



THIRD PARTY FUNDING: A Q&A WITH BÉATRICE CASTELLANE, CABINET CASTELLANE AVOCATS



Béatrice Castellane, Avocat and International Arbitrator

Founder of the firm “Cabinet Castellane Avocats”^[*] and lawyer at the Paris Bar since 1983, Béatrice Castellane is an international arbitrator and former member of the Paris Bar Council. Counsel to both French and foreign companies, she participates in advisory boards and arbitrations, primarily in the fields of business and investment in cases related to mining and raw materials, telecommunications, aviation matters, agriculture and general trade matters. Active as both an arbitrator and lawyer in matters arising in Africa, Europe, Asia and the United States, Béatrice is particularly familiar with the practices and regulations of the ICC, OHADA CCJA, KLRCA and HKIAC as well as ad hoc arbitrations.

Madam Castellane

Litigation/arbitration can be costly. From the outset, a party must therefore consider whether it has the budget necessary to fund the litigation, whether or not it is bringing the litigation or defending it. This is less problematic for many larger companies who have the resources and indeed incentives, to adopt costly litigation strategies. However, for smaller/medium sized companies and individual Claimants, the costs of funding large or complex cases can put off even the most meritorious Claimant.

This is where third party funding (“TPF”) comes in. According to the International Bar Association Rules, a third party funder refers to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration^[1].

TPF is therefore akin to corporate finance. It aims to provide funds or indeed make funds available for either Claimants or Defendants, whether for the whole case or part of a case (e.g. in relation to specific applications such as security for costs, or for a whole case) or for a portfolio of cases. The idea being that the risk of losing and all that it entails is moved from the Claimant/Defendant to the TPF if the case is unsuccessful up to the limit of its agreed cover.

1. How does third party funding work? Do attorneys or clients seek funding through third party sources? Is it common for third parties to seek out cases to which they can contribute? Without violating any confidential attorney-client privilege, can you say if you have any personal

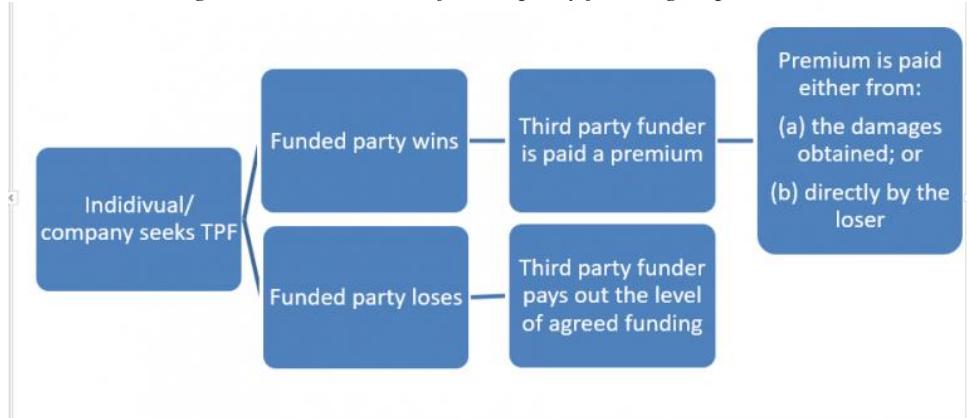
experience working with third party? If so, how did it affect your ability to act as counsel or arbitrator?

How does third party funding work?

The basic principal is that a third party funder agrees to make a certain amount of money available in view of a particular claim/claims. This money can be used to fund all/part of a case or funds can simply be ringfenced for future use (i.e. made available in the event needed, for example, if there are any adverse costs orders to be met).

- **If the funded party wins its case**, so does the third party funder – a “premium” will usually become payable to the third party funder. The premium is in effect a percentage to be paid to the third party funder calculated on the amount of damages recovered. The premium is either payable by the funded party from its damages, or may be recovered directly from the losing party.
- **If the funded party loses**, so does the third party funder – in this case the third party funder is required to pay out the funds agreed to cover the costs/damages of the adverse party. Often however, TPF only provides limited funds. Thus, when the TPF is insufficient to cover adverse costs, the remainder must be sought from the losing party directly. In the case of impecunious losers, this inevitably means that such costs may never be recovered.
- **Who are the third party funders?** Third party funders are effectively investors and can therefore be any entity willing to provide funding for a case. Some countries have associations of third party funders and it is often advisable to use a third party funder who is a member of such an association. This is because there is relatively little legislation to regulate TPF and such associations often have codes of conduct, complaints procedures and clear guidance on the funder/client relationship which helps to protect parties using TPF^[2].

Figure 1: Illustration of third party funding in practice



How is third party funding obtained?

- The process begins when the TPF is presented with details of the case for which funding is sought. In order to secure funding, the TPF will need to be convinced that the case it is presented with has realistic prospects of success (circa 60% or more) and that it can recover its costs if it wins, from either the client's damages or its adversary.
- Each request for TPF will therefore be subject to a number of internal checks by the funder. Such checks may include an internal review of the case's prospects of success, the amount sought, the assets of the adversary and where such assets are located, the identity of the party requesting the funding and the firm who represents them.

- Once the prospects of success have been determined, the third party litigation funder will agree to a certain level of cover, in exchange for a premium that will be paid to it at the end of the case in the event the funded party is successful. The cover may be for the whole claim or for a certain aspect of the case, such as to cover an order for security for costs^[3]. Depending on the rules of the jurisdiction, the premium may be recovered from the adversary as costs or may be deducted from the damages obtained by the successful party.

Do attorneys or clients seek funding through third party sources? Is it common for third parties to seek out cases to which they can contribute?

