



RAPPORT N°

CONFIDENTIALITÉ :

COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil

MOTS CLÉS : Conseil de l'Ordre - publicité des débats - retransmission

Le financement de l'arbitrage par les tiers (“Third party funding”)

RAPPORTEUR :

BATONNIER EN EXERCICE :

Me Frédéric SICARD

DATE DE LA REDACTION :

23 Novembre 2016

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

21 février 2017

CONTRIBUTEURS :

Me Isabelle MICHOU

Me Pierre PIC

Me Louis DEGOS, AMCO

Me Jean-Yves GARAUD

Me Carine DUPEYRON

Me Jalal EL AHDAB

TEXTES CONCERNES :

RESUME :

Le développement récent du financement de procédures par les tiers est particulièrement marqué dans l'arbitrage international.

Cette pratique présente nombre d'opportunités pour les avocats et pour les justiciables, en particulier puisqu'elle ouvre l'accès au droit aux parties impécunieuses. Cependant, l'introduction d'un tiers dans les rapports entre l'avocat et son client est potentiellement source de difficultés d'ordre déontologique qu'il convient de bien appréhender.

La Commission Arbitrage International a été saisie de cette question à l'issue d'un colloque qu'elle a organisé conjointement avec les Commissions Paris-New York, Etats-Unis et Paris-Londres et qui s'est

CHIFFRES CLES :

tenu le 25 septembre 2015 à la Maison du Barreau.

Le Groupe de travail qu'elle a constitué pour mener à bien sa réflexion a présenté son rapport en séance au Conseil de l'Ordre, le 21 février 2016.

Ce rapport était accompagné d'un projet de résolution sous forme de rappel.

Il est ainsi rappelé :

- *d'une part, que le financement des procès par les tiers est favorable à l'intérêt des justiciables et des avocats inscrits au barreau de Paris et qu'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 et,*
- *d'autre part, que l'avocat représentant une partie financée par un tiers financeur est tenu au respect de ses obligations déontologiques envers son seul client, la partie financée.*

TEXTE DU RAPPORT

« Le financement de l'arbitrage par les tiers (“Third party funding”) »

La nécessité d'une réflexion sur la déontologie de l'avocat dont la procédure est financée par un tiers financeur (en anglais : « *Third Party Funding* » ou « *TPF* ») s'est imposée lors de la conférence sur ce thème, qui a eu lieu le 25 septembre 2015 à la Maison du Barreau à l'initiative conjointe des Commissions « Arbitrage International » (Mes Pierre Pic et Isabelle Michou), « Paris-New York » (Me Benoît Charrière Bournazel), « France-Amérique » (Me Dominique Borde) et « Paris-Londres » (Mes Solenn Le Tutour et Duncan Fairgrieve).

Le TPF, une pratique qui se répand mais reste faiblement encadrée

Les pratiques de financement de procédures par des tiers financeurs connaissent actuellement un développement important, particulièrement remarquable dans le domaine de l'arbitrage international. Les raisons sont nombreuses ; elles tiennent aux origines géographique et culturelle des intervenants aux procédures d'arbitrage, mais aussi à l'importance des enjeux, au coût d'accès à la justice, au nombre élevé d'arbitrages opposant des parties privées parfois impécunieuses à des Etats étrangers, etc.

Paradoxalement, la pratique du TPF est faiblement réglementée, à l'exception de certains guides pratiques et codes éthiques élaborés dans un cadre institutionnel mais non-contraignant¹.

¹ « Guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers » (*Third Party Funding*), ICC France, 2014 ; « Financement du procès par les tiers », Rapport du Club des Juristes, juin 2014 ; « Charte éthique de l'arbitrage », Fédération des Centres d'arbitrage, 2014 ; « Code of conduct for litigation funders », The association of litigation funders of England and Wales, January 2014 (www.vannin.com/news/pdf/cjc_funding_code.pdf).

La jurisprudence a déjà eu à connaître de contentieux liés au TPF, mais seulement à quelques occasions assez rares ; et le TPF ne fait l'objet d'aucune disposition d'ordre législatif ou réglementaire spécifique en France.

