

Université de Montréal

**Financement de l'arbitrage par un tiers :
Émergence d'une lex mercatoria expliquée par la
mondialisation**

par
Razafimandimby A Razokiny
Andriamin Omen-daza

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de maîtrise (LL.M.)
option : droit international

Décembre 2016

© Andriamin Omen-daza Razafimandimby A Razokiny, 2016

Résumé

Recourir à l'assistance financière d'un tiers pour faire valoir un droit est connu depuis belle lurette. Avant son approbation progressive, ce financement a d'abord été décrié, car il était assimilé à une aide intéressée. En arbitrage commercial international, le financement des procédures par un tiers est actuellement courant. Par son entremise, une partie en litige peut ester en justice en n'étant plus dans l'obligation d'acquitter directement les frais d'arbitrage. Cette dernière a l'option de faire appel à un tiers financeur. Toutefois, ni le droit domestique ni le droit international ne peuvent offrir une réglementation complète de la pratique. Son encadrement est souvent laissé sous la responsabilité contractuelle des parties. Chaque juridiction possède sa propre approche et perception du financement par un tiers. Un régime international de la *lex mercatoria* apparaît à ce niveau et normalise progressivement le financement.

En effet, la *lex mercatoria* possède les caractéristiques d'un régime international selon la théorie des régimes. Autrement dit, la *lex mercatoria* forme un régime international dans lequel un ensemble de régularisation (principes, normes, règles et procédures de prise de décision, implicites ou explicites) est institutionnalisé par les acteurs impliqués dans l'arbitrage commercial international pour répondre à un besoin qui est l'encadrement du financement par un tiers. Ainsi, l'émergence de cette *lex mercatoria* dans le financement est incontournable. Elle s'explique parfaitement par l'influence de la mondialisation sur l'arbitrage commercial international qui vient compléter le droit national lacunaire par une coopération axée sur l'uniformisation du soutien financier du bailleur d'arbitrage.

Mots-clés : Arbitrage commercial international, Financement par un tiers, *lex mercatoria*, Mondialisation, Régime international

Abstract

Third party funding is not a new topic. At the beginning, it was felt as a vicious way to provide a funder an abusive interest. This is the reason why it was first condemned and rejected. Although this might be true, the perception has changed. It is now approved and frequently used in international trade. The Funder is, de facto, considered as the help that gives access to arbitration regardless the financial abilities of the opponents in international commercial litigation. Regulating third party funding is concretely under the responsibilities of the funder and the funded parts. Each State has its own intervention style even though common ground can be noticed. The real difficulty is that in arbitration, third-party funding cannot be regulated exclusively by national nor international conventional rules. At this point, *lex mercatoria* appears to be an alternative manner to establish a homogeneous model. As an international regime, *lex mercatoria* is the most relevant regulation that leads to this practical normalization.

According to regime theory, *lex mercatoria* and international regime reveal exactly the same structure. As far as *lex mercatoria* is concerned, it shapes an international regime composed by a set of implicit or explicit regulations (principles, norms, rules and decision-making procedures). Around those regulations, all international actors involved in international commercial arbitration contribute to the development of a general and non-state guideline that frames the practice of third-party funding. All things considered, the rise of *lex mercatoria* is obvious in the field of third-party funding. Globalization process is well able to explain this appearance of an international regime of *lex mercatoria* since multilateral cooperation emerges to standardize third-party funding in international commercial arbitration.

Keywords: International commercial arbitration, third party funding, *lex mercatoria*, globalization, international regime