- In practice, lawyers arrange litigation/arbitration funding, rather than the client. This is appropriate as to arrange such funding, the third party litigation funder must be convinced as to the realistic prospects of success. A company/individual facing litigation is unlikely to have an impartial point of view as to its case. Therefore lawyers tend to be best placed to convince third party funders to back a case, not least because they have experience of similar cases and are best placed to assess the probable prospects of success.
- Indeed, more often than not, lawyers build up a relationship with a preferred third party litigation funder. This may result in the third party litigation funder being more willing to invest or even increase the cover if necessary during the course of the litigation/arbitration. This does not, however, prevent third party funders from contacting firms directly. Ultimately third party funders are investors who are seeking to make investments and therefore advertise and contact firms to propose their services. As the premiums may be paid from any damages obtained, it is nevertheless important for lawyers arranging cover to ensure they obtain competitive rates which are, above all, in their client's best interests.

Without violating any confidential attorney-client privilege, can you say if you have any personal experience working with third party? If so, how did it affect your ability to act as counsel or arbitrator?

- When acting as counsel using TPF, doing so creates additional work in some respects. This is because lawyers are required to update the funder regularly as to the progress of the dispute. Following on from this, any judgments or key developments must also be notified to the funder immediately according to the terms of the funding arranged. The updates are commonly the most challenging aspect; third party funders are not lawyers and may not fully understand the intricate nature of complex litigation which can make such updates a delicate and time consuming matter.

2. How does the International Chamber of Commerce view third party funding? Has the organization enacted any regulations to address third party funding? If so, when did the ICC begin to address the issue of third party funding?

I am not aware of any *rules* being enacted in response to TPF arrangements although in 2014 the ICC published what was described as practical guidance on third party funding. The guidance contains definitions and ethical considerations amongst other things. The ICC therefore recognises the expansion of this area and the importance of arbitrators understanding the same.

I can't comment on the view of the ICC itself but from my point of view, TPF seems to be a way of facilitating litigation/arbitration for a variety of business structures and commercial reasons. In any event, the continued growth of this area in a difficult market is somewhat inevitable internationally and so we must adapt to the same. Today obtaining such funding certainly doesn't mean someone is in financial difficulty, and the disclosure of such a funding arrangement by a party wouldn't therefore have any impact on the impartiality of the arbitrator.

Nevertheless, in my opinion the existence of a TPF arrangement should be disclosed at the outset of an arbitration by the parties, in order to enable an arbitrator to declare whether any potential conflicts of interest may exist (in the event that the arbitrator has an interest in the fund).

3. **Given the current status of international arbitration and the rising costs of seeking a private resolution, third party funding appears to be a new reality for this sector of law. While Anglo-Saxon countries generally accepted third party funding and have already begun gaining experience in the process, continental countries seem to view third party funding with more hesitation. What is your opinion of the concern that this could be a possible hindrance to international arbitration on a truly global scale, creating a divide between international practices?**

When it comes to litigation, the true divide is the one created by an inequality of funds and resources. Litigation funding is an important resource which permits parties to redress the balance and should, therefore, be encouraged. It also allows parties to obtain tailor made finance according to the needs of a particular case. For example in arbitration, TPF may be used not only for the arbitration costs but also in the enforcement of arbitral awards^[4].

The increasing trend of using third party funders was noted by a funder recently: “*Another change driving capital deployment is the funding of international arbitration. It was relatively unknown in 2012, whereas now it makes up roughly 50 per cent of our business and is the fastest growing area for our industry.*”^[5] In England and Wales, litigation funding is not only generally accepted, but is also on the rise not least as a result of the Jackson reforms (which for example limited the recoverability of success fees and reduced the availability of legal aid). There is also a trend at present for group actions and in such cases, TPF can be an important means of funding such complex and often costly claims.

According to recent figures, investments in litigation in the UK increased by more than 25% in the UK during the past year with research suggesting that third party funder litigation funders committed £723m to legal claims in 2016^[6]. Additionally, it is also said that large corporates are also increasingly using litigation funding as pressure grows on legal budgets^[7]. Using such a model of funding undoubtedly avoids tying up cashflow for a business for significant periods of time and indeed avoids companies/individuals risking their own resources with third party funders being prepared to make that longer-term investment.

Nevertheless, as you have rightly noted, TPF is viewed with more reticence in France. Although third party funding was created in 1990 in Australia before spreading to America and the UK^[8], it was not until 2006 that French courts were confronted with the issue^[9]. Indeed in 2013, only a dozen or so companies offered TPF on the French market sharing approximately 90% of the market with the majority of these being foreign^[10].

From an ethical perspective, there is concern amongst practitioners in France that a breach of the *secret professionnel* may occur when divulging privileged information to the funder, even if the client authorises such a communication^[11]. In arbitrations conducted under French law, there is also some concern as to whether any form of disclosure obligation (whereby the parties would be required to disclose the existence of TPF) should exist. The worry however, is that should there be a requirement to disclose such funding arrangements by default, that this could lead to an increase of procedural issues during the case such as applications to disclose terms of the funding which have indeed been encountered by English courts^[12]. This would increase both costs and delays which French courts are keen to avoid.

The existence of TPF arrangements may also lead to concerns regarding the arbitrator’s independence. It goes without saying that arbitrators must be independent and must, therefore, disclose any potential conflicts of interest. If the existence of a TPF arrangement is not disclosed by the parties to the arbitration, this may lead to the arbitrator’s recusal despite proceedings having

already started. In the most extreme scenario, it may also lead to applications to set aside the arbitrator's award. On this basis, one could reasonably assume that the onus is on the parties to inform the arbitrator of the existence of a TPF arrangement. This is arguably in their interest given that it reduces the prospect of applications to set aside the arbitral award. This issue is considered by the ethical code of conduct provided by the French Arbitration Association ("AFA") which notes that the existence of TPF arrangements should be disclosed by parties, that the third party funder should avoid to put the arbitrator in a position of conflict and should also not be involved in the selection of the same[13].