Au plan déontologique, le CNB a adopté une résolution sur « *Le financement de procès par des tiers* » lors de sa session des 20 et 21 novembre 2015. L'objet de cette résolution est, pour l'essentiel, d'ouvrir la voie au TPF en appelant à l'installation en France de fonds dédiés au financement de procès, de baliser la pratique à travers le rappel du principe d'indépendance de l'avocat de la partie financée envers le fonds et de proposer une convention-type de financement de ces procédures. Le CNB a également mandaté son Bureau pour engager le dialogue avec la Chancellerie et le Ministère de l'économie sur la mise en place d'un dispositif législatif spécifique et la définition de règles prudentielles à destination des fonds. La Commission n'est toutefois pas informée des travaux du Bureau du CNB avec la Chancellerie à cet égard durant l'année écoulée.

Les travaux de la Commission « Arbitrage International » et du groupe de travail sur le TPF

L'importance des pratiques de financement par des tiers dans l'arbitrage international explique qu'à l'issue de la conférence du 25 septembre 2015 sur le TPF, deux AMCO, Mes Dominique Borde et Louis Degos, ont demandé à la Commission « Arbitrage International » de préparer à l'attention du Conseil de l'Ordre un rapport sur les questions déontologiques posées par le TPF, ainsi qu'une proposition de délibération.

Pour accomplir cette mission, la Commission a constitué un groupe de travail composé de Mes Jean-Yves Garaud, Louis Degos, Carine Dupeyron, Jalal El Ahdab, animé par Mes Isabelle Michou et Pierre Pic.

Ce groupe de travail s'est réuni le 9 février, le 29 mars et le 25 mai 2016. Il a entendu plusieurs Confrères concernés par le TPF, ainsi que certains fonds français et étrangers. Les représentants de la CARPA ont également été rencontrés.

Ces travaux ont permis d'identifier les principales problématiques soulevées par la pratique du financement de l'arbitrage par un tiers.

La problématique centrale s'oriente autour de la définition du « client » de l'avocat : s'agit-il du tiers financeur ou de la partie financée ? C'est après avoir répondu à cette question que l'avocat pourra accepter ou refuser de recevoir du tiers financeur des instructions concernant le dossier. La définition du client de l'avocat permet également de déterminer quelles informations sont couvertes par le secret professionnel et la confidentialité, ainsi que la compétence du bâtonnier pour le règlement des contentieux d'honoraires.

A cette problématique principale s'ajoutent d'autres problématiques d'ordre plus secondaire ou propres à l'arbitrage international en tant que tel : l'avocat, sachant qu'un arbitrage fait l'objet d'un financement, doit-il inciter son client à révéler l'existence de ce financement, afin notamment de prévenir d'éventuels conflits d'intérêts ou d'indépendance impliquant les membres du tribunal arbitral ? Dans l'hypothèse où il ne donnerait pas ce conseil, sa

responsabilité peut-elle être engagée, aux côtés de celles de son client et du tiers financeur, en cas d'annulation de la sentence pour défaut de révélation de cette information ? L'expérience et la reconnaissance acquises par la CARPA en tant que dépositaire des fonds collectés à l'issue de procès peuvent-elles être utiles dans les procédures financées par des tiers ? Etc.

Le présent rapport s'attachera dans un premier temps à mettre en exergue les spécificités du financement de l'arbitrage par les tiers ; il abordera dans un second temps la question du respect de sa déontologie par l'avocat dont les procédures d'arbitrage sont financées par les tiers.

I – Le mécanisme de financement de l'arbitrage par les tiers

I.1 : Historique et définition

Connu en anglais sous les appellations de « *Litigation financing* », « *Third party litigation funding* », « *Third party funding* » (TPF), le financement du procès par un tiers est une pratique née en Australie dans les années 1980, à l'attention des entreprises en faillite². Elle s'est ensuite développée dans les pays de *common law*, où elle s'est parfois heurtée à des interdictions fondées sur le principe de « *champerty* », c'est-à-dire la prohibition de l'honoraire de résultat³. Elle a pris son envol en 2006 avec la reconnaissance de sa légalité par la *High Court of Australia* dans l'affaire *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd*, et s'est depuis étendue à d'autres pays, y compris la France.

Le TPF est un mécanisme par lequel un tiers prend en charge la totalité ou une fraction des frais nécessaires au procès d'une partie à un différend, généralement le demandeur ; en contrepartie de son investissement, ce tiers perçoit un pourcentage du montant alloué par le jugement ou la sentence à la partie financée⁴.

