 21-22 novembre 2007, *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2007/3, p. 6; Xavier Boucobza, «Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage», *Rev. arb.* 2013/3, pp. 647 - 648.

⁹⁴⁷ D. Cohen, «Arbitrage et groupes de contrats», *Rev. arb.*, 1997.471; F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, Préf. I. Fadlallah; D. Hascher, *Rép. dr. intern.*, V° Arbitrage du commerce international, 2005, n° 74-75.

⁹⁴⁸ *Id.* Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Sté ABS c/ sté Amcor Technology et autres*, *Rev. arb* 2007/4, p. 787, «(...) la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne». cf. v. l'arrêt *Peavey* qui exigeait l'existence d'une chaîne homogène de contrats, Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2001, *Rev. arb.*, 2001.765, note D. Cohen ; *D.*, 2001, IR, 827, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP*, 2001 II 10567, note C. Legros; *JCP E*, 2001.1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; *Rev. crit. DIP*, 2001.522, note F. Jault-Seséke; *RTD com.*, 2001.413, obs. J.-Cl. Dubarry, E. Loquin ; *RTD com.*, 2001.754, obs. B. Bouloc; *Deffr.*, 2001.708, n° 11, art. 37365, obs. R. Libchaber; *D & P*, 2001.293, obs. P. Mousseron; *Cont. Conc. Cons.*, juin 2001, p. 10, n° 82, obs. L. Leveneur; *RJDA*, 2001.01, n° 1057.

⁹⁴⁹ *Id.* *Abela*, C.A de Paris, arrêt du 22 mai 2008, *rev. arb.* 2008/4, pp. 733, décidant que les contrats *Abela* «se sont comportés comme les véritables actionnaires de la société, désignant même à cette occasion des membres du conseil d'administration et s'accordant sur la désignation du président; qu'ils ont ainsi exercé des prérogatives réservées aux actionnaires, l'acceptation formelle de cette convention par le conseil d'administration et l'assemblée générale ne changeant rien à leur degré d'implication». On ne peut résister de comparer à cet égard le raisonnement de la cour d'Appel avec le comportement d'un tiers financeur actif, une forme de financement essentiellement populaire en Australie et aux États-Unis. Cette comparaison se trouve à l'évidence possible, vu que la cour a même décidé sur le degré d'influence, voire l'immixtion, que le tiers financeur exerce sur la procédure et la perte d'autonomie de la partie officielle à cet égard : le comité de protecteurs de la fondation Albert Abela, chargé statutairement de donner à l'organe dirigeant de la fondation

le raisonnement de la cour d'appel, les consorts Abela, non-signataires de la clause d'arbitrage, ont exercé des *prérogatives appartenant à l'actionnaire majoritaire*, voire officiel, i.e. Albert Abela Family Foundation, les qualifiant ainsi comme étant la partie réelle impliquée dans l'exécution du contrat de société, n'ignorant ni l'existence ni la portée de la clause compromissoire.

653. La cour d'appel de Paris a aussi essayé de dissocier l'exigence d'un groupe de sociétés pour affirmer l'extension de l'arbitrage en décidant dans l'affaire *SMABTP* du 22 Mars 1995, que «*la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat le stipulant*».⁹⁵⁰ En pratique, ce type d'implication est difficilement envisageable pour des parties n'appartenant pas au même ensemble.

654. Aucun développement jurisprudentiel notable n'a eu lieu depuis la décision *Dow Chemical*, jusqu'à ce que la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Jaguar* ait finalement approuvé, dans sa

des instructions sur l'exercice de son droit de vote dans les organes administratifs des sociétés, et que dès lors que les consorts Abela, également non-signataire de la clause compromissoire, ont exercé leur influence sur des membres du comité, cette dernière «*à l'évidence [...] n'avait guère d'autonomie, contrairement à ce qu'a estimé le tribunal arbitral, au regard de l'influence exercée par les consorts Abela en réalité véritables détenteurs du pouvoir social*», *id. Abela*, p. 734. Ce degré d'influence, étant décisif, permet la cour de raisonner que les consorts Abela exerçaient les droits et devoirs du comité en tant que *véritable partie* actionnaires majoritaires de la holding, *id.*, F.-X. Train, p. 737-738. Or, le piège qu'il faut éviter dans cette comparaison est de savoir si le même raisonnement aurait été adopté par la cour d'Appel dans le cas d'un tiers financeur qui ne participe pas aux faits litigieux, mais qui intervient après l'émergence du conflit sujet de l'arbitrage *ratione materiae*.

⁹⁵⁰ *SMABTP et autre c/s société Statinor et autres*, Cour d'appel de Paris (1Ch. D), 22 Mars 1995, *Rev. arb.* 1997/4, pp.550 et s., dans laquelle la référence aux usages du commerce international et aux relations d'affaires habituelles entre les parties initialement énoncée dans l'affaire *Orri*, a par la suite disparu. V. en ce sens, *Orri c/ société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 11 janvier 1990, *Rev. arb.* 1992.95, «*Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et les relations commerciales habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait*», note D. Cohen, et *JDI* 1991.141, note B. Audit. V. aussi sur le critère de l'implication les affaires, *inter alia*, *Société Clark International Finance c/ société Sud Matériel Service et autre*, Paris (1Ch. urg.), 20 avril 1988, *Rev. arb.* 1988.570; *Société Korsnas Marma c/ société Durand-Auzias*, Cour d'appel de Paris (1Ch. urg.), Paris, 30 novembre 1988 et 14 février 1989, *Rev. arb.*, 1989.691, note P.-Y. Tschanz; *Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c/ société Comptoir commercial André*, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 28 novembre 1989, *Rev. arb.*, 1990.675, note P. Mayer; *Société V 2000 c/ société Project XJ 220 ITD et autres*, Cour d'appel de Paris (1Ch. D), 7 décembre 1994, *Rev. arb.*, 1996.245, note Ch. Jarrosson ; 8 octobre 1997, *D.*, 1997. IR. 233; 17 décembre 1997, *RJDA*, 1998. 374.

décision du 7 Décembre 1994, l'extension de l'arbitrage dans un contexte où la doctrine de groupe de sociétés n'était clairement pas applicable.⁹⁵¹ La Cour a décidé que «*dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause d'arbitrage s'étendent aux parties qui sont directement impliqués dans l'exécution du contrat dans la mesure où leur situation et leurs activités donnent lieu à la présomption qu'ils étaient au courant de l'existence et la portée de la clause d'arbitrage pour que l'arbitre soit saisi de tous les aspects économiques et juridiques du différend*».

655. Cette jurisprudence a de la sorte confirmé la possibilité de l'extension de la clause arbitrale à des non-signataires sans l'exigence d'un consentement explicite ou implicite à l'arbitrage. Il est à noter que la Cour de cassation est revenue, dans une dernière décision, sur le critère de 'connaissance préalable', en décidant que «*l'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est 'directement' impliqué dans l'exécution du premier contrat*»,⁹⁵² sans pour autant exiger une connaissance explicite ou implicite à cet égard. Tel que noté par un observateur, la simple prévisibilité par le tiers de l'existence de la clause compromissoire au moment de la conclusion de son propre contrat et son implication dans le contrat principal devient alors suffisante pour confirmer les matières d'extension.⁹⁵³

656. Alors que cette prévisibilité n'est pas difficile à établir dans le cas du financeur qui accepte de financer un procès arbitral qu'il a dûment analysé, la décision sur l'extension nécessite, tout d'abord, de déterminer si le financeur, par la conclusion de son accord de financement, s'implique directement dans l'exécution du contrat original dans lequel la clause arbitrale est insérée (sous-section 1), s'implique dans les litiges qui peuvent en résulter (sous-section 2), ou même affecte l'efficacité économique du procès, créant ainsi une raison admissible pour

⁹⁵¹ Confirmé par la suite dans la décision de la cour de cassation dans l'affaire *V Renault. Company V 2000 (Jaguar France)*, cassation (1Ch. civ.), 21 mai 1997, *Rev. Arb.*, 1997/537, note E. Gaillard.

⁹⁵² Cass. civ. 1re, 26 Octobre 2011, *Bull. civ. I*, n° 175; *RDC*, 2012.545, obs. X. Boucobza.

⁹⁵³ *Id.*, X. Boucobza, Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage, interprétant la décision de la Cour de cassation du 26 Octobre 2011, *ibid* «*la Cour de cassation semble vouloir faire du critère de la prévision de la clause la pierre angulaire du système d'extension de la clause compromissoire. Prévision du contractant originaire qui, en ayant inséré une clause compromissoire dans son propre contrat, peut s'attendre légitimement à ce que les différends résultant de l'exécution de ce contrat soient soumis à l'arbitrage. Prévision du tiers qui, ayant eu connaissance de la clause compromissoire au moment de la conclusion de son propre contrat, pouvait prévoir que les différends engagés à l'encontre du contractant originaire seraient soumis à l'arbitrage. Cette analyse en termes de double prévisibilité évite de s'interroger sur la caractérisation d'un consentement qui n'est plus véritablement requis. Ni le consentement explicite bien évidemment - sauf à ce qu'il vienne contredire la prévision ainsi entendue - ni même le consentement implicite toujours hasardeux à caractériser. La seule prévision suffit. Et, par là même, la Cour de cassation semble avoir trouvé un équilibre heureux*».

l'extension (sous-section 3) .

Sous-section 1: L'implication dans l'exécution du contrat

657. Cela suppose que l'engagement du financeur se fait durant la phase de l'exécution par les parties de leurs engagements contractuels. En fait, cet engagement est envisageable durant cette période quand il y a un lien entre le financeur et la partie financée, selon lequel le financeur agit comme étant la société mère en assurant la bonne exécution du contrat à travers sa filiale, la partie originale, qui reste la seule partie signataire à la clause arbitrale. L'extension est cependant décidée, selon le droit applicable, sur la base que le financeur a été impliqué dans l'exécution du contrat, donnant lieu à la présomption qu'il était au courant de la clause d'arbitrage.
658. Toutefois, le financement moderne se fait à travers un financeur professionnel indépendant de tout lien structurel avec la partie financée et n'intervient que lorsqu'un litige surgit de l'exécution par les parties de leurs obligations contractuelles,⁹⁵⁴ ce qui rend toute implication prématurée quand elle a lieu avant l'émergence d'un conflit déterminé. Le financeur ne prend effectivement aucun rôle dans la négociation du contrat; son engagement se limite au recouvrement des sommes décidées.⁹⁵⁵
659. De plus, alors qu'il existe un fondement présumé pour l'extension de la clause au tiers financeur impliqué dans l'initiative du procès, le simple fait d'avoir fourni des fonds nécessaires par la conclusion de l'accord de financement ne peut constituer en soi un engagement matériel justifiant l'inclusion du tiers au procès.⁹⁵⁶ Cela devrait être accompagné

⁹⁵⁴ *Id.* Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 214, «*a non-signatory's involvement in the negotiation or performance of the main contract may in some instances be interpreted as tacit acceptance of the associated arbitration clause. Such interpretation should however not be possible in case of third-party funders, since third-party funding agreements, notably litigation funding agreements, are typically concluded only after the main contract has already been concluded, or even fully executed.*».

⁹⁵⁵ *Id.* Laurent Lévy et Régis Bonnan, *Third-party Funding* - «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 7, p. 82-83, «*The third-party funder is unlikely to have had any role in the negotiation of the contract between the two parties. (...) [He is also] unlikely to have had any role in the performance of the contract, since its interest is to make a profit in the arbitration and not to participate in the parties' contractual relationship.*».

⁹⁵⁶ *Id.* Laurent Lévy et Régis Bonnan, *Third-party Funding* - «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, Ch. 7, p. 83, «*The funder – if it did have a material role in initiating or pursuing the arbitration proceedings – might be deemed to have participated in the performance of the arbitration agreement but not in the performance of the contract. However, funding a party in arbitration should not in itself be sufficient to hold that the funder accepts, even implicitly, to be bound by the arbitration clause.*».

par son implication dans la gestion du procès en cours, ce qui suppose l'existence d'un financeur actif à cet égard. Pour conclure, l'admission du financeur en tant que partie à l'arbitrage sur la base de ce critère n'est pas possible puisque le tiers financeur intervient uniquement en raison de l'exécution des obligations contractuelles. L'extension se présente aussi dans le cas de l'implication du tiers dans les litiges qui peuvent en résulter.

Sous-section 2: L'implication dans les litiges qui peuvent en résulter

660. À première vue, l'implication dans les litiges apparaît similaire à l'implication du tiers dans l'exécution du contrat. L'exécution des obligations contractuelles constitue en elle-même une série de faits entraînant, éventuellement, un litige entre les parties concernant ces mêmes faits et composant ultérieurement les faits litigieux, *inter alia* le litige. En réalité, l'implication dans les litiges qui peuvent résulter de l'exécution du contrat constitue un deuxième critère selon lequel l'extension pourrait se produire dans le cas où le tiers intervient dans le règlement, judiciaire ou à l'amiable, du litige. Certains avancent que le financeur ne s'implique pas dans les litiges, mais dans la procédure arbitrale à travers sa possession d'un intérêt économique ou du contrôle de ladite procédure, ce qui ne justifie pas son admission en tant que partie.⁹⁵⁷
661. En fait, l'implication dans la procédure arbitrale est cohérente avec la décision de la cour dans l'affaire *SMABTP*, en ce qu'elle constitue une implication dans le litige entre les parties. À titre d'exemple, dans une procédure arbitrale où le contrat en question demeure en cours d'exécution, *inter alia* dans les contrats de projets où l'employeur accuse le contractant de n'avoir pas complété tous les travaux, la décision du financeur d'encourager le plaideur à s'abstenir d'exécuter ces travaux, jusqu'à ce que le tribunal arbitral prononce sa sentence sur les revendications soumises, dont l'une d'elle est la livraison des sommes retenues par la partie adverse à la suite de l'achèvement des travaux, constitue une implication du financeur dans le litige, nonobstant que cette implication a eu lieu à travers la procédure arbitrale.
662. Cette interprétation de la décision de la cour dans l'affaire *SMABTP* semble être plausible

⁹⁵⁷ *Id.* Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 219-220, «*The crux is that a funder must ultimately have had some involvement in the dispute between the signatories. By contrast, involvement in the arbitral proceedings – in the form of economic interest and control – is not enough to include a third-party funder, no matter how significant its involvement may be*».

dans le cas du financeur actif, qui s'engage à travers son financement du procès arbitral dans l'initiative et la gestion du procès. Cela place l'implication du tiers financeur à la portée de la jurisprudence française, incluses les affaires *SMABTP*, *Contunav*, *Société V 2000* et autres, pour conclure en faveur de l'extension de l'arbitrage.⁹⁵⁸

663. Il est vrai que l'intérêt principal du financeur est de collecter les profits prononcés, plutôt que de s'impliquer dans la procédure arbitrale. Si cet argument est valide pour le financeur passif, il ne l'est pas cependant pour un financeur qui décide de s'engager dans les décisions stratégiques du procès, telles que la sélection des avocats, les arbitres et les experts, ainsi que la décision sur toute tentative de règlement à l'amiable.⁹⁵⁹

664. En effet, l'existence d'une jurisprudence explicite à cet égard, confirmant l'extension selon que le tiers s'engage à la procédure, ne devrait pas être une condition indispensable pour admettre l'extension.⁹⁶⁰ Si une part de la doctrine qui est sceptique au sujet de l'extension avance le caractère consensuel de la clause arbitrale pour des raisons de prévisibilité

⁹⁵⁸ *Supra* note 951.

⁹⁵⁹ *Id.* G. Affaki, «A financing is a financing is a financing...», *Third-party funding in international arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 1, p. 11 «The financier will usually be actively involved in strategic decisions concerning the claim, such as the selection of counsel, arbitrators and experts and any settlement prospects». Cf. *ibid*, Lévy et al., *Third-Party Funding* – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», p. 83: «At most, the funder – if it did have a material role in initiating or pursuing the arbitration proceedings – might be deemed to have participated in the performance of the arbitration agreement but not in the performance of the contract. However, funding a party in the arbitration should not in itself be sufficient to hold that the funder accepts, even implicitly to be bound by the arbitration clause. (...) the funder's open participation in the proceedings likely denotes its intent to assist the funded party and its lawyers and, at most, help to demonstrate its desire to control or influence the proceedings (but not its intent to be bound by the contract's arbitration clause, save perhaps in exceptional circumstances). Again, the situation is not very different from the insurer that does not wish to participate as a party but will often have a very active role in the defense of its insured party's interests in the arbitration».

⁹⁶⁰ Cf. *voir id.*, L. Lévy et al., *Third-Party Funding* – «Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», ICC Institute of World Business Law, Dossier X 2013, Ch. 7, p. 83, «However, beyond this possibility of joining a party to proceedings in which it has factually implicated itself, it seems that there is no actual case law on this matter and no actual instances of such a joinder». V. aussi, *id.* P. Pinsolle, «Le financement de l'arbitrage par les tiers», *rev. Arb.* 2011/2, pp. 401, «Même en appliquant le critère souple de la jurisprudence française, il nous semble douteux qu'un tiers qui intervient au moment où le contentieux naît pour financer ce contentieux, quel que soit son degré d'implication dans le contentieux lui-même et le degré de contrôle que le contrat de financement lui octroiera, puisse être considéré comme devenant partie à la convention d'arbitrage. Par définition, ce tiers n'aura participé ni à la négociation, ni à l'exécution du contrat, même s'il aura permis l'action en justice par son intervention. Seul demeurerait donc l'intérêt du tiers dans l'issue de la procédure qui fait effectivement partie des critères appliqués, la Cour de cassation ayant jugé que "l'effet de la clause compromissoire s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter". Toutefois, ce critère d'implication dans le litige n'a jamais, à notre connaissance, été jugé suffisant à lui seul, c'est-à-dire en l'absence d'implication dans la négociation ou l'exécution du contrat. Dans ces conditions, il nous semble qu'il sera en général difficile, hors circonstance particulière, d'élever le tiers qui se contente de financer une réclamation au rang de partie à la convention d'arbitrage». En fait, ce raisonnement nie l'extension de l'arbitrage en cas d'un financeur actif, quel que soit le degré de son implication dans le contentieux, ce qui ouvre la porte à l'ingérence de ces tiers dans la procédure loin du control du tribunal arbitral, pouvant ainsi affecter l'intégrité du système arbitral.

commerciale (*commercial predictability*), n'est-il cependant pas imprévisible qu'un litige puisse être réglé efficacement avec l'ingérence d'un tiers au procès? Son ingérence dissimulée entraîne ainsi un délai dans la procédure, affectant le calendrier concernant la conduite de l'arbitrage et prévenant le tribunal d'assurer une gestion efficace de la procédure, ce qui pose la question de déterminer si le contrôle de l'efficacité économique du procès constitue une raison suffisante pour l'extension de l'arbitrage au tiers financeur.

Sous-section 3: L'efficacité économique, l'équité et la bonne administration de la justice

665. En raison de l'implication du tiers dans l'exécution du contrat ou dans les litiges qui peuvent en résulter, une partie de la jurisprudence semble avoir considéré que la non inclusion du tiers à la procédure pourrait priver le tribunal arbitral de la possibilité d'être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du différend, *inter alia* de toutes les circonstances *ratione materiae* et *ratione personae* associées aux faits litigieux, ce qui inclut également l'implication du financeur dans les litiges qui résultent de l'exécution du contrat.⁹⁶¹ En ce sens, la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Jaguar*, a étendu la portée de la clause d'arbitrage 'pour que l'arbitre soit saisi de tous les aspects économiques et juridiques du différend',⁹⁶² démontrant ainsi que la préoccupation de la cour n'était pas le consentement du tiers non-signataire, mais plutôt la bonne administration de la justice.⁹⁶³

666. On trouve aussi plusieurs références, dans la jurisprudence arbitrale, à la notion de la nécessité pratique de l'extension,⁹⁶⁴ le besoin que l'arbitre soit saisi des différends aspects

⁹⁶¹ *Id.* Keechang Kim et Jason Mitchenson, «Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes: A Contextual Approach to Jurisdictional Issues», *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30/4, pp. 428, «Where a third party requests intervention upon invitation of one of the contracting parties, the tribunal must determine whether, in the particular circumstances of the case, the third party is so intertwined with the main dispute that to deny the third party's request and the contracting party's invitation would result in an inequitable and commercially undesirable outcome. To determine this issue, the tribunal will need to examine the underlying network of substantive arrangements among the parties. Whether a third party is intertwined 'enough' will depend on the particular circumstances of the case».

⁹⁶² *Supra*, note 951.

⁹⁶³ *Id.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006, Ch. I: Who are the Parties to the Contract(s) or to the Arbitration Clause(s) Contained Therein? The Theories Applied by Courts and Arbitral Tribunals, pp. 39.