The key therefore in international arbitration, irrespective of a party's legal culture, is to provide arbitrators with sufficient information so as to enable them to act independently.

4. **During my summer at your Paris office, you attended a conference in Singapore, which is a rising hotspot for international arbitration. Currently, in Singapore, proposed Civil Law (Amendment) Bill 2016 will allow third-party funding of international commercial arbitrators and also provides regulations for funders. This bill specifically requires third party entities to meet certain criteria before being allowed to act as funders. It also says lawyers may not refer funders to their clients if they receive a financial benefit from the introduction or referral. Are these regulations similar to those that are already in place in other countries? Does the creation of bills in different countries addressing third party funding create a problem for international arbitration organizations, like the ICC? How will the ICC have to adjust current practices to meet the standards of the country in which the arbitration takes places?**

Singapore and Hong Kong are two of the fastest growing arbitration seats in the world. However, while TPF is generally on the increase in litigation/arbitration, it remained illegal in these jurisdictions. Singapore's Ministry of Laws recognised that to remain competitive with other jurisdictions where TPF was permitted, it would have to consider allowing TPF arrangements. Similarly, the Law Reform Commission of Hong Kong also recommended that TPF be permitted and recommended that ethical and financial standards for the same be developed[14]. It seems therefore that legislation will be introduced with the aim of abolishing barriers to arbitration funding and introducing light touch regulation[15]. Turning to legislation in place in other countries, there is no standard approach to legislating (or not) on TPF. For example, there are at present no plans to regulate third party funders in England and Wales albeit contracts relating to TPF can be struck down if contrary to public policy, illegal or otherwise improper[16].

As long as a TPF arrangement is made in accordance with the rules of the procedure encompassing the arbitration, I do not envisage it being a problem for ICC arbitrations. TPF arrangement are seemingly recognised in Hong Kong, New Zealand, Russia, Germany, Austria, the Czech Republic and Spain in addition to Australia, America and the UK. Whilst not expressly recognised they are said to be permitted in countries such as India, Japan, Vietnam, Belgium, Switzerland, France and Italy [17]. In my opinion, parties must be mindful of ensuring, in my view, that their funding arrangements are therefore permissible in the context of the arbitration.

With regards to lawyers receiving referral fees for TPF arrangements it is easy to see why the receipt of such referral fees may be seen to impact the impartiality of the instructing lawyer. Nevertheless, it is key to understand that all actions of a lawyer must be taken in their client's best interest which includes making funding arrangements.

5. **Third party funding is a relatively new practice with many logistical unknowns. On a global scale, the development of investments of third-party funders in law firms is controversial. Many worry about the potential for third-party funders, who often have no legal education, being partners in law or even creating law firms. Based on your experience, do you see this**

worry as a valid concern for international arbitration? What potential problems could arise from nonlawyers partnering with law firms?

TPF has existed for some time but its use is becoming more and more widespread in some countries. Legal funders such as Burford are now even listed on London's AIM market providing a strong indication of success in this sector. Third party funders are ultimately investors who provide specific finance in the legal sphere as returns are often more generous than on the stock market. However, this doesn't make them lawyers. The niche, specialist services they provide are a long way from being compatible with opening or partnering with a law firm. This is not least the case as lawyers are required to act in their clients' best interests at all times and such actions may not be compatible with the strategy of a TPF. For example, some TPFs may aim to achieve the speedy resolution of cases as opposed to financing longer cases, even if the result could be less favourable for the client.

6. Some scholars have proposed that third party funding arrangements be disclosed in official international arbitration paperwork? From your experience as an arbitrator, how would that affect your view of a case? Could disclosing third party funding create a bias against either party of the arbitration case?

From my point of view, the disclosure by parties of the existence of TPF in official international arbitration paperwork would be useful. Firstly, it would allow those who face litigation involving TPF to assess the full potential extent of their liability should the premiums be recoverable. Indeed, some TPF arrangements include incremental staged premiums which increase according to key stages of the litigation being reached (e.g. upon issue of the claim or once the matter reaches trial). Understanding when staged premiums take effect may in fact encourage early negotiation with an adversary looking to save costs on a case it anticipates losing. Secondly, the disclosure of such arrangements allows arbitrators to verify their independence.

The disclosure of TPF may however result in the adversary being keen to know the contents of the litigation funding documentation. Full disclosure of such documentation is controversial. It reveals the lawyer's assessment of the prospects of success, key risks, the calculation of the premiums and most importantly, the litigation strategy. For this reason, it is often argued that such documentation should be treated as privileged and should not be disclosed to the adversary. That is not to say that certain key elements should not be made known to the adversary. The breakdown of litigation funding is important in the event that the cover is staged or if part of the cover is reserved for the payment of the instructing lawyers' disbursements – what realistically remains once such disbursements have been reimbursed?

In terms of any bias, the mere fact that a party has obtained TPF is unlikely from my point of view, to cause any bias to arbitrators. On the contrary, should any bias be possible, the arbitrator would immediately be required to recuse himself/herself.

