

# Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°207 du 7 janvier 2016

[Avocats/Champ de compétence] Evénement

## *Third party funding* — Financement du procès par les tiers

N° Lexbase : N0613BWM



par Anne-Laure Blouet Patin, Directrice de la Rédaction

**Le 25 septembre 2015, les Commissions ouvertes Arbitrage International, Paris-Londres, Paris-New-York et France-Etats-Unis du barreau de Paris organisaient une réunion consacrée au financement du procès par les tiers. L'occasion était donnée d'appréhender sur ce sujet le point de vue des financiers, celui des avocats et, enfin, les questions inhérentes à la déontologie professionnelle des avocats au regard de ce mécanisme utilisé en matière d'arbitrage mais émergent en France en matière de contentieux commercial.**

Le *third party funding*, ou financement de procès par des tiers, consiste pour un financeur à financer les frais liés à un contentieux (frais d'avocats, frais d'experts, etc.) d'une des parties, en contrepartie de quoi il récupérera un pourcentage sur les dommages et intérêts qui seraient ordonnées et versées à l'issue du procès et de l'exécution de la décision. La rémunération du tiers financeur peut varier de 20 à 50 % des dommages et intérêts versées par la partie succombante, en fonction des risques encourus par le financeur et des termes du contrat de financement.

Le *third party funding* est né en Australie il y a 25 ans et s'est étendu progressivement dans les pays de *common law* et dans les pays civilistes.

En France, il s'installe notamment dans le cadre de l'arbitrage international. En 2013, on comptait une dizaine de sociétés de *third party funding* qui se partageaient 90 % du marché. La plupart de ces entreprises sont étrangères.

Les questions liées au mécanisme du financement des procès par des tiers sont nombreuses.

Si les avantages sont importants -permettre par exemple à une entreprise d'avoir le financement adéquat pour s'engager dans un procès-, il ne faut pas pour autant sous-estimer les interrogations si ce n'est la difficulté et les inconvénients qui peuvent y être liés.

La première interrogation concerne la qualification du contrat de financement du procès. Il ne rentre pas aujourd'hui dans une catégorie des contrats nommés en droit français. Néanmoins, la validité de ce type de contrat a été confirmée par la jurisprudence.

Ce type d'accord bouscule quelque peu les principes traditionnels de la justice par l'apparition d'un tiers dans le mécanisme de financement. La présence du tiers financeur peut impacter la conception même de la justice et l'on

peut considérer que cette justice, qui a vocation à faire prévaloir ses droits, à régler une situation de droit, pourrait passer sur un autre terrain : celui de permettre à certains de faire du profit.

En effet, ces sociétés font des bénéfices mais seulement en cas de procès gagnants ; elles sont donc amenées à sélectionner les dossiers pour ne retenir que ceux susceptibles de répondre à ce besoin de profits.

Dans tout cela quel va être le rôle de l'avocat ?

L'avocat a un monopole de représentation et de conseil et est tenu par une série de règles déontologiques. Ces règles déontologiques ne vont pas lier le tiers financeur qui n'est pas avocat.

Comment vont s'appliquer les règles déontologiques dans les relations entre l'avocat de la partie financée et le tiers financeur ? Il en est ainsi notamment de la règle du conflit d'intérêts, celle du désintéressement, celle de l'interdiction du pacte de *quota litis*, etc.. Il faut aussi prendre en compte le rôle des banques.

Au final, la question est de savoir comment tous ces acteurs vont trouver leur place dans le mécanisme ? Et comment cette nouvelle procédure peut s'intercaler avec la médiation ?

## I — Le point de vue des financiers

*Intervention de Alain Grec, Institut La Française*

Il faut bien comprendre le mécanisme de ce *third party funding*.

Le *third party funding* est une convention selon laquelle une entité professionnelle de financement, un investisseur, finance tout ou partie des coûts de son client en tant que partie à une procédure, le tiers financeur n'ayant pas d'intérêt préalable au litige en question. En échange de ce financement, le *funder* a droit à une portion, déterminée à l'avance, du recouvrement de la créance née de la sentence définitive, en cas de succès seulement. En revanche si la procédure se solde par un échec le *funder* n'a le droit à aucune rémunération ce qui le différencie fondamentalement du crédit.

Le *third party funding* peut être comparé à un attelage à deux chevaux. Le tiers financeur est en relation avec deux types de clients : le premier est le fournisseur de capitaux, le second est l'entreprise qu'il va financer. Un *third party funding* ne peut rien faire s'il n'a pas des capitaux à mettre en place ; et le tiers financeur n'a pas d'argent en propre, il ne fait qu'utiliser l'argent qui lui est confié.