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Liste des sigles et abréviations.....	v
Dédicace.....	vi
Remerciements.....	vii
Introduction.....	1
I- Mondialisation : Facteur d'émergence de la lex mercatoria dans le financement de l'arbitrage.....	10
a- Influence de la mondialisation.....	10
i- Délimitation de la mondialisation.....	10
ii- Influence de la mondialisation dans le commerce international.....	10
iii- Influence de la mondialisation sur l'arbitrage commercial international et son financement par un tiers.....	14
b- Lacunes du droit national et besoin d'un droit global.....	15
c- Tiers financeurs : nouvel acteur dans l'arbitrage commercial international.....	26
d- Coopération vers l'uniformisation des pratiques.....	33
II- Financement de l'arbitrage par un tiers dans le domaine de l'arbitrage commercial international.....	37
a- Évolution de la doctrine sur le financement par un tiers.....	37
b- Présence du tiers financeur dans l'arbitrage.....	41
i- Raisons d'intervention du tiers financeur.....	41
ii- Démarche d'intervention du tiers financeur.....	43
c- Pratique du financement de l'arbitrage par un tiers.....	47
i- Existence de contrat de financement.....	47
1. Modalités du contrat.....	47
2. Effets du contrat selon la sentence.....	51
ii- Modalités de financement.....	53
1. Structure du financement.....	53
2. Acteurs et relations entre eux.....	54
3. Équilibre de pouvoir.....	57
iii- Pratiques courantes du financement.....	62

1.	Les grandes tendances	62
2.	Cas du Canada.....	65
3.	Cas des États-Unis.....	67
4.	Cas du Royaume-Uni	69
5.	Cas de l'Asie et de l'Océanie	70
III-	Émergence d'un régime de la lex mercatoria dans l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers	72
a-	Encadrement difficile du financement par le droit national.....	72
i-	Extraterritorialité	73
ii-	Divulgence et confidentialité du financement	76
iii-	Éthique	81
iv-	Conflits d'intérêts.....	84
b-	Apparition d'un régime de lex mercatoria dans le financement	86
i-	Caractéristiques d'un régime international dans l'arbitrage international	86
1.	Paramètres d'un régime international.....	86
2.	Régime en matière d'arbitrage commercial international.....	87
3.	Pertinence de la compréhension du régime international dans le financement.....	91
ii-	Lex mercatoria régime international en matière d'arbitrage.....	94
1.	Contours de la lex mercatoria.....	94
2.	Régime de la lex mercatoria dans l'arbitrage commercial International	99
3.	Lex mercatoria dans le financement.....	104
iii-	Lex mercatoria du FAT : Régime complémentaire au droit national	106
c-	Applicabilité du régime de lex mercatoria dans le financement.....	111
i.	Solutions proposées par la lex mercatoria	111
ii.	Financement : lex mercatoria utile pour l'arbitrage international.....	115
1.	Réponse à un besoin existant.....	115
	Augmentation des cas traités ayant une valeur de plus d'un million US.....	117
2.	Garantie pour une justice arbitrale de qualité	118
3.	En faveur des parties impliquées	119
	Conclusion	122
	Les sources documentaires	125

Liste des sigles et abréviations

ALENA :	Accord de Libre-Échange Nord Américain
ALF :	Association of Litigation Funders
CCBC :	Code civil du Bas Canada
CCI :	Chambre de Commerce International
CIA :	Chartered Institution of Arbitration
CIRDI :	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
DLR :	Dominion Law Report
EWCA :	England and Wales Court of Appeal
EWHC :	England and Wales High Court
FAT :	Financement de l'arbitrage par un tiers
FACT :	Financement de l'arbitrage commercial par un tiers
GATT :	General Agreement on Tariffs and Trade
HCA :	High Court of Australia
HGB :	Code de Commerce Allemand (« Handelsgesetzbuch »)
HKLRD :	Hong Kong Law Reports and Digest
IBA :	IBA Guidelines
ICC :	International Chamber of Commerce
ICCA :	International Congress and Convention Association
LCIA :	London Court of International Arbitration
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NAMIC :	National Association of Mutual Insurance Companies
OMC :	Organisation mondiale du Commerce
ONU :	Organisation des Nations Unies
PIB :	Produit Intérieur Brut
QB :	Queen's bench
TPF :	Third Party Funding
UNCITRAL :	United Nations Commission on International Trade Law

*à Valmera,
Semper altius*

Remerciements

Ce mémoire ainsi réalisé a été possible grâce à Dieu et au concours de plusieurs, à qui je voudrais témoigner ma profonde gratitude.