Questions By Charlotte Smith

[†] <http://www.cabinet-castellane-avocats.fr/en/>

[1] Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014), Explanation to General Standard 6(b)

[2] See for example, The Association of Litigation Funders, <http://associationoflitigationfunders.com/> or the Charter of Ethics of the French Arbitration Association http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/05/Charte_ethique_de_la-Federation_des_Centres_d-Arbitrage.pdf

[3] The evolution of litigation finance, Burford Capital, <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/01/Corporate-finance-and-litigation-funding-Issue-3-FINAL-sm.pdf>

[4] Le Third Party Funding: atout ou danger? Table ronde "wake up (with) arbitration!", Cahiers de l'arbitrage, 01/04/2013, n°2, p. 527

- [5] Litigation funding report: Broader appeal, 6 June 2016, <https://www.thelawyer.com/issues/6-june-2016/litigation-funding-report-broader-appeal/>
- [6] Litigation funder launches \$200m US investment vehicle, The Law Society Gazette, 15 February 2017
- [7] Litigation funding report: Broader appeal, 6 June 2016, <https://www.thelawyer.com/issues/6-june-2016/litigation-funding-report-broader-appeal/>
- [8] Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français, Revue des sociétés 2012, p. 279
- [9] Versailles, 1 juin 2006, Véolia Propreté c/ Foris AG
- [10] Third party funding —Financement du procès par les tiers, LexbaseHebdo édition professions n°207du7 janvier 2016
- [11] Commentary: French Think Tank Releases Noteworthy Report on Third Party Litigation Funding, Cahiers de l'arbitrage, 01/12/2014, n°4, p. 687
- [12] *Pedro Emiro Florez Arroyo and Others and BP Exploration Company (Colombia) Limited (OCENSA PILPELINE GROUP LITIGATION)* [2010] EWHC 1643 (QB)
- [13] Op Cit, Charter of Ethics of the French Arbitration Association, Article 6
- [14] Singapore and Hong Kong open their doors to arbitration funders, 21 July 2016, <http://blogs.lexisnexis.co.uk/dr/singapore-and-hong-kong-open-their-doors-to-arbitration-funders/>
- [15] MoJ not minded to regulate third-party litigation funding, 25 January 2017, <https://www.lawgazette.co.uk/law/moj-not-minded-to-regulate-third-party-litigation-funding/5059536.article>
- [16] Op cit, Singapore and Hong Kong open their doors to arbitration funders
- [17] Les « nouveaux » coûts dans l'arbitrage international, Cahiers de l'arbitrage, 01/10/2013, n°4, p. 899



THIRD PARTY FUNDING¹ : Q&R DE BÉATRICE CASTELLANE, CABINET CASTELLANE AVOCATS



Béatrice Castellane, AVOCAT et ARBITRE INTERNATIONAL Fondatrice du Cabinet CASTELLANE AVOCATS et avocate d'affaires inscrite au barreau de Paris depuis 1983, Béatrice Castellane est un arbitre international et ancien membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris (2004-2007). Conseil de sociétés françaises et étrangères, elle est intervenue en qualité de conseil ou d'arbitre dans de nombreuses affaires principalement commerciales et d'investissements dans les domaines des matières premières et minières, des télécommunications, du transport aérien, de l'agriculture et du négoce d'une manière générale. Agissant en qualité d'arbitre dans des cas impliquant des parties en Afrique, en Europe, en Asie et aux Etats-Unis, elle est particulièrement familière de la pratique des règlements d'arbitrage ICC, OHADA CCJA, KLRCA et HKIAC notamment, ainsi que des arbitrages ad hoc.

Tout procès qu'il soit judiciaire ou arbitral a un coût. Une partie à un litige peut donc évaluer de prime abord, si elle a, ou non, le budget nécessaire pour financer le contentieux, si elle peut ou non elle introduire une demande en justice ou se défendre. La question du financement du contentieux est moins problématique pour des grandes structures qui ont les ressources et une politique de financement conséquente pour les litiges auxquelles elles doivent éventuellement faire face. Cependant pour les petites structures ou les structures de taille moyenne, les individus, le coût du financement de cas complexes peut décourager le demandeur le plus méritant.

C'est à ce niveau que les Tiers Financeurs (TF), en anglais « Third Party Funding » ou TPF interviennent. Selon la définition résultant des lignes directrices de l'International Bar Association, le « Third Party Funder » est toute personne ou entité qui contribue financièrement ou matériellement à

¹ Financement de l'arbitrage par les tiers

la poursuite ou à la défense d'une affaire et qui y a un intérêt économique direct, ou l'obligation d'indemniser une partie après le prononcé de la sentence².

Le « TPF » s'apparente au financement d'entreprise. Sa finalité est de mettre à disposition d'une partie à l'arbitrage des fonds nécessaires pour tout ou partie du contentieux (exemple l'obtention d'une garantie pour couvrir les frais de l'arbitrage « security for costs », ou le financement de tous les frais du procès) ou d'un portefeuille de procédures. L'idée sous-jacente derrière cette pratique est que le risque avec toutes ses conséquences est transmis au tiers financeur dans la limite de ce qu'il a accepté de couvrir.

1. Comment fonctionne le mécanisme du « Third Party Funding » ? Comment procèdent les conseils et leurs clients pour accéder au financement par les tiers ? Les « Third Party Funding » recherchent-ils eux-mêmes les affaires à financer ? Sans violer le principe de confidentialité, êtes-vous déjà intervenu dans un litige financé par des tiers ? Dans l'affirmative cela a-t-il affecté votre rôle en qualité de conseil ou d'arbitre ?

a) Comment fonctionne le mécanisme du « Third Party funding » ?