Le TPF est en général le fait de sociétés d'investissements, banques, assurances ou fonds d'investissements⁵.

Le tiers financeur ou « *funder* » prend en charge l'intégralité des frais relatifs au procès : frais et honoraires des arbitres, frais de témoins et d'experts, frais d'audience, frais et honoraires d'avocats, etc.⁶ Etant rémunéré sur le montant effectivement recouvré par la partie financée et

² Clémentine Delzanno, *Faire du contentieux un investissement financier*, Droit & Patrimoine n°225 – mai 2013, Actualité éclairage, page 6.

³ Franco Villa, *Le Financement de contentieux par des tiers (« Third Party Funding »)*, *Anwalts Revue de l'Avocat*, n°5/2014, page 207 ; Jalal El Ahdab, « *La gestion du risque arbitral par les parties* », *Revue générale du droit des assurances*, 1^{er} janvier 2012, n°2012-01, page 234, paragraphe 40 : la notion de Champerty a permis de rejeter comme contraire à l'ordre public toute demande judiciaire présentée par un fonds d'investissement au motif qu'elle serait motivée par l'appât du gain (Cf. *Trendtex Trading Corporation and Anor v. Crédit Suisse (HL)*, 22 oct. 1981 [1982] A.C. 679 ; *Advanced Technology Structures Ltd v. Cray Valley Products Ltd* [1993] B.C.L.C. 723, CA ; *Crittenden v. Bayliss*, 17 janvier 2002 [2002] EWCA Civ 50).

⁴ Franco Villa, *op.cit.*, page 208 ; Maximin de Fontmichel, « *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français* », *Revue des sociétés* 2012, p.279, paragraphe 1.

⁵ Jalal El Ahdab, *Ibid.*, paragraphe 32 ; Franco Villa, *Ibid.*, page 208.

⁶ Franco Villa, *Ibid.*, page 208 ; Maximin de Fontmichel, *op.cit.*, paragraphe 1.

donc directement intéressé au recouvrement de la condamnation, le « *funder* » finance également la phase d'exécution du jugement ou de la sentence⁷.

En revanche, si la partie financée n'obtient pas gain de cause à l'issue du procès, le tiers financeur ne peut lui réclamer aucun remboursement⁸. Le TPF se distingue en cela du prêt bancaire pour frais de procédure, où la banque imposera le remboursement de sa créance, même si l'issue du procès est défavorable pour l'emprunteur⁹.

S'agissant des pratiques de TPF proprement dites, plusieurs catégories doivent être distinguées.

La principale distinction dans ce domaine oppose le financement passif (« *passive funding* » ou « *pure funding* ») et le financement actif (« *active funding* »)¹⁰. Dans le premier cas, le tiers n'intervient pas dans le déroulement de la procédure et se contente de la financer¹¹. Dans le second, le tiers financeur intervient dans la relation bilatérale entre le client et son avocat : il intervient et conseille sur le déroulement de la procédure voire peut inciter à la conclusion d'une transaction¹². Cette dernière catégorie appelle naturellement une vigilance accrue de l'avocat qui doit 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.

Une autre distinction est généralement faite entre ce que les tiers financeurs appellent le « *client financing* » (financement par un fonds de l'ensemble de ses procédures d'une partie) et le « *firm financing* » (financement par un fonds des dossiers d'un cabinet).

On le voit, l'intervention d'un tiers financeur peut mettre l'avocat en difficulté au regard de ses obligations déontologiques si ce dernier n'est pas suffisamment vigilant : risque de conflits d'intérêts lorsque le fonds et la partie financée sont en désaccord sur la stratégie contentieuse, devoir de loyauté de l'avocat envers la partie qu'il représente, indépendance à l'égard du fonds et bien sûr respect du secret professionnel sont les quatre défis majeurs posés par le TPF.

⁷ Franco Villa, *Ibid.*, page 208.

⁸ Franco Villa, *Ibid.*, page 208 ; <http://www.alterlitigation.com/fr/#faq>

⁹ Franco Villa, *op. cit.*, page 208.