Je tiens à exprimer ma reconnaissance au professeur Hervé Prince qui a accepté de prendre la direction de mon mémoire. Mes vifs remerciements pour la confiance, le soutien et les précieux conseils tout au long de la rédaction du mémoire.

Mes sincères remerciements vont également à ma très chère famille, pour son soutien inestimable et indéfectible malgré la distance. J'en serai infiniment redevable.

Enfin, je ne saurais assez remercier mes ami(e)s, le corps professoral et administratif de la faculté et ainsi que toutes personnes qui ont contribué de près ou de loin à l'élaboration de ce travail.

Introduction

Avec un capital d'un milliard de dollars, Burford Capital est une compagnie qui finance les litiges et procédures arbitrales dans le monde entier¹. La société œuvre dans un secteur lucratif et son capital équivaldrait approximativement au PIB de 2014 des îles Salomon qui était de 1 158 milliards pour ses 572 200 habitants². Ce marché du financement par un tiers est rémunérateur et se déroule actuellement dans un monde où les échanges touchant l'investissement et le commerce se développent à un rythme effréné. La stabilité du monde est largement tributaire de ce commerce international. À travers les échanges qui s'y font, les différents acteurs internationaux étatiques et non étatiques participent au commerce international de différentes façons.

Au XVIII^e siècle, Montesquieu énonçait déjà la théorie du doux commerce. Il mentionnait que « l'effet naturel du commerce est d'apporter la paix »³. Ainsi, au-delà de la recherche d'un intérêt mutuel entre les partenaires, les relations commerciales régulées sont depuis longtemps reconnues comme un moyen d'exacerber les rivalités nationales et les risques d'appauvrissement généralisé⁴. Depuis, le commerce a maintenu sa place et est même devenu un vecteur de développement. Tous les acteurs internationaux cherchent constamment à s'améliorer sur ce plan. Dans ce contexte d'échange, nul n'est à l'abri des conflits, que ce soit dans l'élaboration de contrats commerciaux, ou bien la réalisation desdits contrats, ou encore dans les transactions courantes. Des insatisfactions peuvent toujours apparaître et créer des conflits qui doivent être réglés pour la pérennité du commerce et la stabilité du marché. L'arbitrage intervient à ce niveau comme un moyen alternatif de règlement du litige. Il se donne pour tâche de rétablir la justice en compensant la partie lésée et en pénalisant le responsable hors de la juridiction nationale.

¹ *Burford capital raises £100 million in bond issue to reach billion dollar mark in litigation finance*, Burford Capital, 2016, en ligne : <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/04/2016.04.19-Burford-Capital-Raises-£100-million-in-Bond-Issue-to-reach-1bn-mark-in-Litigation-Finance-FINAL.pdf>>.

² *Iles Salomon*, Banque Mondiale BIRD-IDA, 2014, en ligne : <<http://donnees.banquemondiale.org/pays/iles-salomon>>.

³ MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois (1748)*, Garnier-Flammarion, tome 2, Paris, 1979., p.10

⁴ D BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, Sciences Po Les Presses, 2e éd., Paris, 2006.p.163

En matière de règlement alternatif de différend, l'arbitrage est le modèle le plus utilisé. Cependant, il requiert des frais et la qualité de ce modèle de règlement du litige peut dépendre du montant que les parties investissent dans la procédure. Même si cela peut paraître éthiquement condamnable, la réalité est que le recours aux meilleurs arbitres ainsi qu'aux meilleures expertises dans le cadre d'un arbitrage peut être coûteux pour les parties en litige. Ces derniers peuvent alors opter pour un financement par manque de fonds ou tout simplement pour partager les risques et les coûts de procédures avec une tierce partie à la dispute. Ainsi, il est de plus en plus courant que, dans les litiges commerciaux internationaux les parties en conflit n'engagent pas directement leurs ressources financières. La conscience de la nécessité de ce financement par un tiers pour accéder à un arbitrage de qualité a encouragé l'apparition des professionnels du financement dans le paysage de l'arbitrage.