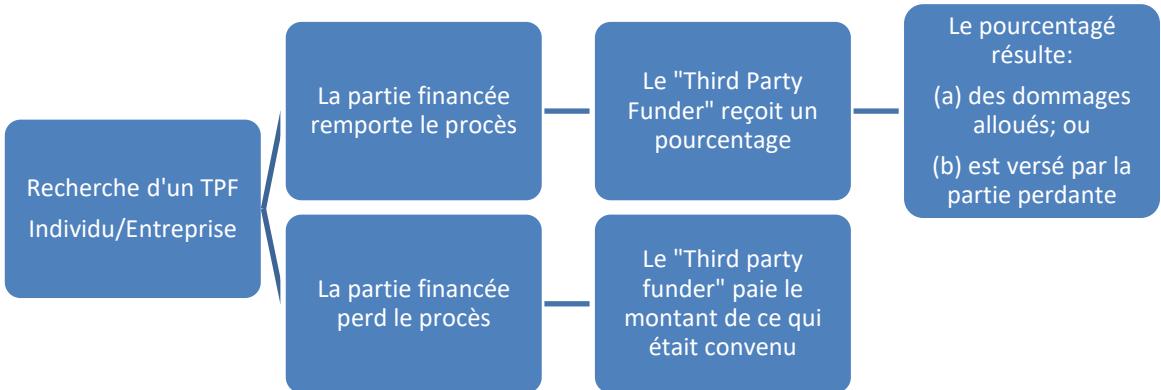
Le principe de base est que le « Third Party Funder » accepte de mettre à disposition une somme d'argent pour un litige donné. La somme allouée permet de financer tout ou partie de l'affaire ou peut être affectée à un usage futur ; en d'autres termes, l'argent est disponible en tant que de besoin, par exemple pour couvrir des frais de procédure.

- **Si la partie financée a gain de cause,** alors un “pourcentage” est dû au « Third Party Funder ». Ce pourcentage est calculé sur le montant des dommages alloués et peut être directement payé par la partie financée au Tiers Financeur ou être recouvré directement auprès de la partie qui a perdu le procès.
- **Si la partie financée perd le procès,** alors le « Third Party Funder » devra verser les coûts des dommages dus à la partie adverse. Mais dans la plupart des cas, les « Third Party Funder » limitent leur engagement. Dès lors, lorsque le financement du TPF est insuffisant pour couvrir les frais dus à la partie adverse, le reliquat devra être réglé directement par la partie condamnée. Lorsque la partie condamnée est insolvable, le risque de non recouvrement des coûts restant dus est considérable.
- **Qui sont les « Third Party Funder » ?** Les « Third Party Funder » sont en général des investisseurs. Il peut également s'agir de toute entité acceptant d'accorder un financement au soutien d'une affaire. Il existe des associations de « Third Party Funder » dans certains pays qui appliquent des codes de conduite, d'éthique et des lignes directrices sur la relation « Third Party Funder » /client et il est recommandé de choisir un « Third Party Funder » qui soit membre de l'une d'elles, la pratique étant encore faiblement réglementée³.

² Lignes directrices de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts, 2014, Explication des standards généraux, 6(b)

³ Voir par exemple, The Association of Litigation Funders, <http://associationoflitigationfunders.com/> or the Charter of Ethics of the French Arbitration Association, http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/05/Charte_éthique_de_la-Fédération_des_Centres_d-Arbitrage.pdf

Figure 1: Illustration du mécanisme “Third Party Funding”



b) Comment s’obtient le « Third Party Funding »?

- i. L’intervention du TPF commence par l’étude détaillée du dossier pour lequel le financement est requis. Le TPF n’accorde le financement (généralement autour de 60%) que s’il est convaincu des chances de succès de l’affaire qui lui est présentée, et qu’il pourra, en cas de succès, recouvrer les frais soit directement chez la partie financée, soit chez l’adversaire de celle-ci.
- ii. Chaque demande de financement fait l’objet de vérifications internes par le « Funder ». Ces vérifications consistent à examiner le mérite de la demande, à évaluer les montants demandés, la possibilité de recouvrement éventuel notamment par la localisation du lieu de situation des actifs de l’adversaire, la personnalité de la partie demanderesse et de son avocat.
- iii. Une fois les chances de succès déterminées, le TPF accepte de couvrir le litige à hauteur d’un montant global limité et prédéterminé dans le contrat, en contrepartie d’un pourcentage qui lui sera versé en fin de procédure, si la partie financée obtient gain de cause. Le TPF peut s’engager à couvrir l’ensemble des frais relatifs au procès ou seulement ceux correspondants à certains aspects du procès, notamment la garantie pour couvrir les frais d’arbitrage⁴. Suivant la décision du tribunal, le pourcentage dû au TPF lui sera directement versé par l’adversaire sous forme de frais ou sera déduit des dommages alloués par le tribunal à la partie financée.

c) Les Conseils et Parties trouvent-ils les « Third Party Funding » sur les sites référencés ? Est-il courant pour les « Third Party » de rechercher des affaires qu’ils peuvent financer ?

En pratique, le TPF est davantage organisé par les conseils que par les clients. Les conseils présentent ainsi au TPF les chances de succès de l’affaire. En effet, il est peu probable qu’une société ou un individu qui fait face à un procès ait le recul nécessaire. Les conseils apparaissent dès lors mieux placés pour convaincre les TPF d’accepter une affaire non seulement parce qu’ils peuvent avoir de l’expérience pour être intervenus dans des cas similaires, mais surtout parce qu’ils sont les mieux placés pour déterminer les chances de succès éventuel de l’affaire.

Dans la majorité des cas, les avocats sont en relation avec des TPF, ce qui en pratique peut amener ces derniers à être plus disposés à investir ou même à augmenter la couverture si cela s’avère nécessaire

⁴ The evolution of litigation finance, Burford Capital, <http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/01/Corporate-finance-and-litigation-funding-Issue-3-FINAL-sm.pdf>

en cours de procédure. L'existence de ces réseaux conseils/TPF n'empêche cependant pas les TPF de contacter les cabinets directement. Les TPF sont en effet des sociétés d'investissement qui recherchent des opportunités d'investissement. Ils procèdent donc par voie publicitaire et contactent directement des cabinets d'avocats pour leur proposer leurs services. Etant donné que le TPF obtient un pourcentage sur le montant des dommages obtenus, il est important que les avocats qui négocient le contrat de financement s'assurent d'obtenir un taux compétitif, du moins, un taux dans le meilleur intérêt de leur client.