Cet argent est confié à la partie au litige sur une durée longue (environ 7 à 10 ans). Le tiers financeur n'obtiendra sa rémunération que lorsque la sentence sera exécutée. Les investisseurs ne savent pas à quoi l'argent confié va être utilisé, et ce pour une raison de confidentialité. L'investisseur ferme donc les yeux pendant une durée de 7 à 10 ans sur l'utilisation qui sera faite de ses fonds et doit faire confiance à la partie. La confiance porte sur une rentabilité à venir et sur un risque de réputation.

Ensuite, la recherche de dossier correspond à une politique de gestion. Le tiers financeur n'a aucun intérêt à choisir des dossiers "perdants". Il choisira d'accompagner la victime d'un préjudice dont l'auteur fautif est établi. L'attitude du tiers financeur consiste à regarder quels sont les dossiers compatibles avec sa politique de gestion. Une grande partie du travail va être très proche de celui que fait l'avocat : regarder quels sont les mérites du dossier, etc.. Ce travail n'est fait qu'après la signature d'un accord de confidentialité très strict. Il faut ensuite connaître le préjudice. Evidemment le tiers financeur fait face à une équation économique qui consiste à comprendre quel est le montant minimum de la sentence qui est attendu et quelles sont les possibilités de recouvrement.

Le client du tiers financeur sera le demandeur et uniquement l'entreprise et pas son avocat. Il faut établir un budget prévisionnel et ce budget doit être suffisant pour couvrir un arbitrage qui va jusqu'à son terme.

*Intervention de Yasmin Mohammad, Senior Counsel Vannin Capital*

Le concept du *third party funding* donne lieu à énormément de discussions sur les questions de déontologie de l'avocat.

A partir du moment où un avocat respecte scrupuleusement ses obligations déontologiques, qu'il ne perd jamais de vue que son obligation de conseil, de probité va vers son client et non vers le tiers financeur, alors il n'y a aucun problème de déontologie.

Sur la question du secret professionnel, le client ne peut pas démettre l'avocat de cette obligation. Concrètement

un tiers financeur doit s'intéresser aux obligations déontologiques de l'avocat de son client. Il doit protéger son investissement et donc se doit d'être dans les "clous" légaux, financiers et déontologiques. L'échange d'informations entre le tiers financeur et l'avocat doit donc toujours être fait en présence du client, soit avec mandat du client à son avocat de transmission de l'information au tiers financeur.

Les tiers financeurs s'intéressent aussi à l'éthique car elle fait partie de la réputation de chacun d'entre eux. Beaucoup rédigent et adoptent un code de bonne conduite qui comprend trois principes généraux :

- la capitalisation d'un tiers financeur qui consiste à avoir les capitaux nécessaires pour financer le procès ;
- ne jamais mettre un avocat dans une situation où il serait susceptible de violer ses obligations déontologiques ;
- tout écrire dans un contrat.

*Intervention de Catherine Brun-Lorenzi, Membre du comité directeur de la CARPA de Paris, AMCO*

Pour mémoire, jusqu'en 1954 en France le maniement de fonds était absolument interdit aux avocats. C'est en 1954 qu'un premier décret a autorisé les maniements de fonds mais la comptabilité était sous le contrôle du conseil de l'Ordre et du Procureur général. C'est en 1956 qu'un nouveau décret a limité ce pouvoir de contrôle au Bâtonnier. Puis le Bâtonnier Claude Lussan a proposé un système qui permettrait le maniement de fonds par une caisse qui garantirait la représentation des fonds des clients et permettrait également le placement de la masse financière ainsi constituée. C'est le 29 mai 1957 que la CARPA est née.

La loi de 1971 a consacré les modalités de fonctionnement de la CARPA, et en 1985 la CARPA a été rendue obligatoire.

Aujourd'hui les avocats sont la seule profession du droit à être dotée d'un tel mécanisme d'autorégulation qui permet à la fois d'assurer la sécurité, la représentation des fonds des clients et la conformité des règlements pécuniaires dans le respect de l'indépendance et du secret professionnel.

Dans le tiers financement la CARPA a évidemment un rôle à jouer et on pourrait imaginer qu'elle intervienne en qualité de tiers de confiance avec la triple mission de collecter les fonds, de les séquestrer, et de se charger de la répartition de ces fonds selon les modalités prévues par les parties dans la convention de séquestre.

La CARPA présente un nombre d'avantages et de garanties importants. Il y en a cinq principaux.

- La sécurité : sur les fonds déposés à la CARPA il y a une garantie absolue de représentation.
- La gratuité : pour toutes les opérations, c'est gratuit pour les avocats.
- L'assistance et la réactivité.
- La déontologie.
- Le secret professionnel et la confidentialité de toutes les opérations sont garantis.