L'intérêt d'aborder le sujet réside tout d'abord dans le fait que les procédures en arbitrage internationales coûtent chères⁵. De plus, le financement de l'arbitrage par un tiers est devenu en quelques années une véritable industrie⁶ répondant à ce coût élevé. La compagnie Burford Capital, un exemple de succès, a battu son propre record de profit dans le domaine. Dans son rapport intérimaire de 2016, elle présente une augmentation du revenu total de 88% par rapport à 2015. Son bilan montre que ce profit est passé de 40.6 millions à 76.2 millions de dollars dans la même période⁷. Les financeurs voient aussi en la pratique une aubaine, un moyen d'investissement assuré, qui n'est ni lié à l'imprévisibilité du marché ni à la stagnation de l'économie⁸. De plus, la Convention de

⁵ J. VON GOELER, *Third-party funding in international arbitration and its impact on procedure*, coll. International Arbitration Law Library 35, Kluwer law international, 2016., p.1

⁶ S SEIDEL, « Third party capital funding of international arbitration claims: An awakening and a future », (2012) 38 *Financ. Worldw.*, en ligne : www.financierworldwide.com/login.php?url=article.php%3Fid%3D9500.

⁷ BURFORD CAPITAL, *2016 Annual interim Report*, 2016., p.3

⁸ L BENCH NIEUWELD et V SHANNON, *Third-Party funding in international arbitration*, Kluwer Law international, Aspen Publisher New York, 2012, en ligne : http://www.kluwarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Nieuwveld_2012.

New York⁹ réunissant la majorité de la communauté internationale n'a cessé d'augmenter la confiance accordée à l'arbitrage même si les frais à payer pour y avoir accès demeurent une barrière.

Le financement par un tiers répond alors à un réel besoin puisque selon une étude menée, 68% des répondants estiment que le coût élevé de l'arbitrage est le premier facteur qui en limite l'accès. C'est d'ailleurs le premier désavantage de la pratique selon un sondage mené conjointement en 2015 par l'Université de Queen Mary et par *le School of International Arbitration*¹⁰. Le financement par un tiers a contribué de ce fait à une hausse du volume de litiges résolus par l'arbitrage commercial. L'expertise et le service professionnel offerts par les financeurs se rajoutent à ces caractères attractifs. De plus, il est aussi intéressant de parler du sujet en raison du fait que cette intervention du tiers joue un rôle important dans l'arbitrage commercial international. Toutefois, elle n'est expressément prévue ni par les dispositions législatives nationales ni par les conventions internationales. L'encadrement de cette intervention du tiers demeure une pratique complexe possédant de multiples facettes¹¹.

Contrairement à l'encadrement formel du financement par un tiers qui n'est relativement qu'à ses débuts¹², la littérature doctrinale publiée abonde sur le sujet. Face à son émergence, les praticiens y manifestent un intérêt croissant même si sa mise en œuvre fait l'objet de

⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, (10 juin 1958), en ligne : <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

¹⁰ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON et SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *2015 international arbitration survey: Improvements and innovations in international arbitration*, 2015, en ligne : <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>>., p.7

¹¹ 1 C. BOGART, "Third party funding in international arbitration", *Burford Capital* 22 January 2013, www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration/#.

¹² A (éd.) DIMOLITSA et Roman (éd.) CREMADES, *Third-Party funding in international arbitration*, Kluwer arbitration, coll. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 10, International Council for Commercial Arbitration/Kluwer Law International, 2013, en ligne : <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_ICC_Dossier_10>., p.19

débat¹³. Selon une étude recensée, 71% des praticiens du financement par un tiers désirent une normalisation de l'industrie¹⁴. Pour l'instant, la régulation est tâtonnante et le déroulement convenable du financement dépend de la bonne foi, du professionnalisme du financeur, de l'ouverture à la pratique ou du respect de la convention de financement. Ce n'est que dans certains cas que les financeurs sont régis par un code professionnel ou qu'ils sont membres d'une association ayant un statut prévoyant les modalités du financement.