- d) Sans violer le principe de confidentialité, êtes-vous déjà intervenu dans un litige financé par des TPF ? Dans l'affirmative cela a-t-il affecté votre rôle en qualité de conseil ou d'arbitre ?

L'expérience démontre que l'intervention d'un TPF crée une charge de travail additionnelle pour le conseil. En effet, il doit faire des comptes rendus permanents au « Funder » sur l'évolution de l'affaire. Toute décision ou développement décisif sur l'affaire doit être notifiée au « Funder » immédiatement suivant les termes du contrat de financement. L'information régulière du Tiers Financeur est l'aspect le plus délicat. Les TPF sont en général des non-juristes qui ne comprennent pas toujours la complexité du litige, ce qui rend cette information permanente délicate, mais la fait surtout apparaître comme une charge de travail supplémentaire. Le rôle de l'arbitre est le même avec ou sans TPF.

2. Comment la Chambre de Commerce Internationale perçoit-elle les « Third Party Funding » ? L'organisation a-t-elle édicté des règles en la matière ? Dans l'affirmative depuis quand a-t-elle commencé à s'intéresser à la question des « Third Party Funding » ?

Il n'existe pas à ma connaissance des règles édictées par la Chambre de Commerce internationale sur les TPF à l'exception d'un guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers publié en 2014. Le guide contient entre autres des définitions et des considérations éthiques sur le Financement de l'arbitrage par les Tiers. La CCI reconnaît par conséquent le développement du phénomène et l'importance pour les arbitres d'en prendre conscience.

Il ne m'appartient pas de commenter cette question à la place de la CCI. Mon point de vue personnel est que le financement par les Tiers est un moyen qui facilite l'accès à la justice pour bon nombre de structures qui ne sont parfois pas en mesure de financer leur procès. En tout état de cause, l'évolution de ce domaine est continue et inévitable dans un environnement économique difficile ; nous devons par conséquent nous y adapter. Cela étant, le recours au financement par un Tiers ne signifie pas nécessairement que la partie financée connaît des difficultés financières ; la révélation d'un contrat de financement par une partie ne doit pas remettre en cause l'impartialité de l'arbitre.

De mon point de vue l'intervention d'un TPF doit être divulguée par les parties dès le début de l'arbitrage, afin de permettre au Tribunal arbitral de révéler s'il existe un conflit d'intérêt potentiel (Dans le cas où l'arbitre où son cabinet intervientrait par exemple dans une affaire financée par un TPF qui a procuré des fonds à une partie à l'arbitrage).

3. Compte tenu de la place actuelle de l'arbitrage international et des coûts qu'engendre la recherche d'une solution privée à un litige, le « Third Party Funding » apparaît comme une nouvelle réalité dans ce secteur du droit. Alors que les pays anglo-saxons ont accepté la pratique du financement par les Tiers et gagnent en expérience dans cette procédure, les pays continentaux la perçoivent encore avec une certaine hésitation. Que pensez-vous du fait que cette attitude peut constituer un obstacle dans l'arbitrage international à une échelle globale, entrainant notamment un clivage dans les pratiques internationales ?

En matière de contentieux le vrai clivage est celui créé par une inégalité de fonds et de ressources. Le financement du contentieux par un tiers est une ressource importante qui permet aux parties de redresser la balance et devrait pour ce faire être encouragé. Il permet également d'obtenir un financement adapté aux besoins d'une affaire particulière. Dans l'arbitrage par exemple, le financement par un tiers peut couvrir non seulement les frais de la procédure arbitrale, mais aussi ceux relatifs à l'exécution de la sentence arbitrale⁵.

La croissance exponentielle du Financement par les Tiers a été récemment relevée par un « Funder » : *“Le déploiement d'une nouvelle forme de circulation du capital est le financement de l'arbitrage par les Tiers. Pratiquement inconnu en 2012, il constitue aujourd'hui 50% de notre marché et constitue un des secteurs de notre industrie qui connaît une progression fulgurante.”*⁶ En Angleterre et au pays de Galles, le Financement du procès par les Tiers n'est pas seulement accepté mais aussi en constante évolution du moins depuis la réforme sur les coûts en matière de procédure civile en Angleterre « Jackson reforms » (qui a par exemple limité le recouvrement des honoraires de résultat « success fees » et réduit l'accessibilité à l'aide légale à la justice). Il existe également une tendance pour les actions de groupe et dans ce cas, le TPF peut être un moyen de financer des contentieux complexes et généralement coûteux.

Selon des chiffres récents, l'investissement en matière de contentieux en Grande-Bretagne a augmenté de plus de 25% en 2016⁷. Par ailleurs, il est aujourd'hui reconnu que les grandes entreprises utilisent considérablement le financement par les Tiers comme moyen de pression sur le budget légal affecté à la justice⁸. L'utilisation de ce type de financement leur évite indiscutablement de mobiliser leur trésorerie pendant des périodes significatives et d'éviter ainsi le risque d'exposer leurs propres ressources, les « Third party funders » étant pour leur part préparés à des investissements à long terme.

Toutefois, ainsi que vous l'avez noté à juste titre, il y a encore une certaine réticence dans la pratique du TPF en France. Alors que la pratique du TPF est née en Australie dans les années 90, avant de s'étendre aux Etats Unis et en Grande Bretagne⁹, ce n'est qu'en 2006 que les juridictions françaises ont connu la première affaire relative à un contrat de financement par un Tiers¹⁰. En 2013, seules une douzaine d'entreprises offraient des services de financement par les Tiers sur le marché français, se partageant approximativement 90% du marché avec une majorité d'entreprises étrangères¹¹.