⁹⁶⁴ *MAP Tankers, Inc., Owner c/ Mobil Tankers, Ltd., Charterer*, Sentence Arbitrale Partielle, affaire n°1510, 28 Novembre 1980, 7 Y.B. Com. Arb. 1982, pp. 151-156, «However, it is neither sensible nor practical to exclude the claims of companies who have an interest in the venture and who are members of the same corporate family. The practicality of such an approach is apparent. The major shipping organizations often charter through a subsidiary company, ship their cargoes through another and sometimes consign them to other related companies. To consider the arbitration clause as one which limits the right to arbitrate to the chartering

économiques et juridiques du différend,⁹⁶⁵ ou même que l'inclusion du tiers à la procédure arbitrale sert également à produire un résultat plus efficace et plus équitable pour les parties.⁹⁶⁶

667. À cela s'ajoute l'idée que, si le tiers n'est pas admis au procès arbitral, l'efficacité du règlement du conflit exige de remettre en question l'efficacité de la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale rendue contre la partie financée. La jurisprudence américaine s'est prononcée sur la nature insensée d'une procédure judiciaire dans une situation similaire, décidant que le fait qu'une entreprise doive commencer deux procédures, l'une devant la cour et l'autre devant un tribunal arbitral, tous deux liées à des faits inhérents, « *la procédure d'arbitrage deviendrait insensée et la politique fédérale en faveur de l'arbitrage serait contrecarrée* ». ⁹⁶⁷

668. En tout état de cause, en l'absence de l'accord des parties à cet égard, les questions d'extension doivent être déterminées à la lumière de la loi applicable à la clause arbitrale ou selon les dispositions de la loi du siège de l'arbitrage *lex arbitri*.⁹⁶⁸ On a vu que la position française est sans doute plus généreuse que d'autres systèmes de droit en cette matière, suscitant parfois certaines observations douteuses au sujet de son applicabilité.⁹⁶⁹ Mais, quelle que soit la loi applicable à la clause arbitrale, l'extension de cette clause au tiers financeur ne devrait pas s'opérer si les parties sont convenues d'exclure une telle extension, à moins que la rédaction de la clause arbitrale reste cohérente avec le texte généralement adopté des clauses arbitrales, *inter alia* «... *incluant tous les conflits découlant de ou en relation avec le contrat*», comme étant une formulation qui est suffisamment générale pour

subsidiary and to no other company within the same corporate family involved in the venture is to narrowly restrict the parties' apparent intention to arbitrate their differences».

⁹⁶⁵ *Id.* affaire *Jaguar*.

⁹⁶⁶ *Thixomat Inc., c/ Thakata Physics International, Co. Ltd.*, 2001 WL 863566 (SDNY, 30 Juin 2001).

⁹⁶⁷ *Id. J.J. Ryan & Sons, Inc. c/ Rhone Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 321 (4th Cir. 1988).

⁹⁶⁸ Les arbitres n'ont pas l'obligation et ne devront pas être obligés d'appliquer la loi du lieu d'exécution de la sentence arbitrale.

⁹⁶⁹ Voir *id.* G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2014, p. 1486, «*The fact that a party is "directly implicated" in contractual performance and "aware of" an arbitration clause, or had "congruent interests," should generally be insufficient, without more, to subject that party to an arbitration agreement. Rather, save in exceptional cases where alter ego, estoppel, or similar non-consensual theories are involved, it remains essential to root the application of arbitration agreements to non-signatories in the parties' intentions and in generally-applicable contractual and legal principles. This is required by the bedrock principle that arbitration agreements are consensual instruments, and is necessary for reasons of commercial predictability. The touchstone should be whether the parties intended that a non-signatory be bound and benefitted by the arbitration clause. Answering that question cannot be achieved through abstract generalizations, but requires consideration of the arbitration clause's language and the relations and dealings among the parties in a specific factual setting*».

s'étendre à des tiers.⁹⁷⁰

669. Ayant ainsi déterminé les différentes approches adoptées en droit français et dans d'autres jurisprudences étrangères en matière d'extension de la clause arbitrale, il convient maintenant de déduire les raisons juridiques et pratiques, que sont la validité et l'efficacité de la clause arbitrale, suscitant la nécessité d'étendre l'arbitrage au tiers.

Section III : Les modalités de l'extension de l'arbitrage au tiers financeur

670. L'application des approches contractuelles et contextuelles varie en fonction de la loi du siège de l'arbitrage et celle qui gouverne le contrat. Un panorama de la jurisprudence française permet de déduire que l'admission d'une partie tierce à l'arbitrage trouve son fondement dans la nécessité de préserver la *validité* et l'*efficacité* de la clause d'arbitrage. En effet, la Cour de cassation a retenu que la soumission d'une société à l'arbitrage, sans que le signataire de la clause arbitrale ait disposé des pouvoirs nécessaires à cet égard, se déduit du principe de la validité de la convention d'arbitrage «*fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société*». ⁹⁷¹

671. L'efficacité de l'acte compromissaire est mise en évidence par l'affaire *ABS* qui fait partie d'un mouvement jurisprudentiel tendant à répondre aux besoins du commerce international.⁹⁷² Par un arrêt d'une importance cruciale pour ces propos, la haute juridiction a

⁹⁷⁰ En ce sens, *Progressive Casualty Ins. Co. cf. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela*, 991 F.2d 42 (2nd Cir. 1993), dans laquelle la cour a considéré que la formulation de la clause arbitrale concernant les parties est suffisamment large pour inclure les réassureurs, «*[U]nlike the clause in Import-Export case, the FRA's clause is not restrictively worded by referring to the immediate parties to that contract by name. Rather, the FRA merely provides for arbitration of disputes between "the contracting parties". We do not think it would be "unduly stretching" the language of the clause to term the American Reinsurers ... "contracting parties"*», para 11. *V. aussi, id. Compania Espanola de Petroleos, S.A. cf. Nereus Shipping, S.A.*, 527 F.2d 966 (2nd Cir. 1975), certiorari refusé, 426 U.S. 936 (1996). *Cf. Rochester Resources Limited cf. Lebedev* [2014] EWHC 2926 (Comm), dans laquelle la High Court Anglaise (Commercial Court) a rejeté une demande d'injonction visant à interdire la partie défenderesse, Lebedev, de poursuivre sa procédure devant les cours new yorkaises, statuant que Lebedev n'est pas signataire de la clause arbitrale qui stipule que «*les litiges entre (les parties) seront soumis à l'arbitrage*». La cour a décidé que cette formulation n'est pas suffisamment large pour inclure des non signataires: «*[T]here are limits as to what a court can properly do to improve a carefully drafted and (at least in this respect) reasonably clear written agreement*».

⁹⁷¹ *Société d'études et représentations navales et industrielles (Soerni) et autres cf. société Air Sea Broker Ltd. (ASB)*, Cour de cassation (1ère ch. civ.), 8 juillet 2009, *rev. arb.* 2009/3, pp. 531. *Id. X. Boucobza*, Le pouvoir d'engager les société à l'arbitrage, 641-642. *V. aussi, Cass. 1re civ. 8 Juillet, 2009, Rev. arb.*, 2009. 529, note D. Cohen; *JCP*, 2009 I 462, obs. J. Ortscheidt; *D.*, 2009. 1957, obs. X. Delpéche, et p. 2384, obs. L. d'Avout, et p. 2959, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP*, 2009.779, obs. F. Jault-Seseke; *Cah. arb.*, 2010.97, note F.-X. Train.

⁹⁷² *Id. Cass. civ. 1re*, 4 juillet 1972, *Hecht, JDI*, 1972.843, note B. Oppetit; *Rev. crit. DIP*, 1974.82, note P. Level; *Cass. civ. 1re*, 20 décembre 1993, *Dalico, Rev. crit. DIP*, 1994.663, note P. Mayer; *JDI*, 1994.432, note

décidé en 2007, dans l'affaire *ABS*, que «*l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter*». ⁹⁷³

672. Ce principe suppose l'idée que l'exécution de la clause compromissoire devrait être flexible afin d'assurer le règlement efficace de tous les aspects du conflit émanant de la relation contractuelle entre les parties signataires ou existant entre elles et d'autres parties non-signataires mais qui sont directement impliquées dans l'exécution du contrat et des litiges qui peuvent en résulter. C'est effectivement la raison pour laquelle certains observateurs considèrent que la 'résolution' du litige a un sens beaucoup plus profond que le fait de 'décider' ce litige. ⁹⁷⁴ Cela nécessite également l'extension *ratione materiae* et *ratione personae* de la clause arbitrale aux différends et parties initialement hors de la portée de cette clause. Autrement dit, il est probable que certains aspects du différend persistent entre les parties sans règlement notable, ce qui peut constituer une violation de la mission de l'arbitre de rendre une sentence arbitrale garantissant un règlement efficace du litige.

673. Au-delà de la solution prononcée dans l'affaire *ABS*, la décision recèle un véritable principe général d'extension de la convention d'arbitrage. On remarquera d'emblée que le critère est, tel que formulé, purement objectif puisque (1) nulle référence n'est faite à la volonté du tiers, même tacite, qui serait déduite de son comportement et (2) nulle mention n'est faite de la connaissance que le tiers a eue de l'existence de la convention d'arbitrage. L'élément subjectif concernant le consentement du tiers à l'arbitrage est éliminé et l'implication du tiers est depuis déduite des circonstances de fait, qui est le critère premier. ⁹⁷⁵

E. Gaillard; Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. crit. DIP*, 1999.546, note D. Bureau; *Rev. arb.*, 1999.260, note Ph. Fouchard ; Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, *Banque Worms*, *Rev. crit. DIP*, 1999.536 (2e espèce), note E. Pataut; Cass. civ. 1re, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. crit. DIP*, 1999.92, note P. Mayer.

⁹⁷³ *Op cit.* Civ. 1, 27 mars 2007, *Rev. arb.* 2007, p. 785, note J. El Ahdab.

⁹⁷⁴ *Id.* J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, OUP 2013, p. 17, «*Above all, parties are attracted to arbitration because it promises a resolution of their dispute. Once the dispute begins, they most of all care about winning – but that is obvious and uninteresting. Ex ante, the point is not to have a cathartic experience, to get the better of the opponent, or to contribute to legal development. 'To resolve' has a richer meaning than 'to hear' or even 'to decide'. (...) In some circumstance, the notion of 'solving their problem' may be more complex than finding a practical modus vivendi between two parties. The interests of third parties or indeed the general public may be involved*».

⁹⁷⁵ Certains observent que l'élément subjectif n'est pas éliminé, mais il est seulement mis au second plan, v. J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit – PUF, 2016, § 325 «*L'implication du tiers, élément objectif, est la condition de base. Sans que la Cour de cassation l'énonce ainsi dans l'arrêt ABS, il nous semble que cette implication révèle (nécessairement et automatiquement) l'adhésion du tiers à la convention d'arbitrage, et donc son acceptation. Pour le dire autrement, l'implication sous-entend l'acceptation. C'est une forme de présomption irréfutable... Si la nécessité d'un consentement à la convention d'arbitrage est formellement*

674. Ces différents fondements conceptuels de la validité et de l'efficacité de la clause compromissoire reposent sur des critères objectifs semblables à ceux qui ont été appliqués dans l'affaire *Abela*, où l'implication directe du non signataire dans le fonctionnement et la liquidation de la société fut l'indice objectif de sa volonté réelle pour l'extension de la clause arbitrale.⁹⁷⁶ Ces fondements rapprochent la doctrine de l'extension de l'arbitrage de l'analyse contextuelle adoptée par la jurisprudence française. Cela démontre un net recul du fondement purement consensuel de l'arbitrage.⁹⁷⁷

675. En revanche, l'analyse contextuelle répond aux exigences du commerce international, garantissant l'efficacité et l'intégrité de l'arbitrage par son extension au tiers financeur. Il convient ici d'invoquer que cette approche ne porte pas atteinte à l'effet relatif des contrats, ou la nature consensuelle de la clause d'arbitrage puisque le tiers, agissant comme une véritable partie au contrat, n'est qu'un tiers en apparence et est réputé avoir implicitement accepté la clause arbitrale.⁹⁷⁸ Par exemple, la solution a été appliquée à un sous-traitant qui s'était directement impliqué dans l'exécution du contrat initial⁹⁷⁹ ou bien à une société s'étant

édulcorée, elle n'est pas complètement évacuée. L'élément subjectif, autrefois premier, est clairement devenu second».

⁹⁷⁶ *Id.* F.-X Train, *rev. arb.* 2008/4, pp. 741.

⁹⁷⁷ *Id.* X. Boucobza, «Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage», «À la vérité, il y a dans la formule utilisée une forme de contradiction. Si le principe de validité de la convention d'arbitrage est aujourd'hui largement postulé, la référence au principe d'autonomie et à la volonté des parties est sans réelle portée. Car toute la question est précisément de savoir s'il est possible de caractériser le consentement de la société à s'engager en dehors d'une manifestation de volonté habilitée. Ce sont donc plutôt des signes objectifs extérieurs à la volonté qui vont ici assurer l'efficacité de l'engagement, ce qui tend à conforter l'idée d'un recul du fondement purement volontariste de l'arbitrage. (...) En réalité, c'est justement parce que l'arbitrage international tend à rompre avec les ordres juridiques étatiques mais que, par ailleurs, il ne cesse pas d'être une véritable justice que la volonté, qui en est évidemment l'un des fondements essentiels, ne peut servir de seul point d'appui au système. Les enjeux liés à la sécurité juridique et à la bonne administration de la justice doivent également y trouver leur place. Car ces impératifs sont consubstantiels à l'idée même de justice». *Cf.* F.-X. Train, *rev. arb.* 2008/4, pp. 742-743.

⁹⁷⁸ *Cf.* la nature consensuelle de l'arbitrage, para 352 *et seq.* Il n'en demeure pas moins que l'effet relatif des contrats et le caractère consensuel de l'arbitrage nécessite une inspection approfondie de la participation directe du non-signataire aux faits litigieux afin de préserver la nature privée de la procédure arbitrale et de ne pas porter atteinte à la sécurité des transactions, *id.* F.-X. Train, *rev. arb.* 2008/4, pp. 742-743. *Voir aussi, id.* Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 209, «While the funder is a non-signatory, by virtue of the separate third-party funding agreement, it obtains a certain degree of financial interest in the outcome of the case, as well as a certain degree of control over the claim or defence, neither of which can, however, readily be equated with consent to arbitrate. This discrepancy between economic involvement and arbitral consent is not unique to third-party funding, but rather constitutes a characteristic feature of non-signatory scenarios. The aim here is to establish the procedural status of third-party funders in relation to the traditionally bipolar contractual paradigm of arbitration, without neglecting the requirement of consent».

⁹⁷⁹ Civ. 1, 26 octobre 2011, *JCP* 2011, 1432, n°3, obs. Ch. Seraglini; *Procédures* 2012, 11, obs. L. Weiller; *JDI* 2012, p. 661, note S. Sana-Chaillé de Néré.

substituée à une autre dans l'exécution d'un contrat.⁹⁸⁰ On se demande ici si le financement du procès par un tiers constitue une substitution de la partie signataire par ce tiers, à quoi on répond que le financement est une substitution pas nécessairement juridique mais réelle et nécessite donc, selon la jurisprudence, l'extension.

676. Il nous semble ici que le critère jurisprudentiel dans les espèces *Abela* et *ABS* ne doit pas être cantonné à la seule implication dans l'exécution du contrat. Il doit logiquement être étendu à toutes les hypothèses d'implication quelle que soit l'étape contractuelle concernée, qu'il s'agisse, outre l'exécution *stricto sensu* du contrat, de sa négociation, de sa formation ou de sa résiliation.⁹⁸¹ L'idée sous-jacente est que le tiers qui s'implique manifeste un comportement montrant son adhésion à la convention d'arbitrage. En s'impliquant dans la vie du contrat, il accepte nécessairement le mode de résolution des litiges qui concerne celui-ci. Ainsi, un financeur qui s'engage à financer un procès arbitral dont le fondement réside dans une convention d'arbitrage stipulée dans un contrat auquel il est tiers, peut être considéré comme une implication dans la vie de ce contrat, donc justifier l'extension de ladite convention.

677. La solution adoptée par la jurisprudence est digne d'approbation. *En premier lieu*, on l'a dit, elle est au service de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Si elle peut être critiquée comme emportant une édulcoration, voire une élimination de la nécessité de consentir à l'arbitrage, elle doit selon nous être saluée en ce qu'elle donne aux conventions d'arbitrage le plus grand effet. En fait, la condition tirée de l'implication du tiers n'est pas arbitraire. Le tiers n'est tenu par la convention d'arbitrage que parce qu'il a adopté un comportement volontaire qui l'a fait nécessairement adhérer à ladite convention. Tout au plus s'agit-il d'un nouveau cas de « forçage du contrat ».⁹⁸² C'est donc un « méta-principe »,⁹⁸³ le principe d'efficacité de l'arbitrage, qui explique la position de la jurisprudence. Cette solution dérive d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international. Après l'abandon de la méthode conflictualiste dans le domaine de la convention d'arbitrage, il n'est nul besoin de déterminer une loi applicable.⁹⁸⁴ Seule la méthode des règles matérielles permet d'assurer à la convention la plus grande efficacité.

⁹⁸⁰ Civ. 1, 7 novembre 2012, *JCP* 2012, 1354, n°5, obs. Ch. Seraglini; *Rev. arb.* 2012, p. 876; *Procédures* 2013, 44, obs, L. Weiller.

⁹⁸¹ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit – PUF, 2016, § 326.

⁹⁸² Employant l'expression de J.-B. Racine, *id.* § 327.

⁹⁸³ *Id.*

⁹⁸⁴ En raison de l'autonomie de la convention de l'arbitrage, *id.* § 123.

678. *En second lieu*, la règle est au service de la bonne administration de la justice. Par l'extension de la convention d'arbitrage, un litige sera centralisé entre les mains des seuls arbitres. Il n'y aura pas de dispersion du contentieux ou des parties dans des matières où il est souhaitable de s'adresser à un seul et même juge. Le financement de l'arbitrage présente une de ces matières complexes qui oblige que toutes les questions liées au litige ou la procédure arbitrale soient déterminées par les mêmes arbitres.

679. Il existe cependant deux difficultés en la matière. La *première* est la grande casuistique que la règle engendre. Dire si un tiers financeur est impliqué ou non dans l'exécution d'un contrat contenant une convention d'arbitrage est une question éminemment factuelle. Cette règle n'impose donc pas un principe général d'extension de l'arbitrage chaque fois qu'il y a un financeur, mais nécessite une investigation des circonstances de l'espèce, du comportement qu'a eu le tiers et des conséquences que l'on est en droit d'en tirer. Il faut donc nécessairement que l'implication soit jugée suffisante pour que le tiers soit lié par la convention d'arbitrage. Par conséquent, l'appréciation qu'en ont les arbitres et les juges sur chaque espèce est déterminante. Sur ce point d'ailleurs, les juges peuvent adopter une solution divergente de celle des arbitres. Ils peuvent leur reprocher d'avoir étendu à tort la convention d'arbitrage à un tiers, ce qui met en risque l'exécution de leur sentence arbitrale et donc, par défaut, affecte la certitude qu'apporte l'arbitrage comme moyen de règlement efficace du commerce international. Ainsi, dans l'affaire *Abela*, on l'a vu, la sentence fut annulée au motif que les arbitres avaient à tort refusé d'étendre la convention d'arbitrage.⁹⁸⁵

680. Les arbitres siégeant en France doivent donc être au fait des particularismes de la jurisprudence et manier la condition d'implication du tiers financeur avec doigté. La divergence de vues est également susceptible d'avoir lieu entre juges de pays différents. Dans l'affaire *Dallah*, les juges français ont donné raison aux arbitres d'avoir étendu à l'État pakistanais la clause d'arbitrage conclue par un trust créé par lui, au motif que l'État s'était comporté « comme si le contrat était le sien », ce dont il fallait déduire son implication.⁹⁸⁶ Néanmoins, saisis dans le cadre de l'exécution forcée de la sentence, les juges anglais ont

⁹⁸⁵ J.-B. Racine, «L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale», *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.* 17-18juillet 2009, p. 13, rejet du pourvoi par Civ. 1, 6 octobre 2010, *JCP* 2010, 1028, note P. Chevalier. *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. Clay; *JCP* 2010, 1286, n°6, obs. J. Ortscheidt; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 85, note F. Jault-Seseke; *Cah. arb.* 2011, p. 443, note J.-B. Racine.

⁹⁸⁶ Paris, 17 février 2011, *JDI* 2011, p. 395, note I. Michou; *Cah. arb.* 2011, p. 443, note G. Cuniberti; *JCP* 2011, 1432, n°2; *Rev. arb.* 2012, p. 369, note F.-X. Train.

abouti à la solution inverse, pourtant en application de la loi française.⁹⁸⁷

681. La *seconde* difficulté concerne le champ d'application de la solution jurisprudentielle. Toutes les décisions rapportées ont été rendues en matière d'arbitrage international. *Quid* à propos de l'arbitrage interne ? la problématique de l'extension de la convention d'arbitrage concerne également cette forme d'arbitrage. Il nous semble que la règle dégagée à propos de l'arbitrage international ne saurait être abruptement transposée à l'arbitrage interne.⁹⁸⁸ L'arbitrage est la juridiction de droit commun des affaires en matière internationale, ce qu'il n'est pas le cas dans le domaine interne. Enfin, le financement de l'arbitrage est beaucoup plus envisagé dans l'arbitrage international qu'interne. Le tiers financeur (un professionnel dans tous les cas jurisprudentiels) s'impliquant dans l'exécution du contrat dans le domaine international ne saurait logiquement être surpris par la décision de se voir étendre la convention d'arbitrage. Il n'en va pas de même dans l'arbitrage interne où les règles sont moins libérales et l'arbitrage moins usuel. Cela nécessite l'exigence de son consentement à la convention d'arbitrage; un critère, alors qu'il est difficile à déterminer avec le tiers financeur qui n'accroît pas le droit d'action en tant que tel, n'est pas si difficile à identifier quand on parle de transmission, et non pas d'extension de l'arbitrage au tiers.

Section IV: La distinction entre l'extension et la transmission (ou circulation, voire multiplication) de la convention d'arbitrage

682. Il ne faut pas confondre la question de l'extension de la convention d'arbitrage et celle de sa transmission.⁹⁸⁹ L'extension concerne les cas dans lesquels un tiers se voit lié par une convention d'arbitrage à la suite d'un comportement qu'il a eu et qui établit qu'il l'avait acceptée. En revanche, le mécanisme de la transmission est purement objectif: la convention d'arbitrage est transmise à un tiers initial au contrat de manière automatique, sans qu'aucune expression de volonté, même déduite d'un comportement de sa part, ne soit requise. C'est que certains auteurs appellent la circulation, ou multiplication, de la convention

⁹⁸⁷ Cour suprême du Royaume-Uni, 3 novembre 2010, *Rev. arb.* 2012, p. 427. Vi. P. Mayer, «The extension of the arbitration clause to non-signatories – The irreconcilable positions of French and English Courts», *Am. U. Int'l L. Rev.* 2012, p. 831.