¹⁰ Séverine Menetrey, « *Le financement privé de procès par un tiers* », Gazette du Palais, 8 septembre 2012, n°252, page 23 ; Niki K. Kerameus, « *Financement de contentieux par un tiers (Third Party Funding)*, Journée d'étude organisée par le Collège européen de Paris en collaboration avec le Laboratoire d'économie de l'Université Panthéon-Assas Paris II, le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice Sophia Antipolis et l'Association française des juristes d'entreprise, Paris 2 avril 2012 », Cahiers de l'Arbitrage, 1^{er} avril 2012, n°2, page 457 ; Franco Villa, *Ibid.*, page 209.

¹¹ Séverine Menetrey, *op.cit.*; Niki K. Kerameus, *Idem*. Dans les faits, tous les tiers financeurs professionnels sont interventionnistes, à des degrés divers en fonction de leur culture juridique, de la loi applicable au contrat de financement et du lieu d'exécution du contrat de financement. A titre d'illustration, les fonds australiens sont très interventionnistes dans les dossiers qu'ils financent, car la loi australienne leur permet de l'être. En Angleterre, la loi ne permet pas aux fonds de l'être, mais ces derniers sont très présents et insistent sur la nécessité d'être tenus régulièrement au courant des évolutions de la procédure financée.

¹² Séverine Menetrey, *op.cit.*; Niki K. Kerameus, *Idem*.

L'avocat intervenant dans un litige financé doit donc être particulièrement attentif au respect des principes déontologiques susvisés.

I.2 : Intérêt du financement de l'arbitrage par un tiers

Au-delà des questions déontologiques qu'il pose, le TPF présente d'indéniables intérêts pour l'avocat et plus généralement du point de vue de l'accès à la justice.

Accès à la justice

Dans la mesure où il permet de financer les frais souvent élevés liés aux arbitrages internationaux, le TPF constitue un moyen certain d'accès à la justice pour les parties dépourvues des finances leur permettant de faire valoir leurs droits. La remarque vaut pour toutes les procédures, comme l'a souligné le CNB dans sa résolution des 20 et 21 novembre 2015 précitée. Au cas particulier de l'arbitrage, le TPF offre un remède au déséquilibre entre des parties, lequel a parfois justifié l'annulation de sentences arbitrales en application des articles 1520 paragraphes 4° et 5° du Code de Procédure Civile pour atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties¹³. C'est d'ailleurs au nom du droit d'accès à la justice que le Conseiller Dominique Hascher a pu prendre parti en faveur du TPF dans l'arbitrage, comparé au financement des tribunaux par des fonds complémentaires non publics¹⁴.

Le financement du « *funder* » est donc une alternative utile pour la partie n'ayant pas les moyens financiers nécessaires pour initier un arbitrage¹⁵. Elle permet d'écarter la critique parfois adressée à l'arbitrage comme pouvant donner naissance à des situations de déni de justice, dans l'hypothèse de l'impécuniosité d'une partie¹⁶. La remarque est particulièrement vraie dans l'arbitrage d'investissement, où une mesure d'expropriation directe ou indirecte prise par un Etat d'accueil peut laisser l'investisseur étranger dans une situation de dénuement telle qu'il n'aura plus les moyens de faire triompher ses droits ; il n'est dès lors pas surprenant que l'arbitrage d'investissement est le domaine d'élection du TPF dans l'arbitrage international, au-delà du fait que les perspectives de recouvrement vis-à-vis d'un Etat sont également un aspect positif perçu par les fonds.

Economie de trésorerie

En dehors de toute considération de solvabilité des litigants, le TPF peut permettre aux entreprises ayant des moyens financiers nécessaires au financement d'un procès de le faire sans

¹³ CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 17 novembre 2011, n°09/24158.

¹⁴ Dominique Hascher cité par Me Niki K. Kerameus (Kerameus & Partners, Athènes) in « *Financement de contentieux par un tiers (Third Party Funding)*, Journée d'étude organisée par le Collège européen de Paris en collaboration avec le Laboratoire d'économie de l'Université Panthéon-Assas Paris II, le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice Sophia Antipolis et l'Association française des juristes d'entreprise, Paris 2 avril 2012 », Cahiers de l'Arbitrage, 1^{er} avril 2012, n°2, page 457.

¹⁵ K. Sachs, « *La protection de la partie faible en arbitrage* », Gazette du Palais, 17 juillet 2007, n°198, page 22, cité par Jalal El Ahdab, *op.cit.*, paragraphe 32.

