

# Third Party Funding : vers un arbitrage pour tous ?

LE CERCLE. Le "Third Party Funding", dit "TPF", est LE sujet tendance. Mais les vraies intéressées, les entreprises, sont-elles réellement informées quant à l'existence même de ces fonds ? Probablement pas ou peu, parce qu'en France, les avocats eux-mêmes s'interrogent encore sur leur fonctionnement, les dangers et les atouts de l'intervention de ces fonds financiers dans les procédures arbitrales.

ÉCRIT PAR



[Caroline Duclercq](#)  
**Avocate**  
**ALTANA**  
**VOIR SON**  
**PROFIL**

Si les nombreuses questions des praticiens face à l'émergence des TPF sont justifiées, la réalité est, elle, claire : les budgets se resserrant de plus en plus, les entreprises hésitent à recourir à l'arbitrage du fait, notamment, de son coût... On ne reviendra pas sur le fait que, calculés globalement, les coûts d'une procédure arbitrale ne sont finalement pas plus élevés que les coûts de procédures judiciaires si l'on prend en compte les coûts importants d'expertise judiciaire et les recours successifs rendant la procédure judiciaire interminable et très coûteuse.

Le débat n'est pas là. En revanche, le débat consiste à déterminer comment aider les entreprises à exercer leur droit de recours si elles n'en ont plus financièrement les épaules ou ne se sentent pas suffisamment solides économiquement pour supporter une procédure qui peut durer plusieurs années et engendrer des coûts conséquents ?

## **Quelle réponse, aujourd'hui, peut-on donner aux dirigeants hésitants ?**

Les solutions alternatives de règlement des honoraires au temps passé avec "success fees" n'étant parfois pas suffisantes pour convaincre d'aller à l'arbitrage, les avocats se penchent alors, de manière très récente en France, sur ces TPF qui font leur apparition... et sur lesquels il convient de lever "quelques" voiles.

## **Le Third Party Funding, c'est quoi ?**

Les TPF sont des "personne[s] (généralement une entreprise, dont le métier, est le financement) [qui] offre[nt] un service qui consiste dans le paiement de tout ou partie des frais du procès d'une autre personne, moyennant une rémunération". Cette nécessité de trouver des financements est apparue plus tôt dans les pays de common law, Australie puis États-Unis et Angleterre, où l'accès à la justice était plus cher et les class actions nombreuses. La France commence seulement à découvrir ces organismes financiers.

Ces TPF ne sont ni des assurances, ni des banques offrant des prêts. Ce sont des fonds créés pour financer des procédures et notamment les procédures arbitrales. Ils n'ont pas d'organisation uniformisée : alors que certains ne sont soumis à aucune régulation officielle, mais adoptent des "codes de bonne conduite", d'autres, comme la Française AM, sont régulés par l'AMF. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui rien n'interdit d'avoir recours à un TPF pour financer une procédure en France.

### **Le Third Party Funding : pour quoi faire ?**

Les TPF financent "tout ou partie des frais du procès [...]". Ainsi, ils vont prendre en charge les honoraires des conseils et arbitres, les frais d'audience et d'expertise, les frais administratifs de l'institution en cas d'arbitrage institutionnel, et de manière générale tous les frais relatifs à la bonne conduite de la procédure arbitrale. Ce service permet par conséquent aux PME qui ne peuvent pas ou ne veulent pas mobiliser des sommes importantes nécessaires à la procédure, mais également – aux grandes entreprises préférant conserver le cash pour leur développement –, d'avoir recours à l'arbitrage et donc de faire respecter leurs droits.

Par ailleurs, la mission du TPF ne s'arrête pas avec la mission des arbitres, c'est-à-dire, avec la notification de la sentence. Étant en principe rémunéré sur le montant réellement recouvré par le client et non sur le montant de la condamnation de la sentence, le TPF finance et participe également à l'exécution de la sentence si cette dernière n'est pas exécutée volontairement. Ce deuxième volet de sa mission, souvent moins abordé, est pourtant tout aussi important que le financement même de la procédure, car au final, ce qui importe pour le client, c'est d'obtenir l'exécution de la décision arbitrale et le paiement correspondant. Certains TPF proposent d'ailleurs de n'intervenir que pour l'exécution de la décision ou de la sentence, car malheureusement, dans de trop nombreuses affaires encore, certaines parties n'arrivent pas à faire exécuter leur décision ou sentence, notamment lorsqu'elles sont rendues à l'encontre d'un État ou devant être exécutées dans des pays peu favorables à l'arbitrage.

Ainsi, le principe du TPF semble favorable à l'arbitrage à deux égards : il permet d'ouvrir l'arbitrage à tous (ou presque) et d'en faciliter son exécution et donc sa finalité. Malgré ces atouts non négligeables, certains crient cependant à la spéculation sur la justice redoutant que l'arbitrage devienne le nouveau jouet de la finance ou encore dénoncent le risque de multiplications des procédures arbitrales abusives.