⁹⁸⁸ Expriment la crainte que les solutions soient appliquées à l'arbitrage interne, J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op. cit.*, § 328.

⁹⁸⁹ E. Loquin, «Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises», *Cah. arb.* vol. II, *Gaz. Pal. Ed.*, 2004, p. 49.

d'arbitrage.⁹⁹⁰

683. On ne sera pas étonné de constater que le droit français est particulièrement favorable à cette transmission, spécialement dans l'arbitrage international. Il existe un véritable principe général de transmission de la convention d'arbitrage. Concernant les personnes physiques, dès lors que le *de cuius* était partie à une convention d'arbitrage, ses héritiers le seront également par le biais du mécanisme de dévolution successorale. S'agissant des personnes morales, il en va de même en cas de fusion, scission ou apport partiel d'actifs: la convention d'arbitrage suit le sort du patrimoine.
684. Les cas de transmission concernent également, et plus généralement, les sujets qui, recueillant dans leur patrimoine des droits déjà nés, vont recueillir dans le même temps la convention d'arbitrage. La transmission a alors lieu de plein droit, sans qu'un quelconque consentement, même tacite, en faveur de l'arbitrage soit requis.
685. Les cas, reposant sur des mécanismes translatifs, sont légion. Il y a ainsi transmission de la convention d'arbitrage dans les hypothèses de cession de créance, simple⁹⁹¹ ou par bordereau Dailly⁹⁹², de cession de contrat⁹⁹³ ou bien encore de subrogation personnelle.⁹⁹⁴ Il a été jugé de même en matière de substitution de contractant.⁹⁹⁵ La question s'est aussi posée avec acuité dans le cadre des chaînes de contrats. Après avoir manifesté de l'hostilité pour la transmission de la convention d'arbitrage,⁹⁹⁶ la Cour de cassation l'a clairement admise par deux arrêts d'une grande importance. Dans l'arrêt *Peavey*, la Cour de cassation a, dans un premier temps, décidé au moyen d'une nouvelle règle matérielle du droit de l'arbitrage

⁹⁹⁰ P. Mayer, « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251.

⁹⁹¹ Paris, 20 avril 1988, *Rev. arb.* 1988, p. 570 ; Paris, 26 mai 1992, *Rev. arb.* 1993, p. 624, note L. Aynès ; Civ. 2, 20 décembre 2001, *RTD. com.* 2002, p. 279, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2002, p. 379, note C. Legros ; *D.* 2003, p. 569, commentaire X. Pin ; Paris, 10 septembre 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 623, note L. Aynès. *Adde*, M.-E. Mathieu-Bouyssou, « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *JCP* 2003, I, 116.

⁹⁹² Aix-en-provence, 9 janvier 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 76, note D. Cohen ; Civ. 1, 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 85, note D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 832, note E. Pataut ; *JDI* 1999, p. 787, note S. Poillot-Peruzzetto (« La clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé »).

⁹⁹³ Paris, 28 janvier 1988, *Rev. arb.* 1988, p. 565 ; *JDI* 1989, p. 1021, note E. Loquin.

⁹⁹⁴ Paris, 13 novembre 1992, *Rev. arb.* 1993, p. 632, note J.-L. Goutal (assureur subrogé) ; Paris, 6 février 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 556, note P. Mayer.

⁹⁹⁵ Civ. 1, 8 février 2000, *Rev. arb.* 2000, p. 281, note P.-Y. Gautier ; *RTD. com.* 2000, p. 596, obs. E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 763, note N. Coipel-Cordonnier.

⁹⁹⁶ Civ. 1, 6 novembre 1990, *Rev. arb.* 1991, p. 73. V. Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt Cass. Civ. 1, 6 novembre 1990) », *Rev. arb.* 1991, p. 19.

international que «*dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause*». ⁹⁹⁷

686. Cette règle a été affinée, dans un second temps, par l'arrêt *ABS* qui a confirmé la transmission automatique de la convention d'arbitrage dans une chaîne de contrats, qu'elle soit homogène ou hétérogène. ⁹⁹⁸

687. Au-delà de la diversité des cas de figure, il existe un véritable principe général de transmission, plus précisément de transmission automatique. ⁹⁹⁹ En effet, la Cour de cassation a décidé par un motif général que «*la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants*». ¹⁰⁰⁰ Faut-il ici se demander si le tiers financeur ne vise pas les droits de la partie financée, non ceux reliés au droit d'action mais ses droits d'être remboursé et dédommagé par le biais d'une sentence émanant d'une procédure arbitrale. La proposition de transmission n'est pas invalide et il y a lieu d'argumenter en faveur d'une telle transmission. La seule observation qu'on pourra opposer à cette transmission réside dans le fait de savoir si l'acte de financement en tant que tel est un acte translatif des droits liés au remboursement de la partie financée. Le contrat de financement en tant que tel ne transmet pas ces droits mais attribue au financeur un droit de réclamation envers le transfert des sommes prononcées au nom de la partie financée. Ce dernier reste à la fin le propriétaire de tout droit concernant ces sommes.

688. Le point extrême de la jurisprudence a sans doute été atteint lorsque la Cour de cassation a décidé qu'«*en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels*». ¹⁰⁰¹ Il s'en infère que la convention d'arbitrage est transmise même si

⁹⁹⁷ Civ. 1, 6 février 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. Cohen; *JCP* 2001, II, 10567, note C. Legros; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke; *D.* 2001, p. 1135, obs. R. Libchaber; *JCP E* 2001, n°29, p. 1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube; *Dr. et patr.* 2001, n°95, p. 120, obs. P. Mousseron, V. Ch. Seraglini, «Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes des contrats après l'arrêt *Peavey*», *Cah. arb.*, éd. *Gaz. Pal.* 2002, p. 87; J. Moury, «Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs», *D.* 2002, p. 2744.

⁹⁹⁸ *Supra*, l'affaire *ABS*.

⁹⁹⁹ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit – PUF, 2016, § 333.

¹⁰⁰⁰ Civ. 1, 8 février 2000, préc.

¹⁰⁰¹ Civ. 1, 28 mai 2002, *RTD. com.* 2002, p. 667, obs. E. Loquin; *Rev. arb.* 2003, p. 397, note D. Cohen. Rejet du pourvoi contre Paris, 17 nov. 1998, *RTD. com.* 1999, p. 337 et Paris, 25 nov. 1999, *Rev. arb.* 2001, p. 165,

l'acte translatif devait être jugé nul, seule importe la volonté initiale des parties de procéder au transfert des droits substantiels. Au regard du principe général de transmission de la convention d'arbitrage, seule véritablement la réserve de l'*intuitu personae* est susceptible de faire obstacle à la transmission. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens:¹⁰⁰² il faudrait que la convention d'arbitrage ait été stipulée en fonction de la personne du contractant initial, ce qui empêcherait qu'elle soit transmise à une autre personne. La réserve est cependant purement théorique. Dans la pratique, sauf hypothèse d'école, la convention d'arbitrage n'est jamais stipulée *intuitu personae*. Le recours à l'arbitrage est en effet usuel dans les affaires, particulièrement en matière internationale. Il est un mécanisme de résolution des conflits qui dépasse, par son utilité, la personne des litigants potentiels. Ainsi, la convention d'arbitrage n'est pas, par essence et par définition, une convention conclue *intuitu personae*.¹⁰⁰³

689. La règle de transmission automatique de la convention d'arbitrage ne fait pas l'unanimité. Par exemple, Marie-Laure Niboyet, considère que « *la convention d'arbitrage est en passe de devenir un véritable électron libre dont la trajectoire ne devrait guère rencontrer d'obstacles* ». ¹⁰⁰⁴ Sylvain Bollée estime qu'il y aurait en la matière une mise à l'écart irraisonnée du droit commun. ¹⁰⁰⁵ Quant à Vincent Heuzé, il pense que les solutions seraient issues d'un « bégaiement de l'esprit ». ¹⁰⁰⁶
690. La réponse à ces critiques est la suivante: la convention d'arbitrage est l'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis. La justification, consacrée par l'arrêt *ABS* du 27 mars 2007, est soutenue par les auteurs. ¹⁰⁰⁷ L'idée est celle d'un rapport de double accessoire. J.-B. Racine écrit que « *la convention d'arbitrage, en tant que convention de procédure, est considérée comme une modalité du droit d'action en justice dont elle est l'accessoire. Le droit d'action étant lui-même l'accessoire du droit substantiel, la convention d'arbitrage est transmise automatiquement en même temps que le droit substantiel lui-*

note D. Cohen. V. M.-L. Niboyet, «La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?», *Cah. arb.*, vol. II, éd. *Gaz. Pal.* 2004, p. 72.

¹⁰⁰² Paris, 28 janvier 1988, préc.; Civ. 1, 28 mai 2002, préc.

¹⁰⁰³ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis droit PUF, 2016, § 338.

¹⁰⁰⁴ M.-L. Niboyet, «La transmission automatique de la clause compromissoire: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire?», *Cah. arb.*, vol. II, éd. *Gaz. Pal.* 2004, p. 72.

¹⁰⁰⁵ «La clause compromissoire et le droit commun des conventions», *Rev. arb.* 2005, p. 917.

¹⁰⁰⁶ «Arbitrage international: Quelle raison à la déraison?», *D.* 2011, p. 2880, spéc., p. 2881.

¹⁰⁰⁷ E. Loquin: «La transmission de la clause compromissoire est la conséquence d'une double rapport d'accessoire à principal. La clause compromissoire suit le droit d'action qui lui-même suit le droit substantiel», («Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises»), *Cah. arb.* vol. II, *Gaz. Pal.* éd., 2004, p. 49.

même». ¹⁰⁰⁸

691. Pour certains, cette explication, ne paraît pas pleinement convaincante. Loin de l'idée de contester la solution elle-même quand il s'agit de la transmission de la clause d'arbitrage (il est éminemment souhaitable que la convention fasse l'objet d'une transmission automatique), le fondement juridique de la transmission de la clause arbitrale est un sujet à discussion. Selon J.-B. Racine, il s'agit en premier lieu de la difficulté d'imaginer que la convention d'arbitrage soit tantôt autonome, tantôt accessoire, mais à suivre la jurisprudence *ABS*, la convention d'arbitrage n'est pas l'accessoire du droit substantiel, mais du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel. ¹⁰⁰⁹ Toutefois, ce qui guide fondamentalement la jurisprudence est la volonté d'assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage. Celle-ci est considérée comme autonome pour lui donner l'effet, *inter alia* la séparabilité de la clause compromissoire. Elle est aussi l'accessoire pour lui donner l'effet, précisément dans les hypothèses de transmission.
692. En deuxième lieu, la convention d'arbitrage est susceptible d'être transmise et de lier un tiers initial à celle-ci même lorsqu'il n'existe pas de mécanisme translatif. Il en va ainsi aux conditions posées en cas de novation, acte non translatif, tel que le financement d'arbitrage par les tiers. ¹⁰¹⁰ Là encore, ce qui guide la jurisprudence, par delà les arguments techniques, c'est la volonté de donner efficacité à la convention d'arbitrage. ¹⁰¹¹ Ainsi, c'est en réalité un objectif de politique juridique qui justifie la transmission automatique de la convention

¹⁰⁰⁸ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis PUF, Droit, 2016, § 341.

¹⁰⁰⁹ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis PUF, Droit, 2016, § 342.

¹⁰¹⁰ Le cas de la novation est plus complexe. La Cour de cassation a confirmé dans un arrêt du 10 mai 1988, l'efficacité de la convention d'arbitrage contenue dans un contrat faisant l'objet d'une novation (par changement de personne ou par changement de l'obligation), *voir* Civ. 1, 10 mai 1988, *Rev. arb.* 1988, p. 639, note crit. Ch. Jarrosson (rejet du pourvoi contre Paris, 4 mars 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 167, note Ch. Jarrosson). Selon elle, la cour d'appel avait légalement justifié sa décision au motif que «*la novation – à la supposer établie – ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat*». En réalité, les solutions sont plus subtiles qu'il n'y paraît. La novation a un effet extinctif et non un effet translatif. Il importe juste de distinguer la novation qui s'opère par changement de personne ou par changement de l'obligation, le véritable guide en la matière étant la volonté des parties. *V.* en ce sens, P. Ancel, «Arbitrage et novation», *Rev. arb.* 2002, p. 3. *V.* aussi, Com., 22 mai 2001 et Paris, 11 juin 1998, *Rev. arb.* 2002, p. 147.

¹⁰¹¹ Il faut noter ici que les solutions sont radicalement opposées à propos des clauses attributives de juridiction. Mettant en application l'interprétation donnée par la CJUE, la Cour de cassation a jugé que la clause d'élection de for, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, ne pouvait être opposée au tiers sous-acquéreur, «sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause», *v.* Civ. 1, 11 septembre 2013, *JCP* 2013, 1129, note C. Nourissat; *CCC* déc. 2013, 257, obs. L. Leveneur. CJUE 7 février 2013, aff. C-543/10, *D.* 2013, p. 1110, obs. S. Bollée; *ibid.*, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke; *RTD civ.* 2013, p. 338, obs. P. Remy-Corlay; *RTD com.* 2013, p. 381, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast. Certes, la solution est fortement influencée par le droit européen (la jurisprudence de la cour de Luxembourg déniait au sous-acquéreur final toute action de nature contractuelle à l'égard du fabricant). Ainsi, la faveur est beaucoup plus grande de donner effet aux clauses d'arbitrage que les clauses attributives de juridictions.

d'arbitrage: la volonté de donner à cette convention la plus grande efficacité.¹⁰¹² Il nous semble donc que c'est la visée très pragmatique d'efficacité de la convention d'arbitrage qui soutient l'ensemble jurisprudentiel. Outre le principe de validité de la convention d'arbitrage international, il existe un principe d'efficacité de celle-ci. Les juges français entendent donner à la convention d'arbitrage une efficacité maximale en tant que mode de droit commun de résolution des différends commerciaux internationaux. C'est pourquoi ils considèrent que celle-ci doit être transmise dans les hypothèses concernées.¹⁰¹³

693. En troisième lieu, la convention d'arbitrage n'est pas, au sens strict, transmise. Comme un auteur l'a démontré, elle est plutôt multipliée.¹⁰¹⁴ Par exemple, dans une cession de créance, elle va jouer entre le cédant et le cessionnaire, mais elle va aussi continuer à s'appliquer dans les relations entre le cédant et le cédé. De même, dans une chaîne de contrats, si elle lie le sous-acquéreur final dans les relations avec le vendeur initial, elle conserve ses effets entre ce vendeur et le premier acquéreur. Une fois encore, le principe d'efficacité explique la solution.
694. Une question se pose liée au sort de la convention d'arbitrage dans les opérations juridiques dites à trois personnes, plus particulièrement dans celles où aucun mécanisme translatif n'opère.¹⁰¹⁵ La situation est similaire au contrat de financement qui n'engendre pas un acte translatif de droit substantiels et dont la 'transmission' de clause arbitrale au tiers financeur ne paraît pas possible. Pour illustrer le propos, on prendra l'exemple de la stipulation pour autrui.
695. Le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est-il tenu, et peut-il invoquer à son profit, la convention d'arbitrage conclue entre le stipulant et le promettant ?¹⁰¹⁶ Dans un premier temps, la jurisprudence avait répondu par la négative.¹⁰¹⁷ Cependant, dans un second temps, elle a changé de cap. En 2006, la Cour de cassation a jugé que «*la clause d'arbitrage contenue dans un contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui*». ¹⁰¹⁸ Cette dernière solution est parfaitement

¹⁰¹² Sur la faveur pour le consentement à l'arbitrage, v. L. Berheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, n°306, p. 274.

¹⁰¹³ V. notamment, P. Ancel et O. Gout, note sous Paris, 8 Octobre 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 350, spéc., n°21.

¹⁰¹⁴ F.-X. Train, «Arbitrage et action directe: à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007», *Cah. arb.* 2007/3, p. 6.

¹⁰¹⁵ C. Legros, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse Université de Rouen, 1999.

¹⁰¹⁶ Ch. Larroumet, «Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage», *Rev. arb.* 2005, p. 903.

¹⁰¹⁷ Com., 4 juin 1985, *RTD civ.* 1986, p. 593, obs. J. Mestre; *Rev. arb.* 1987, p. 139, note J.-L. Goutal.

¹⁰¹⁸ Civ. 1, 11 juillet 2006, *JCP* 2006, II,10183, note C. Legros; *Rev. arb.* 2006, p. 969, note Ch. Larroumet; *RTD com.* 2006, p.773, obs. E. Loquin.

fondée en droit, en particulier par rapport à la nature des droits créés par une stipulation pour autrui.¹⁰¹⁹ Il a été démontré que «ces droits ne peuvent être que ce que le stipulant et le promettant ont voulu. Il en résulte que s'ils ont prévu de soumettre les litiges éventuels à ces droits à l'arbitrage, ce serait ne pas respecter leur volonté que de permettre au bénéficiaire de les soumettre au juge étatique».¹⁰²⁰ La solution, fort logiquement, fonctionne dans les deux sens: le bénéficiaire de la stipulation est à la fois tenu par la convention d'arbitrage et peut également l'invoquer à son bénéfice.

696. Après avoir déterminé l'implication du tiers financeur dans les litiges résultant du contrat contenant la clause arbitrale, l'admission du financeur dans la procédure arbitrale s'opère normalement à travers une demande d'intervention soumise par la partie adverse au tribunal arbitral, souhaitant faire intervenir un tiers comme partie à l'arbitrage. Néanmoins, l'admission de cette demande dépend de l'accord des parties, qui est parvenu à travers leur accord sur les règles applicables à l'arbitrage. En ce sens, l'Article 17(5) du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI (2010) dispose:

«À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage, à condition que ceux-ci soient parties à la convention d'arbitrage, sauf s'il constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris à ce ou ces tiers, la possibilité d'être entendus, que la jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties. Le tribunal arbitral peut rendre une sentence unique ou plusieurs sentences à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage».

697. Similairement, la Règle 7(1) du Règlement d'Arbitrage de la CCI (2012) dispose en des termes identiques, autorisant l'intervention:

La partie souhaitant faire intervenir un tiers comme partie à l'arbitrage soumet au Secrétariat une demande d'arbitrage contre celle-ci.

698. La demande d'intervention devrait logiquement s'opérer contre le financeur qui s'implique

¹⁰¹⁹ J.-B. Racine, *Le droit de l'arbitrage*, Thémis droit, PUF, 2016, §345.

¹⁰²⁰ Civ. 1, 11 juillet 2006, *JCP* 2006, II,10183, obs. Ch. Larroumet, *Rev. arb.* 2006, p. 972.

dans la procédure arbitrale, *e.g.* soit à travers le choix des arbitres, la gestion du procès ou par sa décision de régler ou de ne pas régler amiablement le procès. Ces interventions ont une grande ampleur sur la procédure arbitrale, que ce soit au niveau de la multiplication des coûts ou de l'intérêt des parties. La partie adverse a également le droit et est habilitée à faire intervenir le tiers financeur comme partie à l'arbitrage, et son droit à cet égard relève du principe d'une procédure régulière que le tribunal arbitral a une obligation de préserver. Il implique par la suite de distinguer entre le financeur actif et passif (sous-section 1) et de révéler son existence dans la procédure arbitrale (sous-section 2).

Sous-section 1: Les différents types de tiers financeurs

699. Il est légitime d'assumer que l'implication du tiers financeur dans la procédure aux côtés de la partie financée, n'emporte pas la transmission de l'action au premier. Le financeur demeure un tiers, jusqu'à l'heure où il décide de s'impliquer dans le procès émanant du contrat contenant la clause arbitrale. La direction du procès continue donc à être contrôlée par le demandeur qui assume les risques liés à une condamnation aux frais de la procédure et de la partie adverse, à moins que le financeur adopte un changement de direction et commence à interférer dans le procès. Il devient à ce stade un financeur actif.
700. Le financeur ne peut, en vertu du contrat de financement, retenir certains droits de regard et de contrôle de la procédure, sans pour autant être considéré comme actif et devenir partie au litige qu'il finance.¹⁰²¹ L'engagement du tiers débute dès lors que le demandeur s'approche du financeur sollicitant des fonds. À ce stade, le choix du conseil est gouverné par le principe du libre choix de l'avocat par le demandeur.¹⁰²² Le tiers financeur ne saurait donc imposer son conseil, à moins que le choix d'un avocat par le demandeur soit susceptible d'aboutir au rejet de la demande de financement. Cependant, l'imposition d'un conseil à la partie financée ne saurait à elle seule qualifier le financeur comme étant un tiers actif, impliqué dans l'exécution du contrat ou des litiges qui peuvent en résulter. Cela est vrai même dans le cas où le contrat de financement stipule qu'un changement de conseil devra s'effectuer avec le consentement du financeur.
701. Tout comme le choix du conseil, la partie financée, étant partie à la procédure arbitrale,

¹⁰²¹ Cf. C. Dupeyron and M. Valentini, Maîtriser les conséquences de la présence du tiers financeur sur la procédure à travers le contrat de financement, *Rev. Arb.* Vol. 4/2014, pp. 918.

¹⁰²² *Erhard Eschig c/ UNIQA Sachversicherung AG.*, 10 Septembre 2009, 2^e Ch., C 199/08; M. de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procédés dans le paysage juridique français», *Rev. soc.* 2012.279.

exerce son droit de nommer un arbitre. Le tiers financeur n'a pas à donner son point de vue à cet égard et reste donc passif, sauf s'il impose son consentement préalable, qu'il doit à tout le moins être consulté par le demandeur avant que ce dernier n'exerce son choix de nommer son arbitre. En contraste avec le choix du conseil, l'ingérence du tiers dans le choix de l'arbitre qualifie sa participation dans le processus de nomination comme étant une implication dans le litige résultant du contrat initial. À vrai dire, le choix de l'arbitre par le tiers révèle l'intention de ce dernier de diriger le procès, confirmant son statut de tiers actif.