## **II — Le point de vue des avocats**

*Intervention de Carine Dupeyron, August & Debouzy*

Quels sont les états d'âmes des avocats notamment quand la relation habituelle est perturbée, voire bouleversée par la présence d'un tiers financeur ?

Le premier axe de bouleversement est la relation avocat/client.

Qui est réellement le client ? Si en théorie le client est le demandeur, en pratique les choses sont un peu plus complexes. L'avocat est rarement unidimensionnel. Le client est-il celui qui a apporté le dossier ? Souvent le tiers financeur monte le dossier en premier, *via* ce qu'il trouve dans la presse. Il trouve le préjudice, la faute, et l'avocat qui va porter la demande et après il va chercher le client. C'est donc un rapport trouble entre l'avocat d'un demandeur, qui arrive souvent en fin de raisonnement, et le tiers financeur. L'avocat doit toujours garder à l'esprit que le client est le demandeur et pas celui qui a apporté le dossier. La situation est donc difficile et il faut y veiller éthiquement. Et dans le contrat de financement il va falloir bien séparer les choses.

On peut se demander aussi si le client est celui qui règle les honoraires ? Il faut donc veiller, dans les rapports avec le tiers financeur, que le paiement ne passe que par le client réel, celui qui a la direction du procès.

Le client qui est-il ? En principe c'est celui qui a la seule direction du procès, celui qui donne les instructions. Mais il faut être là aussi extrêmement vigilant quant au rôle du tiers. A ce jour il n'y a pas ou très peu de jurisprudence en France sur le rôle du tiers financeur, donc il n'y a pas comme aux Etats-Unis la question du "*common interest*" ou bien la jurisprudence anglaise qui fait la distinction entre le tiers actif et le tiers passif. En tant qu'avocat du client qui a la direction du procès il faut veiller scrupuleusement à ce que l'intervention du tiers soit normée, soit bornée et que, dans la gestion du procès, soit protégé l'intérêt du client demandeur à l'instance.

Tout devra être écrit afin d'envisager toutes les possibilités, notamment un désaccord de stratégie entre le tiers et le client, et toujours garder à l'esprit de protéger le client.

Il faut donc anticiper et ré-éclaircir les lignes en permanence pour que l'avocat ne soit pas tiraillé entre le demandeur et celui qui a apporté le dossier.

En face du tribunal, faut-il ou non révéler la présence du tiers ? Faut-il révéler ce choix au moment de la désignation des arbitres ? En présence du tiers financeur ? Et quand ce choix est fait, faut-il signaler que l'une des parties est financée ?

Il y a derrière ces questions, la problématique de l'indépendance qui est soulevée. Un arbitre qui serait régulièrement désigné dans des procédures financées par un tiers est-il si indépendant qu'il le sait ? Finalement en ne révélant pas le tiers il est possible qu'il y ait des liens tiers/arbitre qui existent et qui ne soient pas connus des parties et des autres membres du tribunal arbitral, des conseils et qui ne seraient connus que du tiers financeur et de l'arbitre...

Certains tribunaux cherchent aujourd'hui à savoir quelles sont les conditions de financement. Est-ce que la question des conditions de financement est importante ?

Les états d'âme de l'avocat concernent aussi la question de la confidentialité. Dans la manière dont un arbitrage ou une procédure financée est gérée, le tiers est très présent. Il va faire son investigation du dossier et il va demander de nombreuses pièces à l'avocat. Il faut toujours garder à l'esprit que l'avocat ne peut pas parler au tiers hors la présence de son client et que le client ne peut pas libérer l'avocat de sa confidentialité. Tout doit passer par l'intermédiaire du client. La question se pose de manière plus aiguë et plus délicate le long de la procédure, lorsque le client va plus ou moins se désintéresser de la procédure et que l'interlocuteur le plus présent et le plus vaillant reste le tiers. Il faut gérer en permanence cette question de confidentialité.

*Intervention de Jalal El Ahdab, Ginestie Magellan*

ICC France a réalisé un Guide pratique sur le financement de l'arbitrage et notamment par des tiers.

Ces questions sont sensibles car l'arbitrage est une justice, l'arbitrage est un marché. Il y a une offre et une demande avec de nombreux acteurs qui ont des intérêts financiers dans ce mécanisme. On peut investir dans le marché de l'arbitrage comme on investit dans des actions. L'idée d'un Guide pratique était le fruit d'une réflexion pour dire qu'il y a un problème d'accès à l'arbitrage, en raison de son coût. L'approche du Guide est pragmatique et exhaustive.