D'un point de vue éthique, la question de la rupture du secret professionnel de l'avocat si celui-ci doit révéler des informations essentielles au « Funder », même avec l'accord de son client¹² se pose. Pour les arbitrages ayant lieu sur le fondement du droit français de l'arbitrage, la question se pose de savoir si une obligation de révélation de l'intervention du Tiers doit exister (obligation contraignant les Parties à révéler l'existence d'un TPF). On peut cependant redouter que l'obligation de révéler les

⁵ Le Third-Party Funding: atout ou danger? Table ronde “wake up (with) arbitration!”, Cahiers de l'arbitrage, 01/04/2013, n°2, p. 527

⁶ Litigation funding report: Broader appeal, 6 June 2016, <https://www.thelawyer.com/issues/6-june-2016/litigation-funding-report-broader-appeal/>

⁷ Litigation funder launches \$200m US investment vehicle, The Law Society Gazette, 15 February 2017

⁸ Litigation funding report: Broader appeal, 6 June 2016,
<https://www.thelawyer.com/issues/6-june-2016/litigation-funding-report-broader-appeal/>

⁹ Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français, Revue des sociétés 2012, p. 279

¹⁰ Versailles, 1 juin 2006, Véolia Propreté c/ Foris AG

¹¹ Third-Party Funding - Financement du procès par les tiers, Lexbase Hebdo édition professions n°207du7 janvier 2016

¹² “French Think Tank Releases Noteworthy Report on Third Party Litigation Funding”, Cahiers de l'arbitrage, 01/12/2014, n°4, p. 687

contrats de financement par défaut conduise à multiplier les procédures durant le cours du procès, notamment celle de révéler les termes du contrat de financement ; les juridictions anglaises ont en l'occurrence été confrontées à un tel scénario¹³. La conséquence serait une augmentation des coûts et des délais, ce que les juridictions françaises cherchent à éviter.

L'intervention d'un TPF entraîne aussi des préoccupations quant à l'indépendance de l'arbitre. Il va sans dire que les arbitres doivent être indépendants et doivent, dès lors, révéler tout conflit d'intérêt potentiel. L'intervention d'un TPF est de nature à porter atteinte à l'indépendance de l'arbitre et conduire à sa récusation, alors que la procédure a déjà commencé. La remise en cause de l'indépendance de l'arbitre peut même conduire, dans le pire des scénarios, à l'annulation de la sentence arbitrale. C'est la raison pour laquelle certains plaident pour que la participation d'un TPF à la procédure fasse l'objet d'une révélation en toutes circonstances. Cette révélation est faite dans l'intérêt de la partie financée et du TPF en ce qu'elle réduit considérablement la probabilité d'annulation de la sentence arbitrale. La révélation en toutes circonstances est prescrite par le code éthique de l'Association Française d'Arbitrage ("AFA") qui stipule que tout financement par un Tiers doit être révélé par les parties, le « Third Party Funder » doit éviter de placer les arbitres en situation de conflit d'intérêt. Il doit éviter toute intervention dans le choix des arbitres¹⁴.

Dès lors, l'important, en matière d'arbitrage international, indépendamment de la culture juridique de chaque partie, est de fournir aux arbitres des informations suffisantes afin de leur permettre d'agir en toute indépendance.

4. Durant mon stage d'été dans votre cabinet à Paris, vous avez participé à une Conférence à Singapour, qui est l'une des places montantes de l'arbitrage international. Il existe actuellement un projet d'amendement du Code civil qui a été proposé en 2016. Ce projet d'amendement ambitionne d'autoriser le Financement par les Tiers dans l'arbitrage international et de mettre en place une réglementation pour les TPF. Cette loi requiert des TPF certaines conditions afin d'être autorisés à intervenir en cette qualité. Elle prévoit également que les conseils ne devraient pas présenter à leurs clients des TPF potentiels s'il s'avère notamment qu'ils reçoivent en retour une contribution financière du fait de cette introduction. Cette réglementation est-elle similaire à celle déjà en place dans d'autres pays ? La mise en place d'une réglementation différente par pays relative à la question des TPF est-elle problématique pour les organisations internationales comme la CCI ? Comment la CCI pourrait-elle ajuster les pratiques actuelles pour conserver les exigences du pays dans lequel l'arbitrage se déroule ?

Singapour et Hong Kong sont deux places d'arbitrage qui évoluent rapidement. Toutefois, le Financement du procès par les Tiers reste encore inconnu dans le paysage judiciaire de ces pays. Le Ministre de la Justice de Singapour a reconnu que pour demeurer compétitifs avec d'autres places où le Financement par les Tiers est autorisé, Singapour devrait sérieusement envisager l'acceptation de cette pratique. De manière similaire, la Commission de réforme des lois de Hong Kong a recommandé l'autorisation du Financement par les Tiers et le développement des standards éthiques et financiers relatifs à cette pratique¹⁵. Il est donc fort probable qu'une réglementation allégée soit en passe d'être

¹³ *Pedro Emiro Florez Arroyo and Others and BP Exploration Company (Colombia) Limited (OCENSA PILPELINE GROUP LITIGATION)* [2010] EWHC 1643 (QB)

¹⁴ Art. préc. Charte Ethique des Fédérations de Centres d'Arbitrage, Article 6

¹⁵ Singapore and Hong Kong open their doors to arbitration funders, 21 July 2016, <http://blogs.lexisnexis.co.uk/dr/singapore-and-hong-kong-open-their-doors-to-arbitration-funders/>

adoptée avec pour objectif d’abolir la barrière du Financement de l’arbitrage par les Tiers¹⁶. S’agissant de la réglementation en place dans les autres pays, il faut dire qu’il n’existe pas de standard sur la manière de légiférer sur la question. A titre d’exemple, il n’existe aucun projet sur la réglementation des TPF en Angleterre et au pays de Galles, même si les contrats relatifs au TPF peuvent être invalidés s’ils sont contraires à l’ordre public, illégaux ou à tout le moins imprévisibles¹⁷.