702. À la suite de la composition du tribunal arbitral, se pose la question de la gestion du procès et la stratégie du dossier. Les étapes parmi lesquelles le financeur pourra intervenir sont l'évaluation des dommages, ou le contrôle du budget du procès.¹⁰²³ Quoique la partie financée et le financeur partagent le même objectif, chacun peuvent avoir des visions distinctes. Alors que la partie financée a plus de connaissance sur le fond du litige, le financeur agit effectivement par une logique financière et entame une analyse plus objective du litige. Il en résulte qu'un tiers concerné par un développement déterminé qui pourra affecter le résultat du litige, tel que l'augmentation des coûts principalement provoqué par la nomination d'un tiers expert ou le *quantum* des revendications, se verra s'impliquer dans le litige pour garantir les profits envisagés. Dès lors, son activisme engendre son inclusion en tant que partie à la procédure arbitrale.

703. Il faut cependant noter que les tiers financeurs restent majoritairement passifs durant la procédure arbitrale.¹⁰²⁴ Même si une stipulation sur leur non-ingérence est parfois absente dans ces contrats, la passivité se dévoile surtout par le montant des sommes consacrées à la procédure. Les coûts d'investissement au procès, comparés aux montants des profits envisagés et prenant en compte la longévité de la procédure avant que ce profit se concrétise, ne justifient pas l'ingérence du financeur durant trois années de procès puisqu'elle augmente considérablement les coûts de ce dernier.

704. Ainsi, alors que le financeur dispose d'un intérêt économique, il reste toutefois passif pour

¹⁰²³ *Id.* Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 207, «*In return for financing its client's costs related to pursuing the arbitration, the funder may obtain a considerable economic interest in the outcome of the case, as well as the ability to exercise a certain degree of control over the conduct of the claim or defence. A litigation funder may be entitled to a 30% share of the recovery and exercise case control via case budgeting*».

¹⁰²⁴ *Id.* Selwyn Seidel, «Third-party investing in international arbitration claims – to invest or not to invest? A daunting question», in *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X 2013, Ch. 2, p. 27.

deux raisons principales. La *première* est la durée qu'il faut attendre, allant parfois jusqu'à cinq ans dans certaines procédures arbitrales, avant de recevoir le retour de son investissement. C'est une durée excessivement longue comparée au secteur financier et de courtage habitués à être remboursé dans les plus brefs délais. L'intervention d'un tiers durant cette période requiert son emploi de ressources considérables pour surveiller la procédure, ce qui augmente ses dépenses et défait l'objectif de son investissement.

705. La *deuxième* est que les sommes souvent réduites des investissements, *inter alia* 3 à 5 Millions USD pour un arbitrage commercial international, dont les montants des revendications peuvent facilement excéder les USD 100 Millions,¹⁰²⁵ ne justifie pas une intervention de longue durée de la part du financeur, puisque même si les sommes recouvrées plus tard sont considérablement inférieures au montant originalement soumis au début de l'arbitrage, les profits collectés par le financeur peuvent rester considérablement supérieurs aux montants investis. Non seulement il faut distinguer entre un financeur actif et passif en matière d'extension et de transmission de la clause arbitrale, mais il faut aussi déterminer si un financeur existe *a priori* avant d'évaluer son degré d'intervention.

Sous-section 2: La révélation de l'implication du tiers financeur

706. Alors qu'elle n'est pas encore officiellement codifiée, on assiste dans l'arbitrage international à une tendance dirigée vers l'exigence de la révélation de la présence d'un tiers financeur,¹⁰²⁶ à travers une obligation imposée aux parties de révéler leurs sources de financement du procès, ou de déclarer l'existence d'un financement externe.¹⁰²⁷ Selon J.B. Racine, ce n'est pas la présence du financeur, actif ou passif, qui pose problème, mais plutôt sa présence

¹⁰²⁵ Il est vrai qu'une grande partie des procès arbitraux sont caractérisés comme étant des 'small claims', dont les montants en question sont limités, affectant ainsi les sommes finalement recouvrées de la partie adverse. Mais les financeurs sont intéressés uniquement dans ces procès dont les revendications ont de mérites et dont les montants respectifs sont suffisamment large pour justifier leur investissement.

¹⁰²⁶ Les règles de procédure de la cour fédérale Australienne sur les groupes d'actions exigent la révélation de l'accord de financement. Voir, article 3(6) Federal Court's Practice Note CM 17, 9 Octobre 2013, «*At or prior to the initial case management conference each party will be expected to disclose any agreement by which a litigation funder is to pay or contribute to the costs of the proceeding, any security for costs or any adverse costs order. Any funding agreement disclosed may be redacted to conceal information which might reasonably be expected to confer a tactical advantage on the other party*», disponible sur <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/cm17>. Similairement, voir la recommandation de la Commission Européenne du 11 Juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), «*La partie demanderesse 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*», para 14, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32013H0396>.

¹⁰²⁷ *Id.*, Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 126.

occulte.¹⁰²⁸ On ajoute que l'activisme occulte justifie à lui seul la nécessité de révéler l'accord de financement.

707. Si l'imposition d'une obligation systématique de révélation de l'accord de financement est injustifiée, son absence risque tout de même de laisser le financeur, à travers son poids économique, affecter le déroulement de la procédure.¹⁰²⁹ On peut ainsi avancer le besoin d'une obligation imposée à la partie financée, de révéler l'existence d'un financeur au tribunal arbitral, afin que ce dernier reste au courant de l'identité réelle des parties.¹⁰³⁰ Cette révélation permet au tribunal de prendre des décisions convenables sur le degré de l'implication du financeur, notamment la prise en charge des frais de la défense de la partie adverse et de toute décision éventuelle concernant les *Security for Costs*.¹⁰³¹ En particulier, la révélation permet au tribunal arbitral de déterminer l'indépendance et l'impartialité de ces membres, *inter alia* l'existence d'un conflit d'intérêts entre un tiers financeur et les membres du tribunal arbitral, et les décisions sur les coûts de l'arbitrage.¹⁰³²

708. Le droit Anglais a préalablement requis des parties financées, par le biais d'un '*conditional fee agreement*', de révéler l'existence de cet accord à la cour et à la partie adverse, sans

¹⁰²⁸ *Id.*, J.B. Racine, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers*, para 255, 2012.

¹⁰²⁹ *Id.* M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2/1, pp. 188 «*In the absence of disclosure, an arbitrator may not be aware that one of the parties before him is funded by a third-party funder*». Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 126. *Voir contra*, J.V. Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, pp. 157, «*the term mandatory disclosure sounds fairly odd, and the concept behind it indeed appears as an alien element within the system of international arbitration*».

¹⁰³⁰ M. J. Goldstein, «Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration», 8 *TDM* 4 (2011); J. Trusz, «Full Disclosure? Conflicts of Interests Arising From Third-Party in International Commercial Arbitration», 101 *Georgetown L.J.* 1649 (2013).

¹⁰³¹ *Id.*, M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2/1, pp. 195 «*In light of the foregoing trend to afford greater rights of control to third-party funders over the conduct of claims, liability for costs could be appropriate to reflect the level of involvement of the third-party funder in the initiation, maintenance and management of the claim*».

¹⁰³² *Id.* Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014, p. 47 «*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 suivies*». *Id.* Aren Goldsmith et Lorenzo Melchionda, «Third party funding in international arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask) – Part One», *RDAL*, No 1, 2012, p. 53 - 76. *Id.*, J. V. Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, pp. 140, «*Whether to disclose the presence and identity of a third party funder primarily becomes relevant in the context of assessing the impartiality and independence of arbitrators, since this analysis has to take into account relationships involving third-party funders*».

imposer la révélation des stipulations particulières de cet accord.¹⁰³³ À la suite des réformes recommandées par Lord Jackson, la partie perdante devra payer les "*coûts normals du litige*". Puisque les '*success fee*' ne sont plus recouvrables à travers une ordonnance à cet égard dirigée contre la partie adverse, il n'est plus requis à la partie financée de révéler son '*conditional fee agreement*'.¹⁰³⁴ Le droit Anglais n'impose pas non plus la révélation d'un '*damage-based agreement*'.¹⁰³⁵

709. Un point important est de déterminer le degré de révélation essentiel. Si la révélation de l'identité et l'adresse du financeur est nécessaire pour déterminer tout conflit d'intérêts avec les membres du tribunal arbitral, il ne l'est pas pour les termes spécifiques de l'accord de financement.¹⁰³⁶ Effectivement, la révélation de l'existence du financement et de l'identité du financeur est nécessaire et suffisante en soi pour se conformer avec toute réglementation en vigueur ou potentielle à cet égard.¹⁰³⁷
710. Toutefois, la révélation de l'accord du financement sert en particulier à déterminer si le financeur est actif ou passif. Dans l'affaire *Arkin*, la Cour d'appel a noté que le financeur peut avoir une plus grande responsabilité envers les coûts de la partie adverse quand il exerce également un contrôle sur l'arbitrage.¹⁰³⁸ Ainsi, la cour nécessite, à cet égard, de plus amples informations afin de décider de sa *kompetenz* envers le tiers et du degré de son implication avant de rendre la décision nécessaire sur les coûts des parties.

¹⁰³³ Civil Procedure Rules and Practice Directions, Rule 46.9(4) & Practice Direction 46. Cela est également le cas pour les accords conclus avant le 1er avril 2013.

¹⁰³⁴ Cela est le cas d'un '*conditional fee agreement*' conclu après le 1^{er} Avril 2013. Courts and Legal Services Act, § 58A, as amended by the Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, § 44. Cela est le cas d'un '*conditional fee agreement*' conclu après le 1^{er} avril 2013.

¹⁰³⁵ *Id.* M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», BCDR International Arbitration Review, Vol. 2/1, pp. 176 «*English Law does not require the disclosure of the existence or terms of a damages-based agreement. No such disclosure requirement applies to other forms of third-party funding*».

¹⁰³⁶ Voir *id.* *Guaracachi and Rurelec c/ Bolivie*, affaire CPA, ordre de procédure No. 13 du 21 Février 2013, para 8, dans lequel le tribunal arbitral a rejeté la demande de production de l'accord de financement parce que le défendeur n'a pas spécifié le conflit d'intérêt en question pour satisfaire la demande de divulgation, en outre l'identité du financeur a déjà été révéler dans la presse, contre laquelle les membres du tribunal arbitral ont déjà déclaré l'absence de tout conflit avec ce dernier. Cf. *id.* M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», BCDR International Arbitration Review, Vol. 2/1, pp. 189 «*Given the wide variety of third-party funders and arrangements, it is unclear what a potential disclosure obligation should encompass. The limits of the obligation could be drawn in a number of places, from the nature and identity of the funder to the quantum or subject matter of the claim*».

¹⁰³⁷ Ce pouvoir des cours est limité à la révélation de l'identité et l'adresse du tiers financeur. *Supra* note 202, *Arkin c/ Borchard Line Ltd & Others*.

¹⁰³⁸ *Ibid*, *Arkin*.

711. L'obligation de révélation devra ainsi inclure logiquement d'autres détails liés au degré de contrôle accordé au financeur sur la direction du procès. Alors que le degré d'implication qui activerait la responsabilité du financeur sur les coûts demeure indéterminé, sa responsabilité dépend de plusieurs facteurs, notamment s'il exige une stratégie que la partie financée n'aurait pas adoptée en soi, telle que la nomination d'un arbitre déterminé, ou l'imposition d'une procédure d'expertise coûteuse.¹⁰³⁹ En tout état de cause, ces informations feront partie du contrat de financement, ce qui soulève ainsi la possibilité de révéler ces dispositions commerciales du contrat, relatives au degré d'implication du financeur.¹⁰⁴⁰
712. En revanche, la responsabilité du financeur passif devrait rester limitée à son investissement, sauf s'il devient impliqué dans la procédure en cours.¹⁰⁴¹ Ainsi, dans l'affaire *Excalibur*, la cours a ordonné que les tiers financeurs assument les coûts du demandeur, dans la mesure où la demande qu'ils ont soutenue n'avait pas de succès, mais que leur responsabilité était limitée au montant de leur investissement.¹⁰⁴²
713. La position susmentionnée de la jurisprudence anglaise offre un cadre clair sur la responsabilité d'un financeur actif, mais son application est limitée aux contentieux devant les juridictions étatiques. Pourtant, cette position apparaît adaptable à l'arbitrage, dans lequel un tribunal arbitral devrait être investi par un plein pouvoir pour ordonner les financeurs actifs à verser les coûts de l'arbitrage d'un montant équivalent à leur investissement.¹⁰⁴³
714. La révélation des dispositions commerciales du contrat de financement, relative au degré d'implication du financeur, peut se faire dans l'arbitrage à travers une déclaration systématique du tiers financeur confirmant l'existence de telles dispositions, sans pour autant révéler l'intégralité du contrat de financement. Cela sert à atténuer les objections soulevées à cet égard sur le besoin de préserver le secret des affaires entre le plaideur et le tiers

¹⁰³⁹ Les Cours Anglaises ont statué que le financeur est responsable aux coûts s'il a provoqué l'initiation du procès, voir *Merchantbridge c/ Safron*, [2011] EWHC 1524.

¹⁰⁴⁰ *Id.*, Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 207, «*Broadly speaking, the more significant the impact of a third-party funding agreement's existence and/or individual terms for the assessment of a particular jurisdictional issue the more reason to order disclosure of the relevant information and to reject potential privilege defences*».

¹⁰⁴¹ *Excalibur Ventures LLC c/ Texas Keystone Inc & Others*, [2014] EWHC 3436, para 139-51.

¹⁰⁴² *Ibid.* para 106-10 et 129.

¹⁰⁴³ La position applicable en droit Anglais est que les tribunaux ayant un siège en Angleterre n'ont pas les pouvoirs d'ordonner un tiers à payer les coûts de la partie adverse. Russel on Arbitration 6-146 (St. John Sutton D., Gill J., Gearing M., eds., 2007) (23rd ed). *Maritime Transport Overseas GmbH c/ Unitramp (The "Antaois")*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 284; *The Takamine* [1980] 2 Lloyd's Rep.

financier.¹⁰⁴⁴ De même, la révélation peut inclure des dispositions de l'accord, concernant l'implication du tiers dans la procédure et sa responsabilité sur les coûts du procès. Ainsi, le tribunal arbitral devient capable de déterminer le degré d'implication du tiers et, par la suite, de prononcer des ordonnances relatives aux coûts du procès. La révélation des autres dispositions ou de l'intégralité de l'accord de financement peut se faire à la lumière des raisons sous-jacentes. Ainsi, dans l'affaire *Teinver*, la partie défenderesse a demandé la révélation de toutes les informations disponibles concernant le financement et le contenu de l'accord de financement conclu avec Burford Capital Ltd.¹⁰⁴⁵ Le tribunal a rejeté la demande de production de l'accord, car les informations disponibles à la période où cette demande a été faite ne sont pas suffisantes en elles mêmes pour justifier leur divulgation.

715. Dans un arbitrage d'investissement récent à la base des règles CNUDCI, *South America Silver Ltd v Plurinational State of Bolivia*,¹⁰⁴⁶ le tribunal a reconnu la légitimité du financement par les tiers et a rejeté une demande d'octroi d'une garantie (*security for costs*) faite à la base de l'existence du tiers financier. Mais le tribunal a ordonné la révélation du nom du financier (mais pas les dispositions de l'accord de financement) pour des raisons de transparence.

716. La jurisprudence française attribue la responsabilité de paiement des coûts à la partie vaincue au procès. Cela ne veut pas dire que la partie vaincue devra envisager un remboursement complet de ces coûts. Les juridictions françaises détiennent un large pouvoir discrétionnaire à ce niveau et les ordonnances de paiement des coûts de la partie adverse restent généralement limitées.¹⁰⁴⁷ En supposant que les juridictions françaises ont le pouvoir d'ordonner un tiers financier de rembourser les coûts de la partie adverse,¹⁰⁴⁸ leur pouvoir discrétionnaire

¹⁰⁴⁴ *Id.*, Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014, p. 46 «*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*».

¹⁰⁴⁵ *Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/ République Argentine*, CIRDI affaire No. ARB/09/1, décision sur la compétence du 21 Décembre 2012, para 26, «*after careful consideration of their respective positions on the matter of obtaining third-party funding, the Tribunal had decided not to grant Respondent's request at this early stage as it did not consider the currently available information on record as sufficient. However, the Tribunal added that it did not preclude granting a similar request in the future once the main pleadings had been filed*». *Supra*, note 613, *Guaracachi*.

¹⁰⁴⁶ CPA, Procès No. 2013-15 (Ordre de Procédure No. 10), 11 Janvier 2016.

¹⁰⁴⁷ Article 700 du Nouveau Code de Procédure Civil. *Voir aussi*, Jurisclasseur Encyclopédie des Huissiers de Justice, Vol. V/39, et Patrice Rembauville-Nicolle, *Du bon usage de l'article 700 du NPC*, 102 Gazette du Palais 2 (2007).

¹⁰⁴⁸ Il n'existe aucune jurisprudence confirmant ce pouvoir des cours françaises et, par extension, le tribunal arbitral. *Id.*, M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for

signifie que le remboursement d'une fraction ou de la totalité des coûts de la partie adverse peut être attribuer au tiers financeur.

717. Les tribunaux évitent également d'ordonner, dans leur sentence, à un tiers financeur actif de payer les coûts de la procédure arbitrale, de peur que cette sentence soit annulée pour manque de *kompetenz razione personae*. Une *kompetenz* pareille du tribunal arbitral à cet égard est certes liée à l'extension de la clause arbitrale au financeur. Le droit français reconnaît cette extension à toute partie impliquée dans l'exécution du contrat ou des litiges qui peuvent en résulter.¹⁰⁴⁹ Ainsi, un tribunal arbitral est compétent pour ordonner à un financeur actif de rembourser les coûts de la partie adverse. Il est important de noter qu'une ordonnance similaire à l'encontre d'un financeur ne devrait pas s'appliquer par défaut chaque fois que ce dernier est actif. Un tribunal peut exercer ce pouvoir dans des cas extrêmes, voire dans un cas de dommage irréparable attribué au financeur.¹⁰⁵⁰
718. La révélation de l'existence du tiers financeur devrait se faire au tribunal arbitral et à la partie adverse. Cela est cohérent avec le droit de la partie adverse de présenter ses observations sur tout conflit d'intérêts éventuel, ainsi que de soumettre ses arguments concernant les coûts du procès arbitral.¹⁰⁵¹
719. Un dernier point concernant la révélation de l'existence du financement est le moment de l'exercice de cette obligation. Puisque l'implication du financeur dans le litige peut avoir un impact sur la gestion du procès, et afin de permettre aux arbitres de révéler l'existence de tout

Some Soft Rules?», BCDR International Arbitration Review, Vol. 2/1, pp. 185 «*The legal basis upon which French courts would be able to hold third parties so liable is questionable at best*».

¹⁰⁴⁹ *Id.*, Maxi Scherer, Aren Goldsmith et Camille Fléchet, «Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe», Part II: The Legal Debate, 6 Int'l Bus. L.J. 661 (2012). *Voir contra, id.* M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», BCDR International Arbitration Review, Vol. 2/1, pp. 185 «*Whether this is an appropriate analogy is dubious given that French law allows extensions of the arbitration agreement only on the basis that it was the parties' common intention to do so, in particular with du regard to the third-party's involvement in the negotiation and performance of the underlying agreement. This would not be the case for a third-party funder. Given the lack of topical legislation or case law, it is highly doubtful – and yet cannot be ruled out with certainty – that third-parties could be held directly liable for adverse costs in litigation proceedings. In turn, this renders it very difficult to predict the treatment of third-party funding arrangements in relation to arbitration under French law*».

¹⁰⁵⁰ *Libananco Holdings Co. Limited c/. République de Turquie*, CIRDI No. ARB/06/8, décision préliminaire du 23 Juin 2008, para 57 «*[I]t would only be in the most extreme case – one in which an essential interest of either Party stood in danger of irreparable damage – that the possibility of granting security for costs should be entertained at all*».

¹⁰⁵¹ *Id.*, Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014, p. 57 «*En second lieu, alerter le seul tribunal arbitral reviendrait à ignorer le droit des parties de présenter leurs observations sur des conflits d'intérêts éventuels*».

conflit d'intérêts avec le financeur, la partie financée devra alors exercer son devoir de divulgation de son financement à la première occasion, dès sa conclusion de l'accord de financement ou l'initiation du procès arbitral.¹⁰⁵² Cette obligation de révélation du financement et le moment de son exercice devront être stipulés clairement dans les futures règlementations.

720. Pour conclure ce chapitre, les fondements théoriques de l'extension et de transmission de l'arbitrage sont bien établis en droit français et permettent à un tribunal arbitral d'étendre sa *kompetenz* à n'importe quelle partie non-signataire chaque fois qu'elle s'immisce dans l'exécution du contrat ou des litiges qui peuvent en résulter.

721. Le principe du consentement à l'arbitrage ne présente plus un obstacle à l'application de ces théories, surtout dans les cas de transmission ou de circulation de la clause arbitrale, spécialement dans l'arbitrage international où il existe un véritable principe général de transmission de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage, elle-même, a une certaine utilité et n'est plus perçue comme étant stipulée *intuitu persona* dans le monde des affaires, particulièrement en matière internationale. Un tribunal arbitral devrait donc disposer d'un pouvoir d'appréciation du rôle du financeur et d'exercer son pouvoir envers ce dernier chaque fois que le financeur est actif, affectant le bon déroulement de la procédure arbitrale. Cela suppose l'application d'une obligation générale de divulgation de l'accord de financement.