¹⁶ E. Loquin, RTD Com., avril-juin 2006, chr., page 308, n°5.

avoir à mobiliser leur trésorerie¹⁷. Le risque financier attaché à l'aléa de l'action est ainsi déplacé du demandeur vers le tiers financeur.

Plusieurs représentants de fonds nous ont fait part de cette pratique, souvent mise en avant dans leur communication institutionnelle¹⁸.

Création de nouvelles opportunités pour les avocats

Enfin, le financement d'arbitrage par les tiers constitue indiscutablement une opportunité qui ne doit pas être négligée par les praticiens du droit et particulièrement les avocats.

Les tiers financeurs institutionnels sont des professionnels solvables connaissant bien le marché de l'arbitrage ; outre les procédures qu'ils financent pour le compte des parties au procès, il n'est pas rare qu'ils aient eux-mêmes recours aux services d'avocats en amont de leur décision d'investir dans une procédure donnée pour l'appréciation des chances de succès des actions à financer¹⁹ et en aval pour le suivi de ces mêmes actions²⁰. Dans ce dernier cas, le tiers financeur est lui-même dans la position de client et son avocat n'est pas le même que celui de l'avocat de la partie financé.

En définitive, le TPF en tant que pratique est aujourd'hui bien installé dans le domaine des arbitrages internationaux. Il convient donc d'identifier clairement les questions déontologiques qu'il pose et de prévenir les difficultés pouvant naître de la relation triangulaire entre l'avocat, la partie financée et le tiers financeur, alors que la déontologie de l'avocat est conçue pour la relation bilatérale, exclusive et confidentielle de l'avocat à son client.

I.3 : L'absence de réglementation en l'état

En l'état, le TPF ne fait en France l'objet d'aucune réglementation spécifique, sauf quelques codes pratiques ou éthiques qui ne sont guère plus que de la *soft law*²¹.

La jurisprudence française l'aborde donc sous l'angle du droit général des obligations ; elle qualifie le TPF de « *contrat sui generis* »²².

¹⁷ Frédéric Pelouze (Alter Litigation), cité par Stéphanie Silguy in « *Du financement de procès par des hedge funds* », RLDC, n°105, juin 2013, page 68 ; Maximin de **Fontmichel**, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français*, Revue des sociétés 2012, page 279, n°20.

¹⁸ http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/01/FTSE20_PressRelease_5Jan.pdf, visant British Telecom.

¹⁹ <http://www.alterlitigation.com/fr/#about-the-funding-process> ; Alain Grec, Directeur Général de La Française AM International Claims Collection, cité par Olivia Dufour, *Financement des contentieux, Prêts pour le third party funding ?*, LJA Magazine, septembre-octobre 2013, page 9.

²⁰ <http://www.alterlitigation.com/fr/#about-the-funding-process>.

²¹ V. *supra* : propos introductifs, p. 1.

²² CA Versailles, 12^{ème} Chambre, section 2, 1^{er} juin 2006, n°05/010038.

Cette situation est paradoxale car le TPF est installé parmi les principaux acteurs de l'arbitrage international et plusieurs tiers financeurs opèrent déjà en France. On note en particulier les fonds gérés par La Française AM International Claims Collection, dont l'activité est en France et le siège au Luxembourg, ainsi que de manière plus anecdotique, le fonds Alter Litigation créé en 2013 à Paris.

D'autres fonds anglo-saxons sont également actifs en France : Vannin Capital, fonds basé à Jersey; Burford Capital et Calunius Capital LLP, tous deux gérants de fonds basés à Londres, prospectent activement le marché français de l'arbitrage international.

II – Recommandations à l'attention de l'Avocat de la partie financée

Compte tenu de l'absence de réglementation spécifique, il est proposé ci-après un ensemble de recommandations à l'attention de l'avocat de la partie financée lui permettant d'anticiper les difficultés éventuelles pouvant naître de cette relation triangulaire entre l'avocat, la partie financée et le tiers financeur. L'avocat du tiers financeur n'est en principe pas concerné dans la mesure où sa relation avec le tiers financeur s'inscrit dans la relation bilatérale classique susvisée.