Il faut faciliter ce besoin d'accéder à la justice arbitrale quand on n'en a pas les moyens.

Ce Guide comporte de nombreuses définitions, liste de façon très détaillée les acteurs qui peuvent participer à cette procédure, revient sur le mode de sélection des dossiers par les tiers financeurs, aborde les clauses du contrat de tiers financement, et traite, enfin, des aspects déontologiques.

*Intervention de Jean-Yves Garaud, Cleary Gottlieb*

L'expérience américaine démontre de façon incontestable que le financement par les tiers joue un rôle dans l'accès à la justice, et dans la gestion des litiges et la performance des fonds démontre l'utilité économique de cet acteur. Néanmoins les Fonds sont dans leur rôle et présentent de nombreux aspects de bénéfiques. Mais ils sont aussi source de complexité et de difficulté.

Cela tient à plusieurs raisons.

En effet, cette relation a une nature juridique particulière qui ne rentre pas dans les cases juridiques classiques : il s'agit d'un contrat *sui generis*.

Elle ajoute à une relation à deux et la transforme en partie à trois ; ce qui est un facteur de complexité supplémentaire.

Enfin, un autre facteur de risque tient à la pratique et à un risque peut-être surévalué de clientélisme.

### III — Les réflexions déontologiques autour du *third party funding*

Une relation à trois est une relation difficile. Il faut comprendre que les Fonds ont intérêt à venir investir en France ou à investir la France puisque, que ce soit en arbitrage, avec des recours non suspensif d'exécution ou dans le judiciaire, le retour sur investissement en terme de temps est assez intéressant.

- Les Fonds sont-ils des braconniers du droit ? Ce ne sont pas en effet que des financiers, ils exercent aussi, et de fait, le rôle d'un "*dominus litis*", fonction qui appartient normalement à un avocat en ce qu'il apprécie et dirige en droit la stratégie du procès.

- Un rapport direct s'instaure entre l'apporteur de fonds et l'avocat. Se pose alors la question de la compatibilité du financement et du pacte *quota litis*.

Le financeur ne se réserve-t-il pas le droit d'imposer certaines décisions selon l'évolution du procès et la chance de gain ? Ceci peut engendrer un conflit d'intérêts entre le client et le tiers financeur. Que doit faire l'avocat dans cette situation ? Ce conflit est évident. Or, qui dirige en effet ce procès ? S'il y a transaction, à quelle hauteur transiger ? Qui décide des moyens à mettre en œuvre s'il faut recourir à des experts ? Qui décide de l'offre ?

Le conflit d'intérêts entre l'avocat est d'autant plus aigu que souvent l'avocat est d'abord contacté par le tiers financeur à qui il va rendre une consultation *a minima* sur les chances de succès de tel ou tel dossier. Cet avocat va-t-il continuer à être dans le dossier ? On peut estimer que le tiers financeur et la partie au litige sont deux clients de l'avocat. Celui-ci se doit donc de régler le conflit d'intérêts auquel il est confronté.

*Quid* de l'intérêt à agir ? Celui-ci suppose en effet un intérêt personnel ; or, en présence d'un tiers financeur, la question de l'irrecevabilité de la demande pourrait se poser si les intérêts financiers du financeur prévalent sur ceux de la partie au procès. L'équilibre du contrôle de la direction du procès entre l'avocat, son client et le tiers financeur peut être déterminant.

*Quid* de la CARPA ? Les fonds ne devraient-ils pas transiter au travers de comptes CARPA ? La question se pose de savoir si la CARPA ne devrait pas être partie à toute convention de financement de procès.

La transparence qui doit exister entre l'avocat et le tiers financeur pose la question du secret professionnel.

Le tiers financeur n'est pas en effet le client, et si le client peut en principe divulguer toute information qu'il reçoit de son avocat, il n'en demeure pas moins que l'avocat, dans le cadre de l'intervention d'un tiers financeur, accepte, en toute connaissance de cause, que son obligation au secret professionnel à laquelle il est astreint ne sera pas respectée. Et c'est bien là un problème délicat.

Dans les pays de *common law* cette question de transparence est réglée -car le concept de secret professionnel est différent : le consentement éclairé du client suffit à lever le secret de l'avocat-. En France, cette perte du secret professionnel ne peut pas être faite de façon classique et certainement pas par la voie d'un renoncement qui permettrait à l'avocat d'être transparent vis-à-vis du tiers financeur. Enfin, l'avocat doit s'assurer de son indépendance : la présence du tiers financeur ne peut que peser sur cette indépendance.

Des règles, là encore, restent à définir sur les devoirs et limites d'intervention des tiers financeurs.