¹⁰⁵² *Id.*, M. Stoyanov and O. Owczarek, «Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?», BCDR International Arbitration Review, Vol. 2/1, pp. 189 «*The timing of any disclosure must also be taken into consideration, as it may have an effect on the ability of the tribunal to deal with any potential conflicts that may arise. It would seem logical to require disclosure prior to the confirmation of an arbitration tribunal, so that any conflicts may be resolved at that point in time*». *Ibid*, Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014, p. 58.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

722. La pratique du financement des procès est là pour exister. Sa continuité dépend du fait qu'elle répond à une nécessité particulièrement récente pour le développement du marché de l'arbitrage. Certes, les coûts de l'arbitrage présentent toujours un problème pour les justiciables et le nombre croissant du recours à l'arbitrage et des autres modes alternatifs du règlement des différends importe en soi de créer un mécanisme dynamique de financement de ces coûts qu'une majorité des entreprises trouvent excessifs. Ce problème, on l'observe, est malheureusement durable, mais le financement offre un règlement pratique de la question des coûts, à défaut d'apporter une solution idéale.
723. La communauté arbitrale a donc intérêt à encadrer le tiers financeur dans le marché de l'arbitrage par la détermination de (1) la nature du contrat de financement, dans le but d'identifier le régime applicable, et (2) les modalités par lesquelles un tribunal arbitral préserve l'intégrité du procès arbitral et impose l'administration d'une procédure régulière, où les droits des parties au procès sont préservés.
724. Alors que le contrat de financement partage une ressemblance particulière avec certains éléments d'un autre ensemble contractuel, tel que les contrats de prêt, d'entreprise ou de consommation, ce contrat a une nature distincte de celle de ses composants et il se qualifie comme étant un contrat nouveau *sui generis*. Outre son caractère aléatoire,¹⁰⁵³ cette qualification est attribuée au fait que le contrat de financement ne relève d'aucun contrat spécial et ses éléments ne s'attachent à aucun autre contrat nommé pour lui contribuer une autre qualification. Les éléments composant le contrat de financement relèvent de l'obligation d'information au financeur, le financement des coûts, le partage des sommes recouvrées ainsi que la gestion du procès.
725. Le rôle du financeur dans la procédure arbitrale relève de l'agrément des parties au contrat. Une certaine catégorie de financeur se contente d'avoir une approche plutôt observatrice et requiert uniquement d'être informée des développements du procès pour son audit juridique continu. Également, les financeurs passifs prennent leur pouvoir d'annulation du contrat de financement au sérieux et décident d'exercer ce droit chaque fois que la situation le suggère, à

¹⁰⁵³ M. de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français», *Revue des Sociétés* 2012, spéciale, n° 9, p. 279.

savoir quand les chances de succès au procès se détériorent ou dans le cas où le recouvrement des sommes de la partie adverse devient difficile, voire coûteux. Les financeurs actifs, quant à eux, imposent une approche du procès que les parties, les conseils, ou les arbitres, ne peuvent pas parfois apprécier, telle qu'une décision sur la mission des experts ou leurs réunions conjointes.

726. L'ingérence du tiers financeur déclenche ainsi la *kompetenz* du tribunal arbitral chaque fois que son implication affecte le bon déroulement de la procédure arbitrale, et cela par application des théories d'extension et de transmission de la clause arbitrale. Un tribunal arbitral pourrait également exercer son pouvoir envers le financeur dans les cas où il est conscient de la présence de ce dernier. Une obligation de révélation de la clause arbitrale semble donc opportun, ce qui explique l'introduction de cette obligation dans certains systèmes, tels que celui de Hong Kong.

CONCLUSION GÉNÉRALE

727. Durant les deux dernières décennies, la croissance de l'arbitrage en termes de nombre et complexité, a été accompagnée par l'adoption d'une série de procédures devenues intrinsèques au procès arbitral. L'arbitrage est lui-même devenu une industrie rentable. Les centres d'arbitrage sont régulièrement classés à partir de leur part du marché arbitral et du nombre de procès enregistrés chaque année devant chacun de ces centres.¹⁰⁵⁴ Il en va de même pour la classification globale des cabinets d'avocats qui présentent des services d'arbitrage pour leurs clients. Parmi les critères de succès figurent (i) le nombre d'audiences arbitrales de ces cabinets, (ii) les coûts encourus par leurs clients et (iii) le montant de leurs réclamations.¹⁰⁵⁵ On parle aujourd'hui d'"audience marathon" pour les audiences arbitrales qui ont une durée de plus de deux semaines. Ces audiences sont de plus en plus communes dans les larges procédures arbitrales dans lesquels les parties consacrent plusieurs jours pour leurs plaidoiries orales ainsi que l'"*examination*" et le "*cross-examination*" des témoins, et l'examen des matières de preuves.

728. Tout cela se traduit par une augmentation des coûts ainsi que divers efforts de réformes visant à réduire ces coûts et favoriser l'efficacité. Une grande partie de la complexité perçue et des dépenses accrues de l'arbitrage réside dans le fait qu'il est le reflet d'un monde commercial et d'investissement interconnecté, où il n'y a pas de solution simple ou unique pour simplifier ce moyen de règlement des différends.¹⁰⁵⁶ De nombreuses réformes proposées de la procédure d'arbitrage contribuent peu à réduire les coûts alors qu'une multitude de nouvelles mesures adoptées durant les deux dernières décennies ont contribué à accroître les dépenses. Alors que cette énigme ne peut être entièrement éliminée, les usagers de l'arbitrage ont recours régulièrement à des moyens de financement de la procédure arbitrale. Comme tout marché a besoin de son financement, tel que les prêts au logement, prêts agricoles, prêts aux entreprises, l'accès à la justice a aussi besoin de son financement.

729. L'arbitrage est un 'marché' dans tous les sens du terme, et devient un indice économique national qui contribue au développement économique de plusieurs villes au monde. On parle

¹⁰⁵⁴ Winston et Strawn, «Briefing: What can be done about arbitration costs», septembre 2007, rédigé par N. Ulmer, p. 1; S. Pfisterer, «The Swiss Rules of International Arbitration: Five Years of Experience», *in* 2009, 27(3) ASA Bulletin 611, 612 (notant que les facteurs d'un fort marketing sont clés pour le succès des centres d'arbitrage).

¹⁰⁵⁵ Ces critères sont employés dans la classification annuelle du Global Arbitration Review The GAR 30 des cabinets d'avocats offrant un service d'arbitrage.

¹⁰⁵⁶ *Id.* N. Ulmer, «The cost Conundrum, Arbitration International», vol. 26(2), 2010, p. 224.

régulièrement de Paris, Londres, New York ou Dubaï comme étant un "*arbitration hub*", un prétexte qui démontre l'existence d'un marché fort de l'arbitrage. Il existe un tourisme des justiciables comme il existe un tourisme du sport, de l'écologie, de la culture et les "*arbitration hubs*" attirent la grande partie de ce 'tourisme de la justice'.

730. L'arbitrage fait donc de l'argent, certes pour les centres de l'arbitrage, mais aussi pour les justiciables. L'avantage immédiat d'un contentieux est sa capacité d'indemniser les victimes des préjudices commis contre eux. Dans un contexte commercial, l'arbitrage produit des dommages pécuniaires, un remède fréquent contre les violations contractuelles. La raison des dommages-intérêts élevés dans l'arbitrage est la suivante: alors qu'une justice étatique peut verser à une victime une compensation ne représentant pas la valeur intégrale de ces dommages en cause, puisque dans la perspective de la justice étatique, le droit doit servir au bien général et à établir un juste équilibre entre l'intérêt général et celui des personnes affectées.¹⁰⁵⁷ En revanche, les investisseurs étrangers qui représentent la majorité des usagers de l'arbitrage commercial international, ne sont pas prêts à abandonner pour autant leur prétention à recevoir une indemnité intégrale, prompte et effective. Un tribunal arbitral ne se contente pas du bien général dans son analyse approfondie des dommages encourus par les parties affectées par les infractions en question et prend en considération dans son calcul tous les dommages directs et indirects,¹⁰⁵⁸ les profits et les opportunités perdues, ainsi que les coûts de l'arbitrage. Ces derniers sont assez substantiels et comportent selon l'article 38(1) du Règlement d'Arbitrage de la CCI «*les honoraires et frais des arbitres et les frais administratifs de la CCI fixés par la Cour, conformément aux tableaux de calcul en vigueur au moment de l'introduction de l'arbitrage, les honoraires et frais des experts nommés par le tribunal arbitral ainsi que les frais raisonnables exposés par les parties pour leur défense à l'occasion de l'arbitrage*».

731. Un tribunal arbitral est généralement généreux dans son évaluation des dommages-intérêts en faveur de la partie affectée. Certes, le montant de ces dommages construit un produit d'investissement rentable qui attire les financeurs et investisseurs, en quête de nouveaux marchés à la suite de la crise financière de 2008-2009. Le marché financier traditionnel n'a jamais encore récupéré sa santé et son potentiel depuis la crise. Il faut ajouter à cela le

¹⁰⁵⁷ Ignaz Seidl-Hohenveldern, *L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux*, Annuaire Français de Droit International, éd. CNRS, 1987(33), pp. 7-31.

¹⁰⁵⁸ Pourvu que la loi applicable à l'arbitrage le permet.

nombre croissant des nouvelles réglementations dont l'objectif principal est de placer ce marché sous le contrôle des autorités étatiques.¹⁰⁵⁹ Le financement des procès par les tiers présente donc une opportunité majeure pour les investisseurs qui commencent à être attentifs à cette industrie qui ne cesse de croître et qui demeure flexible en l'absence d'une réglementation spécifique régissant des procédures et formalités qui sont aujourd'hui applicables au marché financier. Mais le financement par les tiers à un double intérêt, puisqu'il promu aussi l'accès à la justice arbitrale aux parties impécunieuses.

732. Similairement à la justice étatique, l'arbitrage sert à établir la justice, règle les conflits à l'amiable, et dissuade l'auteur des infractions de persister dans sa conduite nuisible à la relation commerciale. La victime peut être réticente à intenter une action pour des raisons financières. Cela est également le cas de la plupart des plaideurs ayant des revendications juridiques valides, mais ne disposant pas de ressources nécessaires pour entamer une procédure longue et coûteuse.
733. Ces fonctions sociales du contentieux, telles que l'indemnisation et la dissuasion, font toujours face au problème des coûts de la procédure. L'industrie du financement par les tiers peut introduire une nouvelle dimension dans l'approche traditionnelle du plaideur envers les coûts du procès. En effet, la disponibilité du financement encourage plusieurs plaideurs à intenter leurs procès en fonction du droit d'accès à la justice.
734. À l'heure actuelle, le financement par les tiers est encore loin de créer une tendance générale, ou bien d'être appliqué systématiquement dans l'arbitrage international.¹⁰⁶⁰ Alors que l'investissement dans les procès crée un bénéfice, il produit en parallèle un risque substantiel. Le financement de l'arbitrage requiert une connaissance profonde des règles de la procédure arbitrale et de celles du marché financier.
735. Selon la perspective d'un financeur, la décision d'investir dépend de plusieurs facteurs déterminants, notamment l'existence d'une demande bien fondée, la solvabilité de la partie

¹⁰⁵⁹ Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010; Sarbanes–Oxley Act 2002; Housing and Economic Recovery Act 2008; The Financial Services Act 2012. Plusieurs nouvelles autorités étatiques ont été créées pour surveiller l'application de ces réglementations, tels que le Financial Services Authority (FSA), Financial Policy Committee (FPC), Prudential Regulation Authority (PRA), Financial Conduct Authority (FCA).

¹⁰⁶⁰ *Id.*, Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International 2016, pp. 429.

adverse, les coûts réduits de son investissement et un retour élevé sur cet investissement. Il suffit parfois que l'investisseur ait un avantage dans trois des quatre facteurs pour décider en faveur du financement. Toutefois, dans la majorité des cas, le financeur ne démontre aucun intérêt à investir dans des procès prolongés et compliqués, où dans les cas où le sujet du conflit *ratione materiae* n'a jamais été traité auparavant dans un précédent judiciaire ou arbitral, augmentant ainsi l'ambiguïté sur les chances de succès.

736. Comme toute transaction, le financement par un tiers produit des difficultés pratiques. Cinq exemples peuvent être cités à cet égard.

Premièrement, il y a des bons, des brutes et de véritables truands. Ainsi, certains tiers financeurs s'engagent à financer la procédure uniquement dans l'espoir d'un accord transactionnel anticipé et trouvent une excuse pour se désister si un tel accord n'est pas trouvé, soit parce qu'ils n'ont pas les moyens de financer une procédure, soit tout simplement parce qu'ils ne souhaitent pas prendre le moindre risque. Il est donc essentiel de se renseigner et de se protéger, notamment en exigeant, en cas de doute, que l'intégralité de la somme devant être affectée au financement soit placée sous séquestre.

Deuxièmement, des divergences de vues entre le financeur et le client peuvent apparaître en cas de proposition transactionnelle. Le tiers financeur est souvent ravi d'une telle proposition tandis que le client souhaite mener la procédure à son terme, considérant cette proposition insuffisante. Idéalement, et afin d'éviter des frictions, il convient de trouver un accord en amont, dans le contrat de financement, sur le montant transactionnel qui pourrait être acceptable.

Troisièmement, des tensions entre le client et le tiers financeur, en raison du dépassement du montant forfaitaire, ne sont pas rares et nécessitent l'identification des causes de ce dépassement et une répartition de ses conséquences dans le cadre d'une renégociation du montant de financement, ce qui n'est pas évident.

Quatrièmement, l'intervention dans la procédure et la recherche d'un certain contrôle de celle-ci par le tiers financeur, notamment par le choix de la stratégie, des arbitres ou encore des experts, peut s'avérer problématique. Il appartiendra vraisemblablement au conseil de la partie financée de gérer ces situations. Or, la gestion de la relation avec le client est déjà

complexe et y ajouter le tiers financeur peut parfois conduire à une situation cauchemardesque. Le conseil est souvent amené à endosser le rôle de psychiatre et les réunions de travail ressemblent parfois à des thérapies de groupe.¹⁰⁶¹

Enfin, des conflits entre le tiers financeur et les autres créanciers de la partie financée peuvent apparaître en cas de victoire, lorsque ces derniers ignoraient la créance prioritaire du tiers financeur ou encore le montant de son pourcentage. La gestion du compte séquestre peut alors devenir pour le moins problématique. Ces difficultés peuvent être anticipées et atténuées au moyen de clauses contractuelles ou sanctionnées par le droit commun.

737. Certes, il existe un potentiel considérable pour la croissance du financement des procès. Les avantages de ce financement sont multiples. L'essentiel est qu'ils facilitent l'accès à la justice et constituent un remède aux contraintes associées à l'aide juridictionnelle. La perspective sur le financement ne peut être simplement réduite à des observations erronées, notamment qu'il multiplie les demandes abusives ou transforme l'arbitrage en un produit échangé sur les marchés financiers. L'origine de ces observations remonte aux prohibitions traditionnelles de *Champerty* et *Maintenance*, une prohibition dont l'étendue a été limitée, ou l'application parfois même abolie. Il est vrai que le financeur agit principalement selon ses propres intérêts, mais son intérêt, dans la majorité des cas, n'est pas en conflit avec la justice arbitrale, qui constitue l'un des modes de règlement alternatif des conflits.

738. L'investissement du financeur se concrétise en identifiant, tout d'abord, le montant du capital disponible pour couvrir les coûts du procès. Le succès du plaideur apporte des profits au financeur, souvent compris entre 20% et 40% des sommes collectées. En revanche, la défaite du plaideur n'entraîne aucune obligation pour ce dernier de rembourser le montant de l'investissement. Par conséquent, le financeur s'efforce, au début, de compléter son audit juridique rigoureux, avant de décider des mérites des revendications du plaideur et de la crédibilité financière de la partie adverse. L'audit juridique est complété par un examen régulier de la procédure arbitrale.¹⁰⁶² Cet examen continu fait partie des obligations fiduciaires du financeur envers ses actionnaires ou l'investisseur. Cela est également le cas

¹⁰⁶¹ H. Gharavi, «Le financement par un tiers», in *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013, p.36.

¹⁰⁶² *Ibid*, Jonas Von Goeler, pp. 428, «*In view of this, the funder's investment decision is preceded by rigorous case assessment. The case assessment phase is followed by the case monitoring phase, during which the litigation funder will be entitled to regular updates on the development of the funded case so as to be in a position to protect and promote its investment. Most notably, a litigation funder will seek to monitor whether the costs spent are remaining within the case budget*».

pour s'assurer de la bonne dépense de l'investissement fourni.

739. Le financeur obtient, par son investissement, un intérêt économique dans le procès, alors que le plaideur demeure toujours titulaire du droit d'action et des droits substantiels. Le problème réside dans l'activisme du financeur et son ingérence dans la procédure arbitrale, créant ainsi une influence qui, si elle reste hors du contrôle du tribunal arbitral, pourra affecter l'intégrité du procès et la confiance de ces usagers. À moins que l'industrie du financement devienne règlementée à travers des statuts promulgués, prévenant l'intervention du tiers dans la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral devra avoir compétence envers le tiers afin d'éviter tout déraillement mettant le procès en péril.
740. Alors que la France caractérise l'accord de financement comme étant *sui generis*, l'Allemagne, en revanche, l'a qualifié comme un contrat nommé.¹⁰⁶³ En fait, le contrat de financement est un contrat hybride contenant des éléments communs à d'autres types de contrat, tels que l'opération de crédit, l'assurance ou le contrat d'entreprise. Il introduit cependant un élément aléatoire, qui est la non-garantie de remboursement en cas de défaite au procès.
741. Une importante question préliminaire concernant le financement réside dans la nécessité de révélation de l'existence du tiers.¹⁰⁶⁴ Cette obligation devra incomber essentiellement à la partie financée au début de la procédure arbitrale, *inter alia*, avec la soumission de la demande d'arbitrage. L'obligation de révélation peut être introduite dans les règlements d'arbitrages, tels ceux de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et la *London Court of International Arbitration*. Cette obligation peut aussi être stipulée explicitement à travers la révision de la règle générale 7(a) des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international.
742. Alors que l'application systématique de l'obligation de révélation n'est pas appréciée par les tiers financeurs et certains membres de la communauté arbitrale, il demeure important de divulguer l'identité du financeur et les faits concernant l'accord de financement, afin d'identifier préalablement tout conflit d'intérêts avec les membres du tribunal arbitral et de déterminer l'implication du tiers dans la procédure arbitrale. La méthode de divulgation de

¹⁰⁶³ *Ibid*, Jonas Von Goeler, pp. 428.

¹⁰⁶⁴ N. Darwazeh *et al.*, «Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding», *Journal of International Arbitration*, Vol. 30/2, 2016, p. 135.

l'implication du financeur s'apprécie à travers une reconnaissance de la partie financée que le financeur n'est pas impliqué dans le litige avec la partie adverse, ou dans l'administration de leur procès.

743. Les types de procès auxquels porteront le plus d'attention des financeurs peuvent être classés en deux grandes catégories: les actions de groupe¹⁰⁶⁵ et l'arbitrage d'investissement. Le financement présente un changement majeur pour les plaideurs qui envisagent d'intenter de tels procès.

744. Les consommateurs et les procès environnementaux constituent la plupart des actions de groupe actuellement en cours. Pour ces plaideurs, le financement par les tiers garantit l'accès à la justice étatique ou arbitrale, un avantage qui n'était pas disponible auparavant pour les consommateurs individuels. À la lumière des protections statutaires existant pour le bénéfice des consommateurs, le groupement de ces derniers pour intenter un procès contre les distributeurs et fabricants de produits est extrêmement attrayant pour les financeurs. Certes, ces derniers envisageront la collecte d'un pourcentage de la totalité des sommes prononcées, un montant qui pourra être considérable, transformant l'arbitrage en un marché lucratif.

745. Dans l'arbitrage des conflits d'investissement, l'avènement récent du financement par les tiers sont multiples. Premièrement, dans les économies en crise, les conflits d'investissement ont tendance à proliférer et les investisseurs deviennent plus disposés à entrer dans un litige contre l'État hôte. En raison de la précarité des ressources, les investisseurs ont été contraints de chercher un financement alternatif. Deuxièmement, les investisseurs peuvent être réticents à utiliser leurs propres ressources pour financer une procédure longue et coûteuse. Troisièmement, l'incertitude inhérente à l'obtention effective de la compensation revendiquée dans l'arbitrage d'investissements peut justifier un transfert du risque de la procédure à un tiers financeur.

746. Alexandre Dumas, fils, imaginait le mariage comme étant une chaîne si lourde qu'il faut parfois avoir un tiers, étranger à la relation matrimoniale, pour la porter. Selon ses termes, *«les chaînes du mariage sont si lourdes qu'il faut être deux pour les porter, quelquefois trois»*. Si l'on peut parodier cette expression, les chaînes financières du procès, deviendront,

¹⁰⁶⁵ *Id.*, Steve Tenai & Nicholas Saint-Martin, «Third Party Funding of class actions»: *«There are a number of international corporations, both public and private, the business model of which revolves around funding litigation for profit, especially class action litigation»*.

elles aussi, si lourdes qu'il faut être trois à les porter.¹⁰⁶⁶

747. Le fonctionnement moderne du financement nécessite l'application des méthodes non traditionnelles d'extension de l'arbitrage au tiers. En adoptant une interprétation téléologique de l'implication du tiers dans l'exécution des contrats et des litiges qui peuvent en résulter, l'approche contextuelle abandonne le principe consensuel pour étendre l'arbitrage à ce tiers, nonobstant l'absence d'agrément explicite d'être partie à l'arbitrage. En l'absence d'un règlement du financement des procès, cette solution médiane est nécessaire pour éviter les revers attribués à l'implication du financeur actif dans la procédure arbitrale.