Aussi longtemps que le TPF respectera les règles de procédure d’arbitrage, il est difficile d’imaginer qu’un problème relatif à cette pratique puisse se poser dans les arbitrages CCI. La pratique du TPF est, en plus des Etats Unis et de la Grande Bretagne, apparemment reconnue à Hong Kong, en Nouvelle Zélande, en Russie, en Allemagne, en Australie, en République Tchèque et en Espagne. Bien que non officiellement reconnue, elle est admise en Inde, au Japon, au Vietnam, en Belgique, en Suisse en France et en Italie¹⁸. De mon point de vue, les parties doivent s’assurer que leurs contrats de financement sont autorisés dans le lieu où se déroule leur arbitrage.

Concernant les avocats/conseils qui reçoivent une commission pour avoir facilité le Financement par un Tiers de leur client, il est à noter que cette commission est souvent perçue comme ayant de l’influence sur l’impartialité de l’avocat par rapport à son client. Néanmoins, il est important de comprendre que l’avocat agit dans l’intérêt de son client, ce qui peut signifier négocier le TPF pour celui-ci.

5. Le TPF est une pratique nouvelle à plusieurs inconnues. Sur une échelle globale, le développement des investissements tel qu'il résulte de la pratique du TPF est controversé. Plusieurs préoccupations ont été soulevées à propos du profil des « Third Party Funder » qui n'ont pas en général une formation juridique, deviennent associés dans des cabinets d'avocats et créent même leurs propres cabinets juridiques. En vous appuyant sur votre expérience, cette préoccupation vous paraît-elle essentielle en matière d'arbitrage international ? Quels sont les problèmes potentiels qui peuvent survenir lorsque des non-juristes s'associent avec des cabinets d'avocats ?

La pratique du TPF existe depuis un certain temps, mais se développe de plus en plus dans certains pays. Les sociétés de TPF à l’instar de Burford sont désormais inscrites sur le marché de l’AIM de la bourse de valeurs de Londres indiquant le niveau élevé de succès de ce secteur. Les sociétés de TPF sont des investisseurs qui acceptent de financer un contentieux, le retour sur investissement étant souvent plus important que dans le marché boursier. Néanmoins, ces sociétés ne sauraient être assimilées à des cabinets d’avocats, les « Third Party Funder » ne sont pas des avocats. La niche, les services spécialisés qu’ils offrent, sont loin d’être compatibles avec l’ouverture d’un cabinet d’avocats ou la capacité à devenir associé dans un cabinet d’avocats. Alors qu’il est attendu de l’avocat d’agir dans l’intérêt de son client en toutes circonstances, une telle exigence n’est pas forcément compatible avec la stratégie d’un TPF ou d’une entreprise de financement. A titre d’exemple, certaines sociétés refusent de financer des affaires susceptibles de durer plusieurs années, ou privilégident une résolution rapide du litige, même si le résultat est moins favorable pour le client.

6. Certains auteurs ont proposé que l'intervention de TPF soit révélée dans des publications officielles en matière d'arbitrage international. Sur la base de votre expérience en tant

¹⁶ MoJ not minded to regulate third-party litigation funding, 25 January 2017, <https://www.lawgazette.co.uk/law/moj-not-minded-to-regulate-third-party-litigation-funding/5059536.article>

¹⁷ Art. préc., Singapore and Hong Kong open their doors to arbitration funders

¹⁸ Les « nouveaux » coûts dans l’arbitrage international, Cahiers de l’arbitrage, 01/10/2013, n°4, p. 899

qu'arbitre comment cette publication affecterait – elle votre perception de l'affaire ? La révélation de l'intervention d'un TPF dans la procédure est-elle susceptible de biaiser votre jugement à l'égard d'une partie dans l'arbitrage ?

De mon point de vue la révélation de l'existence de TPF dans des publications officielles en matière d'arbitrage international serait pratique. Premièrement, elle permettrait à la partie financée de prendre pleinement conscience de son engagement relativement au pourcentage qui devra être reversé au TPF. Certains contrats de financement fixent en effet un pourcentage à chaque étape de l'affaire, qui augmente au fur et à mesure que l'on atteint les étapes essentielles du procès. (Ex. Un pourcentage peut être dû dès l'introduction de la demande ou dès que le procès proprement dit commence). Comprendre à quel moment le pourcentage est dû dès la première étape peut encourager la partie financée à proposer à son adversaire une négociation anticipée afin de réduire les coûts dans une affaire où il prévoit de perdre. Deuxièmement la révélation de l'intervention d'un TPF permet aux arbitres de vérifier leur indépendance.

La révélation de l'intervention d'un TPF peut toutefois résulter de la demande de l'adversaire qui voudrait connaître le contenu du contrat de financement. La révélation totale du contrat de financement est controversée car elle est susceptible de faire connaître l'évaluation des chances de succès de l'affaire faite par l'avocat, les risques importants, le calcul des pourcentages et plus important, la stratégie du procès. Pour ces différentes raisons, il est généralement admis que les termes du contrat de financement ne doivent pas être divulgués à l'adversaire. Cela ne signifie pas que certains éléments essentiels ne devraient pas être connus de l'adversaire. La répartition des frais dans la pratique du TPF est importante selon que les frais sont versés dès le début du procès ou qu'ils sont réservés au moment du paiement des frais de l'avocat. Que reste-t-il substantiellement une fois que ces frais ont été remboursés ?

S'agissant de savoir si l'intervention d'un TPF en faveur d'une partie est susceptible d'altérer le jugement des arbitres, la réponse est négative. Au contraire, si une quelconque altération venait à être observée, on demanderait immédiatement à l'arbitre de se déporter.