II.1 : La prévention des conflits d'intérêts

Au plan des principes, la relation entre le tiers financeur et l'avocat de la partie financée doit être prise pour ce qu'elle est : une relation de pur fait intercalée entre deux relations juridiques indépendantes : celle entre le client (la partie financée) et son avocat d'une part, celle entre le client et le tiers financeur, d'autre part²³.

L'intervention du tiers financeur comme éventuel payeur, direct ou indirect, des honoraires de l'avocat ne saurait interférer avec ces principes nettement définis. Aucune disposition légale n'interdit à l'avocat de recevoir paiement de ses honoraires de la part d'une personne autre que son client ; bien au contraire, l'article 1236 du Code civil autorise expressément le paiement émanant d'un tiers, en l'espèce le tiers financeur, « *pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier* ».

Le paiement par le tiers financeur des honoraires d'avocat dus par une partie financée n'est donc en rien de nature à conférer à ce dernier la qualité de client de l'avocat.

Cependant, et bien que l'Article 174 du Décret du 27 novembre 1991 ne conditionne pas la compétence du Bâtonnier pour fixer les honoraires à un litige exclusivement entre l'avocat et son client, force est de constater que le Bâtonnier de Paris s'est déjà déclaré incompétent pour connaître des difficultés de recouvrement d'honoraires envers un tiers financeur²⁴.

²³ Niki K. Kerameus, *Idem*.

²⁴ Décision du Bâtonnier du 10 mai 2016.

Cette situation conduit l'avocat à un déni de justice puisque d'une part le Bâtonnier a compétence exclusive pour connaître de tout litige portant sur ses honoraires d'avocat et que d'autre part le Bâtonnier rejette sa compétence en présence d'un tiers financeur.

Il conviendra donc de préciser soit dans le Décret, soit dans le RIN, soit dans le contrat de financement que la procédure prévue aux Articles 174 et s. du Décret de 1991 sera applicable pour toute difficulté concernant les frais et honoraires.

La Commission Règles et Usages du CNB ou une Commission *ad hoc* du Barreau de Paris en liaison avec le service de fixation des honoraires pourrait être utilement saisie pour proposer les modifications adéquates.

Indépendamment de la personne procédant au règlement de ses honoraires – le fonds ou la partie financée – l'avocat reste tenu par ses obligations d'assistance, de représentation, de conseil et de loyauté à l'égard de la partie financée, qui demeure son seul client.

Le contraire conduirait immanquablement l'avocat à se trouver confronté à la problématique la plus classique posée par le TPF, à savoir la survenance d'un conflit d'intérêts entre le tiers financeur et la partie financée. Si l'avocat n'a pas veillé à maintenir l'étanchéité parfaite entre sa relation avec la partie financée d'une part et la relation entre cette dernière et son tiers financeur d'autre part, alors il sera considéré comme conseil commun, obligé de rendre le dossier à ses clients, partie et tiers financeur, en cas de survenance d'un conflit entre eux. Cette même raison conduit à déconseiller à l'avocat d'intervenir pour le compte de la partie financée et du tiers financeur, en particulier au stade de la négociation du contrat de financement. L'avocat de la partie financée devra alors inviter le tiers financeur à se faire assister par un conseil, le cas échéant.

II.2 : Le secret professionnel et la confidentialité

La nécessaire détermination du client de l'avocat s'impose également au regard du secret professionnel. On rappellera ici que ce devoir est sanctionné disciplinairement par l'Ordre et pénalement à travers les peines d'emprisonnement et d'amende de l'article 226-13 du Code pénal et que, même relevé du secret par son client, l'avocat ne peut divulguer ce qu'il sait²⁵. L'avocat tenu au secret professionnel ne saurait donc en aucune façon révéler à un tiers les confidences comme les informations reçues de son client, à peine de sanctions pénale et disciplinaire²⁶. On rappellera ici également que la correspondance entre l'avocat et son client ne peut faire l'objet de perquisitions dans les enquêtes pénales.

Or le tiers financeur peut être tenté de demander à être informé de la nature et de l'évolution de la procédure qu'il finance ; le contrat de financement conclu entre le tiers financeur et equal funding en dispose d'ailleurs souvent expressément ainsi.

²⁵ Cass. Crim., 22 décembre 1966, D. 1967.122; Jacques Hamelin & André Damien, *Idem*, pages 284 et 297.