748. Le développement du financement de l'arbitrage par les tiers est un phénomène intéressant qui voit l'émergence d'un nouveau métier dans l'arbitrage international et l'entrée de nouveaux acteurs structurés sur le marché. Le financement n'est plus une activité annexe, temporaire, mais une profession à part entière, qui n'est d'ailleurs pas intégrée dans la nomenclature des métiers. La présence du financement dans l'arbitrage ne veut pas dire que l'affairisme l'a emporté sur la justice et donc que le marché l'a emporté sur l'arbitrage. Mais l'avenir invite à rester vigilant et mobilisé. Selon Thomas Clay, «*la loi du marché n'est pas la panacée. Celle de l'arbitrage international, si*». ¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁶ Id. P. Théry, *Colloque sur le financement de contentieux par un tiers*, 2012, para 431.

¹⁰⁶⁷ W. Ben Hamida et T. Clay, «Le marché de l'arbitrage», in *L'argent dans l'arbitrage* -, Lextenso éditions, 2013, p.28.

BIBLIOGRAPHIE

Walter Mattli et Thomas Dietz, *International Arbitration and Global Governance – Contending theories and evidence*, Oxford University Press, 2014.

Joshua J. H. Karton, *The culture of international arbitration and the evolution of contract law*, Oxford University Press, 2013.

B. Cremades et A. Dimolista, *Third-party Funding in International Arbitration*, ICC Institute of World Business Law, Dossiers X, 2013.

L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis droit PUF, 2ème, 2013.

M. Henry, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, 2001.

C. A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.

B. Deffains, *Law and Economics in Civil Law Countries*, Routledge, 2013.

D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010.

Pothier, *Traité des obligations*, 1re Partie: M. Siffrein, Paris 1831.

Posner R, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company, 3^e édition, 1986.

P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11 éd, 2014.

C. Kessedjian, *Le financement de contentieux par un tiers – Third Party Litigation Funding*, éditions Panthéon-Assas, 2012.

A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Mass.: Little Brown and Co., 1983.

McCoubrey & White's, *Textbook on Jurisprudence*, J.E. Penner, Oxford University Press, 4^e édition, 2008.

Mark Tuil et Louis Visscher, *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe – A Legal, Empirical and Economic Analysis*, (New Horizons in Law and Economics), Edward Elgar Publishing Ltd, 2011.

E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Th. Clay, «Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage», in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011.

S. Friel et J. Barnes, *Litigation Funding: Getting the Deal Through*, 2017.

C. Hodges, S. Vogenauer et M. Tulibacka, *The Costs and Funding of Litigation: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2010.

Trietel, *The Law of Contract*, 13e éd., Edwin Peel, Sweet & Maxwell, 2015.

H. Beale et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2e éd., 2010.

Lisa Bench Nieuwveld et Victoria Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.

Peter Lang, *Financial Capacity of the Parties. A condition for the validity of arbitration agreements?*, German Institute of Arbitration, 2004.

M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Recherches Juridiques, Economica, 2013.

Techniques for Controlling Time and Cost in Arbitration, Publication CCI 843, (2007).

J.-B. Racine, «La marchandisation du règlement des différends: le cas de l'arbitrage», in E. Loquin et A. Martin (dir), *Droit et marchandisation*, Lexis-Nexis Litec, 2010, p. 321.

W. L. Kidane, *The Culture of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017.

Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ème éd., Kluwer Law International, 2014.

Redfern, *International Commercial Arbitration: Winning the Battle*, in The Southwestern Legal Foundation (ed.), *Private Investors Abroad* 11-1 to 11-12 (1989).

Horacio A. Grigera Naón. *Matière préliminaire. Choice-of-law problems in international commercial arbitration*, Travaux de l'Académie de La Haye pour le Droit International, 289, Martinus Nijhoff Publishers (2001), Recueil des Cours.

J. Lew, L. Mistelis, & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003.

Ewan Mckendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 12ème éd., 2017.

Bertrand Fages, *Droit des Obligations*, L.G.D.J. 7ème éd. 2017.

Ch. Jarrosson et J. B. Racine, *Arbitrage commercial, Droit commercial*, Juris Classeur commercial, Fasc. 199, 2012, n° 9.

J. Delaney et D. Barstow Magraw, «Procedural Transparency», in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer (éd.), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008.

Horatia Muir Watt, *Dictionnaire de la Justice, Discovery/Disclosure*, PUF 1ere édition 2004.

Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 4ème édition, Sweet & Maxwell 2017.

Geoffrey Gilbert, *The Law of Evidence*, London edition, Dublin 1756.

Henri Roland et Roland Boyer, *Adages du droit Français*, Paris, Litec, 1999.

L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, 10e éd., 2017.

Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, 2004.

Jeffrey Miller, *The law of Contempt in Canada*, Scarborough, Carswell, 1997.

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Boldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International 2006.

A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12e éd., 2011.

F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd. Dalloz 2015.

Th. Bonneau, *Droit bancaire*, LGDJ, 12e éd. 2017.

Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 14e éd., 2017.

- Y. Chaput, *Droit des sociétés*, Puf, 1993.
- G. Cattalano-Cloarec, *Le contrat de prêt*, LGDJ, 2015.
- N. Disseaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007.
- R. Bout, « La convention dite d'assistance », in *Mélanges P. Kayser*, PUAM, 1979, p. 157.
- A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 2013.
- Hocquet-Berg, *Remarques sur la prétendue convention d'assistance*, *Gaz. Pal.* 1996, Doct. 34.
- A. Seriaux, «L'œuvre prétorienne in vivo: l'exemple de la convention d'assistance», in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, p. 299 et s.
- B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, th. Montpellier, LGDJ, 1975.
- I. Najjar, «La notion d'ensemble contractuel», in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 510 et s.
- F. Labarthe, «Les conflits de qualification: Éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats», in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 539 et s.
- J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2007.
- R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000.
- N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, 2009.
- P. Callé, «Demandes en intervention et justice arbitrale», in *Mélanges J. Héron*, Lextenso éditions, 2008, p. 155 et s.
- B. Hanotiau, «Joinder of parties and joinder of claims», in *Mélanges F. Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 191 et s.
- Hartmann, in A. Baumbach *et al.* (eds.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 7 (72d ed. 2014).

B. Berger et F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Hart Publishing, 3^e. éd., 2015.

Ch. Jarrosson, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», in *Groupes de sociétés: contrats et responsabilités*, LGDJ, 1994.

O. Sandrock, «Arbitration Agreements and Group of Companies», in *Études P. Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 625 ets.

E. Loquin, «Clause compromissoire et groupe de sociétés, approche méthodologique», in *Mélanges J. Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 241 et s.

Stavros Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, 86, Oxford University Press, 2010.

E. Coke, *Commentaries on Littleton* (19^e éd, 1832), vol. II.

F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, Préf. I. Fadlallah.

St. John Sutton D., Gill J., Gearing M., *Russel on Arbitration*, 24^e ed., 2015.

Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, 2016.

J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF Thémis Droit, 2016.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Contrats spéciaux*, LGDJ, 9^e éd. 2017.

L. Berheim-Van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.

T. Clay et al., *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2013.

J. Orscheidt et C. Séraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2016.

RAPPORTS ET ARTICLES DE PRESSE

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University of London, School of International Arbitration.

ICC statistical report 2012, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 24, N°1 (2013).

CIArb Costs of International Arbitration Survey 2011, disponible sur <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIArb%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf>.

Burford, Theory and practice in Litigation risk, disponible sur http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2012/11/Burford_Whitepaper11.pdf.

Case Associates case note 'Third party litigation funding - the facts and estimates for the UK', Décembre 2011, disponible sur www.casecon.com/data/pdfs/Casenote62TPLFDec2011.pdf.

Ruper Jackson, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, December 2009 – UK Ministry of Justice, disponible sur <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>.

Rapport de la Commission de la CCI, « *Controlling Time and Costs in Arbitration* », 2012.

Rapport de la Commission Européenne « Étude sur la transparence des coûts des procédures judiciaires civiles dans l'Union Européenne », Rapport Final, Commission Européenne, DG Justice, Liberté et sécurité, disponible en ligne <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=6f471129-b38a-457a-8626-b0fed471ac69>.

Civil Justice Council, The Future Funding of Litigation – Alternative Funding Structures 54 (2007), disponible sur www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/future_funding_litigation_paper_v117_final.pdf.
American Bar Association Commission on Ethics 20/20, *White Paper on Alternative Litigation Finance*, p. 10-11, publié en Octobre 2011.

Lovells LLP, At what cost ? A Lovells Multi Jurisdictional Guide to Litigation (2010), disponible sur <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/c940bb4b-a67f-4e63-a5b8-ced6198b2125/Presentation/PublicationAttachment/fff33267-29d5-4230-a140-cf2eeb7d4a05/LitigationCostsReport.pdf>

ICC Dispute Resolution, A world of experience, a wealth of expertise, ICC Publication, Octobre 2012.

Debevoise & Plimpton LLP, Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration, 2010, disponible sur <http://www.debevoise.com/files/News/2cd13af2-2530-40de-808a-a903f5813bad/Presentation/NewsAttachment/79302949-69b6-49eb-9a75-a9ebf1675572/DebevoiseProtocolToPromoteEfficiencyinInternationalArbitration.pdf>.

Enhancing Investor Protection and the Regulation of Securities Markets - Hearing Before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, 111th Congress, 10 Mars 2009.

Réseau Européen des Conseils de la Justice (RECJ), *Judicial Reform in Europe Report 2011-2012 (Rapport 2011-2012 sur la réforme judiciaire en Europe)*, disponible sur <http://www.csm.it/ENCJ/pdf/Report%20on%20Judicial%20Reform%20in%20Europe.pdf>.

Price Waterhouse Coopers et Queen Mary University of London, International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2006, disponible sur http://www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf.

In Turbulent Markets, Hedge Fund Managers Turn to Litigation Funding for Absolute, Uncorrelated Returns,” The Hedge Fund Law Report, Vol. 2, No. 25 (Jun. 24, 2009).

Alison Ross, The dynamics of third party funding (In Full), Global Arbitration Review, 7(1) (2012), disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/30372/dynamics-third-party-funding-in-full>.

Sebastian Perry, IBA to approve revised guidelines on conflicts of interest, GAR, 21 Octobre 2014, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33087/iba-approve-revised-guidelines-conflicts-interest/>.

Noradèle Radjai, Case notes on third-party funding (Switzerland), Global Arbitration Review, vol. 3(1), 1 Février 2008, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/15965/third-part-funding-case-notes-third-party-funding>.

Kyriaki Karadelis, Should funded claimants have to pay security?, Global Arbitration Review, 1 septembre 2014, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32932/should-funded-claimants-pay-security>.

Kyriaki Karadelis, Griffith challenged over funding comments, Global Arbitration Review, 11 septembre 2014, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32966/griffith-challenged-funding-comments>.

Ben Rigby, A tale of three funders, Commercial Dispute Resolution (CDR), 17 septembre 2014, disponible sur www.cdr-news.com/categories/third-party-funding/5202-a-tale-of-three-funders.

John Cartwright, Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law - Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, Netherlands Comparative Law Association, Juillet 2006, disponible en ligne www.ejcl.org/103/art103-6.doc.

The Economist, Investing in Litigation, Second-hand suits, 6 Avril 2013, disponible sur <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21575805-fat-returns-those-who-help-companies-take-legal-action-second-hand-suits>.

Financement du procès par les tiers, Le Club des Juristes, rapport de la Commission, Juin 2014 disponible en ligne http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/01/CDJ_Rapport_Financement-proc%C3%A8s-par-les-tiers_Juin-2014.pdf

ICC Practice Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration.

ARTICLES

Margaret Jane Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849 (1987).

- Global Arbitration Review, Third-Party Funding: Wildcatting for new claims, 16 Juin 2014.
- Michael Abramowicz, On the alienability of legal claims, *The Yale Law Journal*, Vol. 114, 706.
- B. Osmanoglu, Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest, *Journal of International Arbitration*, Vol. 3/32
- Maxi Scherer, Aren Goldsmith et Camille Fléchet, Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view from Europe , Part II: The Legal Debate , 6 Rev. Dr. Aff. Int. 661 (2012).
- M. Stoyanov and O. Owczarek, Third Party Funding in International Arbitration: It is Time for Some Soft Rules?, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2/1.
- Mark Kantor, *Third-Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments*, *ICSID Rev.* 44 (2009).
- Javier Carrascosa González, Règle de conflit et théorie économique, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2012/3.
- A. Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Economic Analysis of Law*, Novembre 2005, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion paper No. 536.
- Keith N. Hylton, The Economics of Third Party Financed Litigation, Boston University School of Law working paper No. 11-57, Décembre 2011, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1971229>.
- Steven Shavell, The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system, National Bureau of Economic Research working paper series n° 741, Septembre 1981.
- Paul H. Rubin, Third Party Financing of Litigation, *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 38/4.
- R.H. Coase, The Problem of Social Costs, *Journal of Law and Economics*, 1960/3, 1.
- S. Guinchard, Une class action à la française? *D.* 2005.2180;
- J. Lemonte et N. Michon, Les class actions américaines et leur éventuelle reconnaissance en France, *JDI* 2009.535.
- Cento Veljanovski, Third-Party Litigation Funding in Europe, *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 8, 3/2012.
- J. Robert S. Prichard, *A Systematic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee, and Financing Rules on the Development of Substantive Law*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 17/2, 1988.

K. Mechantaf, Balancing Protection and Autonomy in Consumer Arbitrations: An International Perspective, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, CI Arb, Sweet & Maxwell, Vol.78/3, 2012.

Benson B. L. (1999): Arbitration, *Encyclopedia of Law and Economics*, encyclo.findlaw.com/7500book.pdf.

Sophie Harnay, Réputation de l'arbitre et décision arbitrale : Quelques éléments d'analyse économique, *Revue de l'Arbitrage*, Vol. 2012/4, pp. 757.

La Semaine Juridique Édition Générale n° 7, 11 Février 2013, 164, « *Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice* », entretien par Frédéric Pelouze.

Aren Goldsmith et Lorenzo Melchionda “Third party funding in international arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask) – Part One”, *RDAI*, No 1, 2012, p. 53.

Steve Tenai et Nicholas Saint-Martin, “*Third Party Funding of class actions*” (Osgoode Hall: 28 et 29 Avril 2011).

Ari Dobner, Comment, *Litigation for Sale*, 144 U. PA. L. REV. 1529, 1543–46 (1996).

J. Lyon, “Revolution In Progress: Third-Party Funding of American Litigation”, 58 U.C.L.A. L. Rev. 571 (2010).

M. Steinitz, “*Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding*”, Université d'Iowa, Faculté de Droit, recherche en étude juridique No.11-31, Août 2011.

The South's Amended Barratry Laws: An Attempt to End Group Pressure Through the Courts, *The Yale Law Journal*, Vol. 72, No. 8 (Juillet 1963).

Percy H. Winfield, *History of Maintenance and Champerty*, 35 Law Q. REV. 50, 57-68 (1919).

Anthony J. Sebok, « *The Inauthentic Claim* », 64 Vand. L. Rev. 61, (2011).

Max Radin, *Maintenance by Champerty*, 24 Calif. L. Rev. 48, (1935).

Christopher Hodges, Stefan Vogenauer et Magdalena Tulibacka, “*Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*”, Legal research paper series No. 55/2009, University of Oxford.

Claire Ruckin and Sofia Lind, External Funding Booms as Litigators Plot Upturn, *Legal Week*, 20 Mars 2008, « *Eight of London's top 10 law firms are already using or assessing external funding for litigation and arbitration cases, marking a dramatic move of third-party funding into mainstream practice* », disponible en ligne http://www.alm.law.com/jsp/law/international/LawArticleIntl.jsp?id=900005560875&External_Funding_Booms_as_Litigators_Plot_Upturn#ixzz33H04lnS1.

Ashby Jones, Third-Party Litigation Funding Stepping Up in the U.K., Wall St. J. L. Blog (20 Mars 2008), <http://blogs.wsj.com/law/2008/03/20/third-party-litigation-funding-stepping-up-in-uk/>.

Rachel Rothwell, Storm raging over investing in litigation, 7 Février 2012, disponible sur <http://www.lawgazette.co.uk/64162.article>.

Clifford Hendel, Third Party Funding dans Miguel Ángel Fernández-Ballesteros et David Arias (eds), Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2010, Volume 2010 no. 9) pp. 67.

Lee Aitken, Before the High Court: 'Litigation Lending' After Fostif, 28 Sydney L. Rev. 171 (2006).

Douglas Thomas, Global Arbitration Review, "*Singaporean Lawyer Suspended for Champerty*", 24 Juillet 2013.

Ronald L. Cohen et Robert M. Schwartz, Champerty and Claims Trading, ABI Law Review, Vol. 11:197.

Tom Adolph et Andrew Spangler, Ethics and Alternative Financing for Patent Litigation, State Bar of Texas, 9th Annual Advanced Patent Litigation Course, 25-26 Juillet 2013, Ch. 17.

O.W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv.L.Rev. 457, 469, 8 Janvier 1897.

Lawrence S. Schanber and Thomas G. Appleman, "Third-Party litigation funding in the United States", Revista De Arbitragem E Mediação 2012 – Rarb 32.

Stephen Gillers, « *Waiting for Good Dough: Litigation Funding Comes to Law* », 43 Akron L. Rev. (2010).

Binyamin Appelbaum, « *Lobby Battle Over Loans for Lawsuits* », N.Y. Times, 9 Mars 2011.

J. Beisner, J. Miller et G. Rubin, « *Selling Lawsuits, Buying Trouble - Third-Party Litigation Funding in the United States* », US Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009.

Cassandra Burke Robertson, "The impact of third-party financing on transnational litigation", Case Western Reserve University, School of Law, Case Research Paper Series in Legal Studies, working paper 2011-32, Nov. 2011, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1966202>.

S. Garber, "Alternative Litigation Financing in the United States - Issues, Knowns and Unknowns", RAND Corporation, Occasional Paper - 2010, disponible sur http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/occasional_papers/2010/RAND_OP306.pdf.

Victoria Shannon, Recent Developments in Third-Party Funding, *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2013 Volume 30 Issue 4) pp. 443.

D. Mondolini, Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur ?, in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 361.

Anne-Carole Cremades, La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado in Miguel Ángel Fernández-Ballesteros and David Arias (eds), *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, (Wolters Kluwer España 2010 Volume 2010 Issue 8) pp. 151.

Burford Capital, Theory and practice in litigation risk, disponible sur http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2012/11/Burford_Whitepaper11.pdf.

M. de Fontmichel, Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français, *Revue des Sociétés* 2012, spéciale, n° 9.

P. Pinsolle, « *Le financement de l'arbitrage par les tiers* », *Rev. Arb.* 2011/2.

B. M. Cremades Jr., 'Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration', 8(4) *Transnational Dispute Management* (2011).

Eric De Brabandere et Julia Lepeltak, "Third Party Funding in International Investment Arbitration", 2012, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2078358>.

L. E. Peterson, "Uruguay hires law firm and secures outside funding to defend against Philip Morris claim; not the first time an NGO offers financial support for arbitration", *International Arbitration Reporter*, 20 Octobre 2010, disponible sur http://www.iareporter.com/articles/20101023_4.

Foley Hoag LLP, "Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations", 8 Octobre 2010, <http://www.foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation>.

Audrey Gaughran, *Shell's Niger Delta pollution: the good, the bad and the ongoing quest for justice*, Amnesty International live wire, 1 Février 2013, <http://livewire.amnesty.org/2013/02/01/shells-niger-delta-pollution-the-good-the-bad-and-the-ongoing-quest-for-justice/>.

Marta Requejo, *As for Shell...*, Conflict of Laws.net, 11 Octobre 2012, <http://conflictoflaws.net/2012/as-for-shell/>.

Y. Avril, *La Responsabilité de l'Avocat*, Dalloz, 1981, p. 184, n° 292.

M. Kilian, 'Zugang zum Recht' (2008) *Anwaltsblatt* 236, 239.

C. Hodges, John Peysner et Angus Nurse, "Litigation Funding: Status and Issues", CSLS et Lincoln Law School, Research report, Janvier 2012, p.40.

Leo J Shapiro & Associates, *Public Perceptions of Lawyers: Consumer Research Findings* 14 (Avril 2002), document préparé pour la section des contentieux de l'American Bar

Association, disponible sur <http://www.cliffordlaw.com/abaillinoisstatedelegate/publicperceptions1.pdf>.

Mark V. Pauly, *The Economics of Moral Hazard: Comment*, 58 *American Economic Review*, 531-537, disponible sur <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02072/pauly-1968.pdf>.

Geoffrey McGovern et al., Conference Proceedings: Third-party litigation funding and claim transfer - Trends and implications for the civil justice system, RAND Corporation, UCLA Law / Rand, Centre for Law and Public Policy.

Rachel Rothwell, Opening up funding for small claims, *The Law Society Gazette*, 26 septembre 2014, disponible sur www.lawgazette.co.uk/analysis/comment-and-opinion/opening-up-funding-for-small-claims/5042339.fullarticle

Monde Diplomatique, La conférence des Nations unies sur l'arbitrage commercial international abandonne le principe de la territorialité, Octobre 1958.

Monde Diplomatique, Des géants en quête d'un statut juridique, par Armando Uribe, Avril 1975.

Commercial Dispute Resolution, States take the BIT between the teeth, Tom Moore, 19 Novembre 2013, disponible sur <http://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/4585-states-take-the-bit-between-the-teeth?newslettercrmid=e5f52206-3d41-e311-8324-b8ac6f1693a8>.

Laurent Carasik, Undermined - the case against international arbitration tribunals, *Foreign Affairs*, 1er Octobre 2014, disponible sur <http://www.foreignaffairs.com/articles/142130/lauren-carasik/undermined>.

P. Pinsolle; "Comment on Third-Party Funding and Nationality Issues in Investment Arbitration", TDM 4 (2013).

William M. Landes et Richard A. Posner, « Adjudication as a Private Good », 8 *Journal of Legal Studies* 235 (1979).

Horatia Muir Watt, Économie de la Justice et Arbitrage International (Réflexions sur la Gouvernance Privée dans la Globalisation), *Rev. Arb.*, 2008/3.