Si ces craintes sont légitimes, il convient cependant de garder à l'esprit le fondement même de l'arbitrage : la résolution des litiges. L'arbitrage a comme ultime finalité de permettre à des entreprises comme à des personnes physiques de faire respecter leurs droits. Or l'arbitrage a un coût, que personne ne peut nier, et ce coût ne doit pas permettre à une catégorie d'entreprises de violer des droits en toute impunité partant du postulat que leur cocontractant ne pourra pas financièrement supporter et donc engager une procédure arbitrale. Les TPF peuvent permettre de rétablir un certain équilibre : l'accès à l'arbitrage et à la justice pour les parties les plus faibles.

Certes, l'arbitrage a la particularité de naître de la volonté des parties. Ainsi, si en principe, les parties ont volontairement consenti à l'arbitrage et par conséquent à ses coûts inhérents, il faut cependant

être réaliste : ce risque financier n'a souvent pas été totalement pesé au moment de la signature de la clause compromissoire, voire parfois il a été imposé par le cocontractant. Par ailleurs, qui pourrait prétendre que souscrire à l'arbitrage, c'est aussi renoncer à son droit de recours à la justice en cas de difficultés financières ? Seules les entreprises "éduquées et financièrement stables" pourraient donc avoir recours à l'arbitrage ?

C'est en ce sens que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 a rappelé les principes généraux de l'accès à la justice et de l'égalité entre les parties en annulant une sentence qui avait annulé une demande reconventionnelle au motif du non-paiement de la provision relative à cette demande reconventionnelle, la partie étant en liquidation judiciaire.

Quant à la crainte de l'engorgement de l'arbitrage, c'est une fausse alerte : seuls les dossiers, dont les fondements, sont suffisamment solides, sont pris en charge par les TPF. Ainsi, la crainte de soumission de demandes d'arbitrages abusives doit être écartée.

### **Le Third Party Funding : comment ça marche ?**

Le TPF est un mécanisme purement contractuel et par conséquent, en principe, tout est négociable. Attention cependant, ce mécanisme n'est pas une cession de créances et en aucun cas, le TPF ne devient le créancier.

Le contrat de TPF est conditionné par la nature de l'affaire à financer, du montant de la demande, de la solvabilité du débiteur, de l'intégrité du demandeur, de la durée probable de la procédure... mais également du cabinet qui défendra les intérêts du client. Le rapport de couple, client/avocat, va indéniablement glisser vers un ménage à trois..., et ce dès le début de la procédure.

En effet, pour être acceptés par un TPF, le client et son conseil doivent déposer un dossier démontrant la solidité de l'affaire : fondements juridiques solides, quantification suffisamment justifiée et prouvée, aléa judiciaire très rassurant, stratégie procédurale courte, et solvabilité de la partie adverse suffisante pour que la sentence puisse être exécutée.

Le dossier déposé, chaque fonds se tourne vers son "comité de sélection", composé d'avocats, professeurs, magistrats qui vont rendre éligibles certains dossiers au financement de la procédure. Au regard des pratiques actuelles, il semble que pour être accepté, un dossier devrait permettre au TPF de recouvrer environ 4 fois son investissement.

Par la suite, les TPF vont être plus ou moins intrusifs dans la gestion de l'affaire : "Active" ou "Passive Funder". Pendant que certains TPF exigent de tout valider, mémoires, échanges de lettres, choix des témoins, questions à l'audience, d'autres estiment qu'ayant donné leur accord sur le cabinet d'avocats en charge de la procédure arbitrale, sa mission n'est pas d'intervenir, mais d'avoir seulement un reporting régulier. Cependant, Active ou Passive Funder, il est certain que, recourir à un TPF, signifie pour le conseil un travail supplémentaire alors que les TPF tendent à imposer leur rémunération au forfait...

Enfin, le paiement du TPF a lieu, en général, lors du recouvrement de la créance et non pas, lors de la notification de la sentence. La prise de risque et l'avance de fonds ont un coût et un coût important : au minimum, il faut compter 30 % de la créance, pourcentage qui peut aller jusqu'à 60 voire 70 % pour

certaines affaires. Ainsi, l'accès à la justice a un coût... mais, la différence essentielle est que grâce aux TPF, engager ou ne pas engager une procédure sera un choix du client et non une impossibilité financière.

Si les TPF constituent ainsi une avancée pour le développement de l'arbitrage, il convient cependant de rester attentif à la mise en œuvre, car il reste encore de nombreuses zones d'ombre qui nécessiteront d'être éclairées avec la pratique : le principe de la confidentialité, l'indépendance et l'impartialité des arbitres vis-à-vis des fonds, ce nouveau ménage à trois client/conseil/TPF qui s'annonce complexe, etc.