²⁶ Jean-Jacques Taisne, *La déontologie de l'avocat*, 9^e éd. Dalloz, 2015, page 127 ; Jacques Hamelin & André Damien, *op.cit.*

La question est donc de savoir si le tiers financeur peut directement obtenir de l'avocat les informations dont il a besoin.

L'étanchéité entre la relation avocat/partie financée et la relation partie financée/tiers financeur impose une réponse nette : en principe, l'avocat de la partie financée ne peut communiquer directement avec le tiers financeur, quelles que soient les dispositions du contrat de financement et les demandes qui pourraient lui être adressées par son client. La divulgation au tiers financeur des informations relatives à la procédure et aux faits y relatifs ne peut donc émaner que du client. Pour ce qui est des échanges verbaux, le fonds ne doit pas participer aux réunions entre la partie financée et son client, sauf instruction du client et en sa présence.

II.3 : L'indépendance des arbitres et la divulgation de l'intervention du tiers financeur

Aux deux questions déontologiques classiques visées ci-dessus s'ajoute celle, spécifique à l'arbitrage, de la révélation de l'existence d'un TPF²⁷.

La divulgation du financement est en effet parfois nécessaire au regard du droit éventuel d'une partie à connaître l'existence d'un conflit d'indépendance entre les arbitres et l'une des parties à l'arbitrage et, derrière celle-ci, la partie qui le finance²⁸. L'absence d'une telle révélation peut faire courir à la sentence un risque d'annulation, en cas de découverte tardive de liens entre le fonds et un arbitre²⁹. On peut supposer le cas de l'arbitre statuant dans une procédure donnée financée par un « *funder* », est également avocat d'une partie financée par le même « *funder* » dans une autre procédure³⁰ ; l'autre hypothèse est celle du fonds finançant plusieurs arbitrages et de l'arbitre apparaissant dans plusieurs arbitrages financés par ce fonds ; la question du courant d'affaires pourrait alors être posée.

La transparence s'impose dès lors qu'un risque de conflit apparaît. C'est ce que recommande le Rapport du Club des Juristes sur le TPF, au motif que l'obligation des parties et des arbitres d'agir avec loyauté (art. 1464 alinéa 3 du CPC) impose aux parties de révéler l'existence du tiers financeur et aux arbitres de révéler l'existence de conflits d'intérêt³¹. La doctrine est généralement favorable à cette révélation³².

L'avocat tenu au secret ne peut évidemment pas prendre l'initiative de cette révélation ; il lui appartient cependant d'inciter son client à le faire et, en cas de refus, de le mettre en garde contre les conséquences d'un éventuel défaut de révélation.

II.4 : Le rôle de la CARPA

²⁷ Aren Goldsmith, "Commentary : French Think Tank Releases Noteworthy Report On Third Party Litigation Funding", Cahiers de l'arbitrage, 2014-4-003.

²⁸ Franco Villa, *op.cit.*, page 210.

²⁹ Aren Goldsmith, *op. cit.*

³⁰ Aren Goldsmith, *op. cit.*

³¹ Aren Goldsmith, *op. cit.*

³² Jean-Baptiste Racine, cité par Niki K. Kerameus, *op.cit.* ; Séverine Menetrey, *Idem*.

Enfin, l'expérience acquise par la CARPA comme dépositaire des fonds issus des condamnations, le cas échéant pour le compte de plusieurs bénéficiaires, doit être mise en avant.

Les fonds sont demandeurs de la garantie que la CARPA permet au regard du paiement de leur rémunération contractuelle.

L'avocat est donc invité à recommander à son client de prévoir que le recouvrement des éventuelles condamnations à son profit se fera sur son compte CARPA, afin, à l'issue de la procédure et de l'exécution de la sentence, de répartir les montants perçus entre le client, le fonds et, le cas échéant, l'avocat.

Le rôle de la CARPA pourrait, à cet égard, être étendu pour gérer la bonne exécution du contrat de financement dès le début de la procédure. Les fonds seraient d'emblée ou petit à petit séquestrés par le tiers financeur entre les mains de la CARPA, cette dernière veillant à ce que l'avocat et éventuellement les autres intervenants consultants, experts, sachant à la procédure soient payés de leurs frais et honoraires.

Un modèle de convention pourrait à cet égard être rédigé par la CARPA.