Monde Diplomatique, Droit et justice sous la loi du marché, par Yves Dezalay, Septembre 1989.

J. Dammann et H. Hensmann, Globalising Commercial Litigation, *Cornell Law Review*, Vol. 94:1, 2008.

E. Cabrol, Droits des investissements internationaux. Contentieux arbitral international. Arbitrage CIRDI, *Juris Classeur Droit International*, Fasc. 572-70, 2009, n° 67.

Faire du contentieux un investissement financier, *Droit & Patrimoine*, no. 225, Mai 2013, p.6, https://www.claimtrading.com/docs/DEP225_eclairage%20financement%20de%20proces%202013%20May.pdf.

Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, *Profiting from injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Boom*, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, Bruxelles 2012.

GAR, counting the costs of investment treaty arbitration, 24 Mars 2014.

D. Cohen, Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ? *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} Janvier 2012 n° 1.

Grania Langdon-Down, *Litigation Funding: An Overview of a Contentious Area of Growth*, *Law Society Gazette* (London), 21 Mai 2009, www.lawgazette.co.uk/features/litigation-funding-an-overview-of-a-contentious-area-of-growth.

Stacy L. Brustin, *Legal Services Provision Through Non-Profit Multidisciplinary Practice: Encouraging Holistic Advocacy while Protecting Ethical Interests*, 73 *Univ. of Colorado Law Review*, pp.799–821 (2002).

Jay S. Zimmerman & Matthew J. Kelly, *From the Trenches and Towers: MDPs May Be Dead After Enron/Andersen, But Subsidiary Businesses Thrive*, *Law & Society Inquiry* Vol.29/3, Juillet 2004.

Paul Bond, “Making Champerty Work: An Invitation to State Action,” 150 *U.Pa.L.Rev.* 1297, 1331-1341 (2002).

Binyamin Appelbaum, “Investors Put Money on Lawsuits to Get Payouts,” *New York Times* (14 Novembre 2010), disponible sur <http://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html?pagewanted=all&r=0>

Baker & McKenzie LLP, *Demand for third party litigation funding rises as supply becomes volatile*, Octobre 2008.

Jonathan D. Glater, *Billable Hours Giving Ground at Law Firms*, *N.Y. Times*, 30 Janvier 2009, A1, disponible sur <http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30hours.html?pagewanted=all>

Munir Maniruzzaman, “Third-Party Funding in International Arbitration - A Menace or Panacea?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 December 2012, disponible sur <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>.

Marco de Morpurgo, *A comparative legal and economic approach to third-party litigation funding*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2011, Vol. 19.

The Law Society Gazette, *Fix the courts instead of pushing ADR*, Rachel Rothwell, 28 Mai 2014, disponible sur www.lawgazette.co.uk/fix-the-courts-instead-of-pushing-adr/5041366.article.

Poonam Puri, *Financing of litigation by third-party investors: a share of justice?*, *Osgoode Hall L. J.*, 1998.

NAMIC Strategic Policy, “Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for Profit”, May 2011.

Global Arbitration Review, Mistakes to avoid when approaching third-party funders, 15 Avril 2014

Anthony Collins, JAMS International, Funder Enlightening, 23 Avril 2014.

Theodore Eisenberg & Lynn M. LoPucki, Shopping for Judges: An Empirical Analysis of Venue choice in Large Chapter 11 Reorganizations, 84 Cornell L. Rev. 967 (1999).

Auber *et al.*, *La jurisprudence aujourd’hui: libres propos sur une institution controversée*, 1992 RTD civ 337;

T. Bonneau, *Variations sur la jurisprudence: ‘source du droit triomphante mais menacée,’* in M. Gobert, *Ruptures, mouvements et continuité du droit* 127 - *Economica* (2004)

Morvan, *En droit, la jurisprudence est une source de droit*, 87 *Revue de la recherche juridique droit prospectif* 91 (2001).

Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, 23/3 *Arb. Int'l* 357, 364-72 (2007).

Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence de la Cour de Cassation en Matière D'Arbitrage International*, *Rev. Arb.*, 2007/4, pp. 697.

Thomas Clay, *Panorama Arbitrage - Arbitrage et Modes Alternatifs de Règlement des Litiges* Octobre 2008 - Décembre 2009, *Receuil Dalloz* 2009, n° 44, pp. 2959.

J. Béguin, J. Ortscheidt, C. Seraglini, *Droit de l'Arbitrage*, *La Semaine Juridique - Édition Entreprise et Affaires* n° 35, 27 Août 2009, pp. 20.

Cassandra Burke Robertson, *Transnational Litigation and Institutional Choice*, 51 *Boston College Law Review*, 2010.

David W. Robertson, *Forum Non Conveniens in America and England: "A Rather Fantastic Fiction"* 103 *L.Q. REV.* 398, 418-20 (1987).

Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *Oceana Transnational Services – Sijthoff*, 1978.

P. Mayer, “The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years”, dans Hunter, Marriott and Veeder (eds), *Internationalisation of International Arbitration*, Centenary conference 37-48.

Roy Goode, “The Role of Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration”, *Arb Int* 2001, Vol. 17/1.

Édouard Bertrand, *The Brave New World of Arbitration: Third Party Funding*, ASA Bulletin, Volume 29 (2011) 3.

Third-party funding: the best thing since sliced bread?, 28 Novembre 2012, Global Arbitration Review, Vol. 8, Issue 1, disponible sur <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/31006/third-party-funding-best-thing-sliced-bread/>.

P. Callè, « Demandes en intervention et justice arbitrale », dans *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Lextenso éditions, 2008, p. 155.

Bühning-Uhle, *A Survey on Arbitration and Settlement in International Business Disputes*, dans C. Drahozal & R. Naimark, *Towards A Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* 25, 35, Kluwer Law International (2005).

Rapport de l'expert Stephen Bond dans l'affaire *Esso/BHP c/ Plowman*, Arb. Int'l. (1995) 11/3.

Rapport de Julian D.M. Lew dans l'affaire *Esso/BHP c/ Plowman*, Arb. Int'l (1995) 11/3 pp.285.

Collins, *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, Arb. Int'l. (1995) 11/3.
Le Third Party Funding: Atout ou danger?, Table ronde "Wake up (with) Arbitration!", Paris, 5 Février 2013, Cahiers de l'arbitrage, 1 Avril 2013 n°2.

Caron & L. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 36 (OUP - 2ème éd. 2013).

Third Party Financing - Ethical & Legal Ramifications in Collective Actions – US Chamber Institute for Legal Reform, Novembre 2009.

Sebastien Perry, "Third-party funding: an arbitrator's perspective", GAR, 23 November 2011.

Tim Coleman, Andrew Hart and Amalia W Jorns, *Avoiding loss in translation: Preserving privilege in international investigations*, Freshfields Bruckhaus Deringer 2014, disponible sur www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Article_on_US_UK_Privilege_FS_DN.pdf.

IMF, *Policy issues in litigation funding*, p.19-20, disponible sur <http://www.imf.com/au/docs/default-source/site-documents/87086v2>.

Thomas Clay, *L'application perlée du règlement d'arbitrage pour la contestation des liens non révélés entre arbitre et conseil*, Cahiers de l'arbitrage 2011.

D. Cohen, *Indépendance de l'arbitre et conflits d'intérêts*, *Rev. arb.* 2011/3.

Claude Reymond, *Security for costs in international arbitration*, 110 *Law Quarterly Review* 503 (1994)

Noah Rubins, *In God we trust, All Others Pay Cash*, 11 *Am. Rev. Int'l Arb.* 307 (2001).

B. Cremades, Third-party funding in international arbitration, mélange en l'honneur du professeur Luiz Olava Baptista, p. 7, disponible sur <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523783352588756.pdf>.

Dominique Mondolini, Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur?, in *Liber Amicorum Larroumet*, Paris, LGDJ, 2009.

J. F. Poudret, l'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse, JDI, 1995.893.

Yves Derains, observation sur une sentence CCI n° 8385/1995, 124 Journal du Droit International (Clunet) 1061 (1997).

M. Coester, D. Nitzsche, Alternative ways to finance a lawsuit in Germany, C.J.Q. 24 Janvier 2005.

James M. Hosking, Non-signatories and international arbitration in the United States: The Quest for Consent, *Arbitration International*, 2004, vol. 20/3, pp. 291.

Keechang Kim et Jason Mitchenson, Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes: A Contextual Approach to Jurisdictional Issues, *Journal of International Arbitration* 2013, Vol. 30/4, pp. 417.

P. Pinsolle, *L'admission directe de l'estoppel en droit français*, 2005 *Rev. arb.* 993.

François-Xavier Train, « Action directe et arbitrage - à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *Gaz. Pal.*, 2007, 21-22 novembre 2007

Xavier Boucobza, Le pouvoir d'engager les sociétés à l'arbitrage, *Rev. arb.* 2013/3 pp. 647 – 648.

D. Cohen, "Arbitrage et groupes de contrats", *Rev. arb.*, 1997.471 ;

D. Hascher, *Rép. dr. intern.*, V° Arbitrage du commerce international, 2005, n° 74-75.

Dupeyron and M. Valentini, Maîtriser les conséquences de la présence du tiers financeur sur la procédure à travers le contrat de financement, *Rev. Arb.* Vol. 4/2014, pp. 918.

M. de Fontmichel, «Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français», *Rev. soc.* 2012.279.

M. J. Goldstein, Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? Thoughts about a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, 8 TDM 4 (2011);

J. Trusz, Full Disclosure? Conflicts of Interests Arising From Third-Party in International Commercial Arbitration, 101 *Georgetown L.J.* 1649 (2013).

Patrice Rembauville-Nicolle, *Du bon usage de l'article 700 du NPC*, 102 *Gazette du Palais* 2 (2007).

D. Wehrli, « Contingency Fees – Pactum de Palmario, Civil Law Approach », Bull. ASA, 2008.241 ;

Jonathan D. Petrus, « Legal and Ethical Issues Regarding Third Party Litigation Funding », Los Angeles Lawyer, Novembre 2009, disponible à <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2644.pdf>

M. Napier *et al.*, « Improved Access to Justice – Funding Options & Proportionate Costs. The Future of Funding Litigation – Alternative Funding Structures », Civil Justice Council, Juin 2007, disponible à https://www.harbourlitigationfunding.com/wp-content/uploads/2015/08/cjc_future_funding_of_litigation_paper2007.pdf

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/2010/12/02/kicking-all-the-tyres/> ;

A. J. Sebok, « Betting on Tort Suits after the Event : from Champerty to Insurance », DePaul L. Rev. 2011.453 ;

G. Gharavi, « Le financement par un tiers », in W. Ben Hamida et Th. Clay (dir), L'argent dans l'arbitrage. Lextenso, 2013, p. 33.

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

Wilske, Shore & Ahrens, The Group of Companies Doctrine - Where is it Heading?, 17 Am. Rev. Int'l Arb. (2006) 73.

N. Darwazeh *et al.*, *Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding*, Journal of International Arbitration, Vol. 30/2, 2016.

JURISPRUDENCE

Arbitrages et Cours Internationales

I. Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International – CNUDCI

Yukos Universal Limited (Isle of Man) c/. The Russian Federation, CNUDCI, CPA Procès No. AA 227.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC c/. The Plurinational State of Bolivia, CNUDCI, CPA Procès No. 2011-17.

Oxus Gold PLC c/. Republic of Uzbekistan et al., arbitrage CNUDCI, 31 Août 2011.

II. Convention Arabe Unifiée pour l'Investissement des Capitaux Arabes – CAUICA

Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c/. Libye et autres.

III. Chambre de Commerce de Stockholm

RosInvestCo UK Ltd. c/. La Fédération de Russie, Aff. SCC No. Arb. V079/2005

IV. Association Suisse de l'arbitrage

Sentence HKZ Case No. 415, 20 November 2001, *ASA Bulletin*, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2002, Vol. 20/3) pp. 467 - 472.

V. Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)

Décision rendue le 3 Août 2012 à Paris, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 avril 2013 n°2, p. 399.

Sentence rendue dans l'affaire No. 7154, 121 J.D.I. (Clunet) 1059 (1994).

Affaire *Dow Chemical*, Sentence Partielle rendue dans l'affaire n° 4131/1982 du 23 Septembre 1982, *Rec. CCI*, vol. I, p. 465.

Sentence rendue dans l'affaire n° 6000/1988 (1991) 2(2), *Bulletin CCI* 31.

C&M Farming Ltd. c/. Petersons Farms Inc., sentence CCI 2003 (non publiée).

Sentence CCI affaire n°4504 de 1985-1986.

Sentence CCI affaire n°4792 de 1989.

Sentence rendue dans l'affaire n° 2375 de 1975.

Sentence rendue dans l'affaire n° 5730 de 1988,

Sentences rendue dans les affaires n° 7604 et 7610 de 1995, 125 *J. Droit Int'l (Clunet)* 1027 (1998).

VI. Society of Maritime Arbitrators, Inc

MAP Tankers, Inc., Owner c/. Mobil Tankers, Ltd., Charterer, Sentence Arbitrale Partielle, affaire n°1510, 28 Novembre 1980, 7 *Y.B. Com. Arb.* 1982, pp. 151-156

VII. Cour Européenne des Droits de l'Homme – CEDH

Golder c/. Royaume Uni, 37, Requête n°4451/70, décision du 21 février 1975.

S. c/. Suisse (1992) 14 *E.H.R.R.* 670

Brennan c/. Royaume Uni (2002) 34 *E.H.R.R.* 18 ;

Modarca c/. Moldavie (2009) 48 *E.H.R.R.* 39, para [87]-[89].

VIII. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – CIRDI

S&T Oil Equipment and Machinery Limited c/. République de Roumanie, CIRDI affaire N° ARB/07/13.

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c/. République Arabe d'Egypte, CIRDI affaire N° ARB/05/15.

Ioannis Kardassopoulos c/. Georgia (CIRDI affaire No. ARB/05/18), sentence finale rendue le 3 Mars 2010.

Bernardus Henricus Funnekotter et autres c/. République du Zimbabwe, affaire CIRDI No. ARB/05/6.

Philip Morris Brand Sarl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Auiaae) e Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c/. République Orientale de l'Uruguay, affaire CIRDI No. ARB/10/7.

RSM Production Corporation c/. Saint Lucia, CIRDI No. ARB/12/10, décision du 13 août 2013.

RSM Production Corporate c/. Grenada, CIRDI No. ARB/05//14 (2011).

Libananco Holdings Co. Limited c/. République de Turquie, affaire No. ARB/06/8, décision préliminaire du 23 Juin 2008.

Teinver S.A., Transportes de Cercanias S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c/. République Argentine, CIRDI affaire No. ARB/09/1.

IX. Cour de Justice de la Communauté Européenne

Erhard Eschig c/. UNIQA Sachversicherung AG., 10 Septembre 2009, 2^e Ch., C 199/08.

Cours Étatiques

I. Allemagne

Bundesgerichtshof, arrêt du 24 janvier 1957 (*JDI*, 1963.488).

II. Angleterre

London Pipeline & Storage Ltd. c/. Total UK Ltd., [2008] Lloyd's Rep. L.R. 688.

Harcourt c/. FEF Griffin, [2007] EWHC 1500 QB.

Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd c/. Todd & Ors (No 2) (New Zealand), [2004] UKPC 39 (21 Juillet 2004).

Cannonway Consultants Ltd c/. Kenworth Engineering Ltd [1995] 1 H.K.C. 179.

Saladini c/. Righellis, 687 N.E.2d 1224, 1226 (Mass. 1997).

In re Trepca Mines Ltd (No 2), CA [1963] Ch 199, 219-220.

R (Factortame Ltd.) c/. Secretary of State for Transport, [2002] EWCA (Civ) 932, [32], [2003] Q.B. 381.

Trendtex Trading Corporation c/. Credit Suisse, [1981] 3 All E.R. 520 (HL).

Arkin c/. Borchard Lines Ltd, [2005] EWCA (Civ) 655 (Eng.).

Bevan Ashford c/. Geoff Yeandle, [1998] All E.R. (D) 138

Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GMBH c/. Voest Alpine Intertrading [1997] 2 Lloyd's Rep 279

Helstan Securities Ltd c/. Hertfordshire County Council, QBD, [1978] 3 All ER 262;

Linden Gardens Trust Ltd c/. Lenesta Sludge Disposals Ltd, HL [1994] AC 85, 108-09.

Kelly & Anor c/. Black Horse Ltd [2013] EWHC B17 (Costs) (27 Septembre 2013).

Redwing Construction Ltd c/. Wishart [2011] EWHC 19 (TCC) (17 Janvier 2011).

Londres tramways Co. c/ London County Council [1898] AC 375.

Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 3 All ER 77.

Wilson c/. Rastall (1792) 4 Term Rep. 753, 100 ER 1283

Greenough c/. Gaskell (1833) 1 Myl. & K. 98 (avocat)

Harmony Shipping Co c/. Davis [1979] 3 All E.R. 177

M & W Grazebrook Ltd c/. Wallens [1973] 2 All E.R. 868 NIRC.

Umoh (1987) 84 Cr.App.R. 138 CA;

New Victoria Hospital c/. Ryan [1993] I.C.R. 201 EAT.

Voir Calcraft c/. Guest [1898] 1 Q.B. 759,

R c/. Derby Magistrates' Court Ex p. B [1996] 1 A.C. 487

Reid c/. Langlois (1849) 1 MAC. & G. 627.

Wheeler c/. Le Marchant (1881) 17 Ch.D. 675

Jones c/. Great Central Rail Co [1910] A.C. 4 HL;

Re Highgrade Traders [1984] B.C.L.C. 151 CA.

Three Rivers DC c/. Governor and Company of the Bank of England (No.5) [2003] EWCA Civ 474;

Waugh c/. British Railways Board [1980] A.C. 521 HL.

Buttes Gas and Oil c/. Hammer (No.3), [1981] Q.B. 223, p 243.

Formica Ltd c/. Secretary of State acting by the Export Credits Guarantee Department, (Commercial Court), [1994] C.L.C. 1078 (Coleman J).

R (Prudential plc and another) c/. Special Commissioner of Income Tax and another, [2009] EWHC 2494 (Admin).

R (on the application of Kelly) c/. Warley Magistrates' Court [2007] EWHC 1836 (Admin); [2008] 1 Cr.App.R. 14 (p.195) para [18].

Waugh c/. British Railways Board [1980] A.C. 521, para 536.

Id. R (Kelly) c/. Warley Magistrates' Court [2007] EWHC 1836 (Admin).

USA c/. Philip Morris Inc [2004] EWCA Civ 330

Alfred Crompton Amusement Machines Ltd c/. Commissioners of Customs and Excise (No.2) [1974] A.C. 405, HL.

Sarbev GP Ltd c/. Interbrew Central European Holding BV [2013] EWHC 4038 (Comm).

Neilson c/. Laugharne [1981] Q.B. 736.

McAvan c/. London Transport Executive (1983) 133 N.L.J. 1101 CA.

Rawlinson and Hunter Trustees SA c/. Akers (R&H) [2014] EWCA Civ 136.

Tchenguiz c/. Serious Fraud Office [2013] EWHC 2297 (QB).

Fed. Bulk Carriers Inc. c/. C. Itoh & Co. [1989] 1 Lloyd's Rep. 103, 108

Aughton Ltd c/. MF Kent Serv. Ltd [1992] Arb. & Disp. Res. L.J. 83.

Compare Shayler c/. Woolf [1946] Ch. 320 (Cour d'Appel)

Cottage Club Estates c/. Woodside Estates Co. [1928] 2 K.B. 463, 466 (K.B.)

Maclaine c/. Gatty [1921] 1 AC 376, 386.

Rochester Resources Limited c/. Lebedev [2014] EWHC 2926 (Comm), dans laquelle la High Court Anglaise (Commercial Court)

Merchantbridge c/. Safron, [2011] EWHC 1524.

Excalibur Ventures LLC c/. Texas Keystone Inc & Others, [2014] EWHC 3436

Maritime Transport Overseas GmbH c/. Unitramp (The "Antaois"), [1981] 2 Lloyd's Rep. 284;

The Takamine [1980] 2 Lloyd's Rep.

III. Australie

Campbells Cash and Carry Pty. Ltd. c/. Fostif Pty. Ltd. [2006] HCA 41.

Mobil Oil Australia Pty. Ltd. c/. Trendlen Pty. Ltd., (2006) 229 ALR 51 (Austl.).

Pathway Investments Pty Ltd and Ors c/. National Australia Bank Limited [2012] VSC 97 (21 Mars 2012).

Esso Austl. Resources c/. Plowman [1994], 1 VR 1, décision de la Cour d'appel de la Cour Suprême de l'État de Victoria.

Deloitte Touche Tohmatsu & Ors c/. JP Morgan Portfolio Services Ltd, [2007] FCAFC 52.

III. Canada

Buday c/. Locator of Missing Heirs Inc. (1993), 16 O.R. (3d) 257 (C.A.) at 262-263.

McIntyre Estate c/. Ontario (Attorney General) (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.) [McIntyre].

Operation 1 Inc. c/. Phillips, [2004] O.J. No. 5290 (Sup. Ct. J.).

Metzler Investment GMBH c/. Gildan Activewear Inc., [2009] O.J. No. 3315 (Sup. Ct. J.).

Dugal c/. Manulife Financial Corporation, 2011 ONSC 1785.

IV. États-Unies

AT&T Mobility LLP c/. Vincent Concepcion Et Ux 563 U.S. 2011 (27 Avril 2011).

Chevron Corp. c/. Berlinger, 629 F.3d 297, 300-04 (2^{ème} Cir. 2011).

In re Checking Account Overdraft Litigation MDL No. 2036, US Court of Appeal, 11th circuit, décision du 31 Juillet 2013.

Thalhimer c/. Brinckerhoff, 3 Cow. 623 (N.Y. Sup. Ct. 1824).

Lum c/. Stinnett, 87 Nev. 488 P.2d 347, 350 (1971).

Schwartz c/. Eliades, 939 P.2d 1034, 1036 (Nev. 1997).

Johnson c/. Wright, 682 N.W.2d 671, 678 (Minn. Ct. App. 2004).

Hall c/. State, 655 A.2d 827, 829–30 (Del. Super. Ct. 1994).

Bluebird Partners, L.P. c/. First Fid. Bank, N.A., 709 N.Y.S.2d 865, 870 (2002)

Sprung c/. Jaffe, 3 N.Y.2d 539 (1957)).

Kraft c/. Mason, 668 So.2d 679 (Fla. Dist. Ct. App. 1996).

Anglo-Dutch Petroleum Int'l, Inc. c/. Haskell, 193 S.W.3d 87, 104-05 (Tex. App.-Houston [1st Dist.] 2006).

Schick c/. Berg, 2004 U.S. Dist. Lexis 6842 (S.D.N.Y. Apr. 20 2004)

Saladini c/. Righellis, 426 Mass. 231, 1997

Osprey, Inc. c/. Cabana Ltd. Partnership, 532 S.E.2d 269, 279, (S.C. 2000).

Rancman c/. Interim Settlement Funding Corp., 789 N.E.2d 217, 220 (Ohio 2003);

Waguih Siag et al. c/. King & Spalding, United States District Court, Southern District Of Texas, 30 Juin 2010.

State Oil Co. c/. Khan, 522 U.S. 3, 20 (U.S. S.Ct. 1997).

Patterson c/. McLean Credit Union, 491 U.S. 164, 173-75 (U.S. S.Ct. 1989)

Scherk c/. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 516-17 (U.S. S.Ct. 1974)

Pritzker c/. Yari, 42 F. 3d 53, 72 (1st. Cir. 1994)

Clement c/. Sneed Bros., 116 So. 2d. 269, 272-73 (La. 1959)

Motorola Credit Corp. c/. Uzan, 388 F. 3d 39 (2nd cir. 2004)

Dopp c/. Yari, 927 F. Supp. 814 (D.N.J. 1996)

Nyquist c/. Nyquist, 841 P.2d 515 (Mont. 1992)

Lawsuit Financial, LLC c/. Curry, 683 N.W.2d 233 (Mich. Ct. App. 2004)

Echeverria c/. Estate of Lindner, No. 018666/2002, 2005 WL 1083704 (N.Y. Sup. Ct. Mar. 2, 2005).

Plaintiff Funding Corporation d/b/a LawCash c/. Echeverria, No. 10140/2005 (N.Y. Sup. Ct. 2005).

Odell c/. Legal Bucks, LLC, 665 S.E.2d 767, 778 (N.C. Ct. App. 2008).

Thomson-CSF, S.A. c/. American Arbitration Assoc. and Evans & Sutherland Computer Corp., 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995).

R. J. O'Brien & Assocs. c/. Pipkin, 64 F.3d 257, 260 (7th Cir. 1995)

Std. Bent Glass Corp. c/. Glassrobots Oy, 333 F.3d 440 (3d Cir. 2003)

Compania Espanola de Petroleos SA c/. Nereus Shipping SA, 527 F.2d 966 (2d Cir. 1975);

Builders Group LLC c/. Qwest Comm. Corp., 2009 WL 3170101 (S.D.N.Y.)

Hodge Bros., Inc. c/. DeLong Co., 942 F.Supp. 412 (W.D. Wis. 1996);

Verolme Botlek BV c/. Lee C. Moore Corp., XXI Y.B. Comm. Arb. 824 (N.D. Okla. 1995) (1996)

Britton c/. Co-op Banking Group, 4 F.3d 742 (9th Cir. 1993),

Spray Holdings Ltd c/. Pali Fin. Group, Inc., 269 F.Supp.2d 356 (S.D.N.Y. 2003);

Banque de Paris et des Pays-Bas c/. Amoco Oil Co., 573 F.Supp. 1464 (S.D.N.Y. 1983);

Instituto Cubano c/. The MV Driller, 148 F.Supp. 739 (S.D.N.Y. 1957);

In re Application of Reconstr. Fin. Corp., 106 F.Supp. 358 (S.D.N.Y. 1952).

Burlington Ins. Co. c/. Trygg-Hansa Insurance Co., AB, No. 00-1373, 2001 WL 543221 (4th Cir. 23 Mai 2001);

J.J. Ryan & Sons, Inc. c/. Rhone Poulenc Textile, 863 F.2d 315 (4th Cir. 1988).

Carte Blanche (Singapore) Pty. Ltd. c/. Diners Club Int'l Inc., 2 F. 3d 24 (2d Cir. 1993).

Int'l Paper Co. c/. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH, 206 F.3d 418 (4th Cir. 2000)

Sunkist Soft Drinks, Inc. c/. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993)

Avila Group, Inc. c/. Norma J. of Cal., 426 F.Supp. 537, 542 (S.D.N.Y. 1977),

McBro Planning & Dev. Co. c/. Triangle Elec. Constr. Co., 741 F.2d 342 (7th Cir. 1984);

Hughes Masonry Co. c/. Greater Clark County School Bldg Corp., 659 F.2d 836 (7th Cir. 1981);

H.G. Estate LLC c/. Corporacion Durango, SA de CV, 271 F.Supp.2d 587 (S.D.N.Y. 2003);

Messing c/. Rosenkrantz, 872 F.Supp. 539 (N.D. Ill. 1995).

Am. Bureau of Shipping c/. Tencara Shipyard SpA, 170 F.3d 349, 352 (2d Cir. 1999),

Astra Oil Co. c/. Rover Nav. Ltd, 344 F.3d 276 (2d Cir. 2003

Deloitte Noraudit A/S c/. Deloitte Haskins & Sells, 9 F.3d 1060 (2d Cir. 1993),

International Paper Co. c/. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000),

Amkor Tech., Inc., c/. Alcatel Bus. Sys., 278 F. Supp. 2d 519 (E.D.Pa. 2003).

MAG Portfolio Consultant, GmbH c/. Merlin Biomed Group LLC, 268 F.3d 58, 61 (2d Cir. 2001).

Smith/Enron Cogeneration c/. Smith Cogeneration Int'l, 198 F.3d 88, 98 (2d Cir. 1999).

Choctaw Generation c/. American Home Assurance, 271 F.3d 403 (2d Cir. 2001).

Metalclad Corp. c/. Ventana Envtl. Organizational P'ship, 1 Cal. Rptr. 3d 328 (Ct. App. 2003).

In re Currency Conversion Fee Antitrust, 265 F.Supp. 2d 385 (S.D.N.Y. 2003),

Thixomat Inc., c/. Thakata Physics International, Co. Ltd., 2001 WL 863566 (SDNY, 30 Juin 2001).

Progressive Casualty Ins. Co. c/. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela, 991 F.2d 42 (2nd Cir. 1993).

V. France

Cass. civ. 1re, 10 octobre 2012, *Tecso c/. Neoelectra, Rev. arb.*, 2013.129.

C.A. de Paris, *Société La Valaisanne Holding (LVH) c/. M. Guy Besnardeau et autre*, 2 Juillet 2013.

Cass. civ. 1re, arrêt n° 1144 du 23 novembre 2011 (10-16.770).

Cass. civ. 1re, arrêt du 5 mai 1998 (96-14.328).

Cour d'Appel de Versailles, 12ème chambre section 2, arrêt n° RG: 05/01038 du 1 juin 2006.

Cass. civ. 1^{re} ch., 4 juillet 1972, *D.*, 1973.249.

Société International Contractors Group c/. Me X., Cour d'appel de Paris (1Ch. B.), 10 Juillet 1992, *Rev. arb.* 1992/4.

Civ. 1^{re}, 10 Janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *D.* 2006. 365

Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 433, *RDC* 2007. 291

Cass. com. 18 Février 1969, *Bull. civ. IV* n°65.

Civ. 3^e, 12 Juin 1985 : *Bull. civ. III, n°95*.

Civ. 20 Juin 1938 : *GAJC, 11^e éd., n°241-242 (II)*.

Com., 26 Avril 2000, n°97-21486

Com., 27 Juin 1989, n°87-15847

Civ. 3^e, 7 Juillet 2010, *Bull. civ. III, n°138*

Cass. civ. 1 Juin 1853, DP 1853.1.191.

C.A. Paris, *Société Licensing Projects (LP) et autres c/. Société Pirelli & C. SPA et autres*, 17 Novembre 2011, *Rev. arb.* 2012/2.

Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, pourvoi n°94-20302, *Bull. civ.* 1995 A. P. N° 4, p. 7.

Cass., 9 Octobre 1984, *Pabalk Ticaret Limited Sirketi c/. Norsolor SA*, 112 *Clunet* 679 (1985), *Rev. Arb.* 432 (1985)

Cass., 10 Mars 1993, *Polish Ocean Line c/. Jolasry*, *Rev. Arb.* 258 (1993),

Cass., 23 Mars 1994, *Hilmarton Ltd c/. Omnium de traitement et de valorisation – OTV*, *Rev. Arb.* 327 (1994),

Cour d'appel de Paris, 14 Janvier 1997, *The Arab Republic of Egypt c/. Chromalloy Aeroservices Inc*, *Rev. Arb.* 395 (1997).

Cass. *Société Thomson Answare c/. Société Thom'6 et autre*, (Ch. com.), 11 Mai 1993, *Rev. arb.* 1997/4.

Cass. 1^{ère} civ., 6 Avril 2005, n° 00-19.245.

Tecnimont, CA de Reims, 2 Novembre 2011, 10/02888, *Rev. arb.* 2011/4

Consorts Allaire c/. SAG SGS Holding France, Cour d'appel de Paris, 9 Septembre 2010
(Pôle 1 – Ch. 1), *Rev. arb.* 2011/3

Carrefour c/. M. X et autre, Trib. gr. inst. Paris, 20 Juin 2011, inédit, N° RG 11/55974

Cass. com. 12 Juillet 2011, P. No. 10-15.934.

Civ. 5 Juillet 1819, S. 1819. 1. 53 ;

Cass., req. 24 Janvier 1827, S. 1827. 1. 352 ;

Civ. 11 Décembre 1866, DP 1866. 1. 324 ;

Civ. 29 Juillet 1868, DP 1868. 1. 374 ; S. 1868. 1. 438 ;

Caen, 3 août 1863, S. 1864. 2. 15 ;

Civ. 4 Février 1867, DP 1867. 1. 65 ;

Cass., req. 30 Juin 1880, DP 1881. 1. 52 ;

Com. 15 Janvier 2002, Bull. Civ. IV, n° 10,

Paris, 2 Fevrier 1866, S. 1868. 2. 16.

T. civ. Seine, 13 Mars 1942, DH 1924. 342.

Angers, 14 Juillet 1869, DP 1870. 2. 34.

Joseph Abela Family Foundation c/. Albert Abela Family Foundation et autres, C.A. Paris,
arrêt du 22 Mai 2008, *Rev. arb.* 2008/4, pp. 730.

Cass. com. 4 Octobre 1977, *Bull. civ. IV*, n° 218, D. 1978, IR 168.

Cass. Ass. plén. 4 mars 2005, *D.* 2005. 836 et 785.

Com. 31 mai 2005, n°02-18547, *Bull. civ. IV*, n° 124.

Civ. 10 février 1857 : *DP 1857. I.* 87.

Cass., req. 17 nov. 1875, *S.* 1876. 1. 33.

Cass., req. 4 juillet 1905, *DP 1910. I.* 222.

Civ. 3^e, 5 Février 1985, *Bull. III*, n°23, *D.* 1986.499.

Com., 4 Juillet 1989, *Bull. IV*, n°210; *D.* 1990.246.

Civ. 3e, 19 Juin 1991, *Bull. III*, n°185

Com., 5 février 1991, *Bull. IV*, n°53

Civ. 3e, 30 Octobre 1991, *Bull. III*, n°257

Com., 3 janvier 1995, *Bull. IV*, n°2

Civ. 3e, 9 juin 1999, *Bull. III*, n° 135

Civ. 1re, 14 décembre 1999, *Bull. I*, n° 340

Civ. 3, 18 novembre 2009, *Bull. III*, n°252 (1^{er} moyen).

Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1986, *Bull. I*, n°150 ; *J.C.P.* 87.II.20791.

Cass. 1^{re} civ., 5 Janvier 1999, *Revue Critique DIP 1999*, p. 832.

Société Casco Nobel France c/. Sico inc. et Kansa, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 13 Novembre 1992, *Rev. Arb.* 1993/4, pp. 632.

Société Carter c/. société Alsthom et AGF, Cour d'appel de Paris (1Ch. C), 6 Février 1997, *Rev. Arb.* 1997/4.

Cass. Civ. 1ere Ch., 27 Mars 2007, *Sté Alcatel Business Systems et Alcatel Micro Electronics c/. et autres*, *Bull Civ I*, No 129.

Cass. civ. 1re, 30 Mars 2004, *JCP*, 2004 II 10132.

Cass. civ. 1re, 11 Juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 367.

Cass. civ. 1^{re} 30 Octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 443.

Cass. civ. 1re, 27 Mars 2007, *Bull. civ. I*, n° 129.

Cour de Cassation, civ. 1^e, *Golshani c/. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, 6 Juillet 2005, *Rev. arb.* 2005/993.

Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, *Sté ABS c/. sté Amcor Technology et autres*, *Rev. arb* 2007/4, p. 788.

Cass. civ. 1re, arrêt *Peavey* du 6 février 2001, *Rev. arb.*, 2001.765.

SMABTP et autre c/. société Statinor et autres, Cour d'appel de Paris (1 Ch. D), 22 Mars 1995, *Rev. arb.* 1997/4, pp. 550 et s.

Orri c/. société des Lubrifiants Elf Aquitaine, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 11 janvier 1990, *Rev. arb.* 1992.95.

Société Clark International Finance c/. société Sud Matériel Service et autre, Paris (1Ch. urg.), 20 avril 1988, *Rev. arb.* 1988.570.

Société Korsnas Marma c/. société Durand-Auzias, Cour d'appel de Paris (1Ch. urg.), Paris, 30 novembre 1988 et 14 février 1989, *Rev. arb.*, 1989.691.

Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c/. société Comptoir commercial André, Cour d'appel de Paris (1Ch. suppl.), 28 novembre 1989, *Rev. arb.*, 1990.675.

Société V 2000 c/. société Project XJ 220 ITD et autres, Cour d'appel de Paris (1Ch. D), 7 décembre 1994, *Rev. arb.*, 1996.245.

V Renault. Company V 2000 (Jaguar France), cassation (1Ch. civ.), 21 mai 1997, *Rev. Arb.*, 1997/537.

Cass. civ. 1re, 26 Octobre 2011, *Bull. civ. I*, n° 175; *RDC*, 2012.545.

Société d'études et representations navales et industrielles (Soerni) et autres c/. société Air Sea Broker Ltd. (ABS), Cour de Cassation (1er Ch. civ.), 8 Juillet 2009, *Rev. arb.* 2009/3, pp. 531.

Cass. civ. 1re, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. crit. DIP*, 1994.663.

Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. crit. DIP*, 1999.546.

Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, *Banque Worms*, *Rev. crit. DIP*, 1999.536 (2e espèce).

Cass. civ. 1re, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. crit. DIP*, 1999.92.

TGI Paris 25 nov. 1999 (G. Bonnet, A. Le Tarnec, B. Phelip), *D.* 2003.Somm.2475.

Paris 24 févr. 1984 (SEM), *Rev. arb.* 1985.178.

VI. Pays-Bas

Cour de La Haye, affaire No. C/09/337058 / HA ZA 09-1581.

VII. Portugal

A (Hollande) c/. B & Cia. Ltda., C et autres, Cour Suprême de Justice du Portugal, décision n° 1647/02 du 9 Novembre 2003, Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2007 - Volume XXXII*.

VIII. Singapour

Law Society of Singapore c/. Kurubalan s/o Manickam Rengaraju [2013] SGHC 135.

Concordia Agritrading Pte Ltd c/. Cornelder Hoogewerff Pte Ltd, 2000 Int'l Arb. L. Rev. N-42 (Singapore High Ct. 1999) (2000)

Re Vanguard Energy Pte Ltd, [2015] SGHC 156.

IX. Suède

MS Emja Braack Shiffahrts KG c/. Wärtsila Diesel Aktiebolag, Cour Suprême de Suède, 15 Octobre 1997 - *Rev. arb.* 1998/2.

X. Suisse

Tribunal Fédéral Suisse à Lausanne, décision du 10 Décembre 2004, 131/223.

LUKoil-Permnefteorgsintez, LLC and others c/. MIR Müteahhitlik ve Ticaret A.S. / MIR Constructing and Trading Co Inc. Ankara (Turquie), Ural-Tais Production-Construction Firm, Bundesgericht, 18 Décembre 2001, ASA Bulletin, Kluwer Law International vol. 20/2002.

Tribunal Fédéral Suisse, 16 Janvier 1995, *Compagnie de Navigation et Transport SA c/. MSC (Mediterranean Shipping Company)*, XXI YBCA 690 (1996) 698 para 13.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abela, 652, 676, 679.

ABS, 671, 673, 676, 686, 690, 691.

Ad Agendum, 598.

Alcatel, 623.

Allemagne, 26, 103, 175, 186-191, 227, 237, 250, 740.

Alter ego, 614, 627, 628-635.

American Bar Association (ABA), 346.

Angleterre, 25, 49, 106, 107, 116-121, 170, 174-175, 225, 250, 257, 337, 390, 471, 636.

Arkin, 234, 710.

Association of Litigation Funders (ALF), 118.

Australie, 25, 95, 103, 109, 122-129, 133, 174-175, 250, 258, 337, 376, 466, 471.

Avocat, 4, 28, 39, 44-45, 89, 93, 99, 114, 124, 126, 133-134, 147, 149, 153, 155, 172, 181-184, 187-189, 194, 196, 208, 213, 219-222, 225-227, 234, 255-257, 287, 291, 294, 296, 305, 311, 314, 320, 342, 344-346, 349, 365, 379, 381, 388-403, 410, 414, 451-452, 526, 533, 551, 586, 589, 599-600, 663, 700, 727.

B

Bundesgerichtshof (BGH), 227, 253.

C

Cassation, 180, 541, 547, 550, 561, 623, 626, 655, 670, 685, 687-688, 695.

- Consommation, 489, 512-517, 568-569, 577, 587, 590, 724.

Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), 207-208, 216-217, 284, 344, 387, 417, 463.

Cession, 28, 112-113, 227-239, 247, 433-434, 436, 468-469, 478, 519, 521, 617-626, 685, 693.

- créance, 228-230, 306, 365, 433, 468-469, 519-522, 618-626, 685, 693.

Chambre de Commerce

- International (CCI), 1, 2, 10, 78, 205, 270, 285, 293, 697, 730.

- de Stockholm (CCS), 209

Champerty, 25, 48, 102, 104, 105, 110, 113-117, 123, 126, 135, 144-145, 151, 156, 159-165, 169, 257, 297, 337, 471, 737.

Code

- civil, 138, 179, 354, 360, 362, 468, 501, 504, 513, 521, 526, 550, 570, 592.

- des assurances, 510.

Codice civil, 238.

Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), 57, 238, 387, 417, 696, 715.

Contrat

- aléatoire, 26, 206, 316, 319, 469, 503, 508, 536-537, 544-552, 563, 574, 584, 590, 590, 724, 740.

- entreprise 7, 66, 92, 236, 253-255, 496-497,

526-533, 537-538, 541, 544, 557, 559, 724.

Convention

- Européenne des Droits de l'Homme, 94, 371.

- New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 90, 266-267, 270, 273, 280, 282.

Crédit-bail, 498-502, 558, 591.

D

Dubai International Arbitration Centre (DIAC), 199.

Dubai International Financial Centre (DIFC), 198, 475.

Dol, 357, 359.

Dow Chemical, 631, 635, 651, 654.

E

Ex parte, 148, 286.

Estoppel, 7, 614, 635-646.

Excalibur, 712.

F

Federal Arbitration Act (FAA), 614.

Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils, 7.

Forum non conveniens, 339.

Forum shopping, 337, 340, 423, 435-436.

Fostif, 109-110, 123-124, 126, 312, 366, 466.

H

Hong Kong, 49, 143-145, 174, 471-473, 726.

I

Idoport, 376.

International Bar Association (IBA), 7, 32, 454, 741.

intuitu personae, 363, 536, 688.

J

Jaguar, 654, 665.

K

Kompetenz-Kompetenz, 632.

L

Legal privilege, 392-393, 395-396.

Lex arbitri, 141, 143, 340, 595, 668.

Littleton, 636.

Lords (House of), 121, 336, 406, 409.

London Court of International Arbitration (LCIA), 198, 285.

M

MAG Portfolio, 641.

Maintenance (voir Champerty).

P

Pacta sunt servanda, 195, 223, 363, 465, 552.

Philanthropique, 28, 213-214.

Q

Quota litis, 187, 220, 225-227.

Queen Mary, 10-11, 88.

R

Ratione

- *Materiae*, 16, 339, 478, 482, 483, 484, 610, 617, 646, 665, 672, 735.

- *Personae*, 16, 339, 363, 419, 422, 482-484, 536, 610-611, 625, 665, 672, 688, 717.

Rapports

- Prada, 4

- Garber, 169-171.

- Rand corporation, 169.

S

Singapour, 3, 49, 134-143, 174, 471-472.

SMABTP, 653, 661-662.

Société

- en participation, 497, 518-524.

Starbev, 407.

Sui generis, 26, 42, 177, 206, 474, 493, 494, 495, 552-564, 567, 591, 724, 740.

Suisse, 112-113, 176, 192-195, 285, 621.

T

Théorème (de Coase), 61, 67-68, 72, 81, 83.

Privy Council, 78

Trendtex, 112-113, 336-337.

Thomson, 614, 644.

Teinver, 714.

V

Veolia Propreté, 205-206, 493.

Violence (voir dol).

Vivendi, 388.