Face à cela, les États et le secteur privé ressentent le besoin de mettre en place un encadrement uniforme et international malgré les difficultés. Toutefois, la perception du financement par un tiers est divergente. Certains le voient encore comme une variation du champerty et du soutien délictueux. La réticence est fondée par le manque de contrôle et de régulation du tiers qui pourrait être tenté de tirer un profit exagéré des procédures et de complexifier le litige¹⁵. La justice peut aussi être biaisée par l'intervention d'un étranger dans l'arbitrage¹⁶. L'impartialité et l'indépendance des arbitres peuvent être également menacées par l'intervention du financeur. Par la suite, l'intégralité du paiement des frais de procédures (*caution judicatum solvi*) n'y est pas assurée. Additionné aux raisons éthiques et le trouble à l'ordre public, l'harmonie du commerce international est à craindre sans un encadrement de la pratique.

Tant sur le plan national qu'international, l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers est difficile. D'une part, il ne peut être intégralement de la compétence nationale des États à cause de la limite du droit domestique sur le territoire. La juridiction nationale peut d'ailleurs paraître trop lourde ou peut se prononcer incompétente, car les transactions ne se font qu'avec des acteurs de différentes juridictions. D'autre part, il n'est pas non plus de la compétence totale du droit international en raison de ses racines et implications sur le sol national. Les juridictions nationale et internationale, prises isolément, n'ont donc pas

¹³ F VILLA, « Le financement de contentieux par des tiers », (2014) 5 *Anw. Rev. Avocat*, en ligne : <https://www.sav-fsa.ch/en/anwaltsrecht/literatur/berufsregeln.html#titel_le-financement-de-contentieux-par-des-tiers-third-party-funding>, p.207

¹⁴ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON et SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, préc., note 10., p.37

¹⁵ Ch.199, 1963, *Re Trepca Mines Ltd*, No.2., 220

¹⁶ HKLRD, 2007, 414, *Unruh v. Seeberger*, 2., 101

la capacité de le régir dans son entièreté. Ipso facto, l'encadrement du financement semble se situer entre les deux. En dépit de cela, les cas de financement par un tiers affichent des similarités. La pratique démontre qu'une normalisation est en phase de progression. Il se forme inéluctablement une *lex mercatoria* propre au financement de l'arbitrage par un tiers.

On peut avoir plusieurs définitions de la *lex mercatoria*. Dans le milieu de l'arbitrage, celle de Goldman apporte une bonne compréhension. Ce dernier énonce que la *lex mercatoria* est un ordre légal indépendant du droit national qui est composé d'un ensemble de clauses standard et d'usages commerciaux mis en place par les acteurs de l'arbitrage commercial international afin de réguler et d'harmoniser les pratiques marchandes¹⁷. Ainsi, la régulation que connaît le financement de l'arbitrage par un tiers s'inscrit dans cette nouvelle forme de droit constitué par la pratique. Il s'agit certainement de la *lex mercatoria* puisque c'est le marché en tant que tel qui le régule.

Dans le présent travail, la *lex mercatoria* du financement de l'arbitrage par un tiers est observée comme étant un régime international. La théorie démontre que ce régime international n'est autre qu'un ensemble de principes, de normes, de règles et de procédures de décision autour desquels sont réunies les attentes des acteurs internationaux participants¹⁸. Ce critère de délimitation se retrouve entièrement dans la *lex mercatoria* et ainsi dans le financement de l'arbitrage par un tiers. L'observation du financement de l'arbitrage par un tiers en tant que régime international procure une approche structurée de l'évolution des composantes, attributions et objectifs du financement. En outre, la *lex mercatoria* en est indissociable, car c'est la pratique qui forge le droit face à l'inexistence de source formelle codifiée. De plus, la *lex mercatoria* est l'encadrement juridique qui se rapproche le plus de ce modèle de financement et de la normalisation qu'il connaît.

Dans ce contexte, la mondialisation est alors le processus qui remodèle les frontières consécutivement à une expansion de pratique nationale sur marché mondial¹⁹. Les façons

¹⁷ B GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Arch. phil. droit, IX, 1964., p.89

¹⁸ S KRASNER, « Structural causes and regime consequences: Regimes as intervening variables, International regimes », *Cornell Univ. Press* 1983., p.185

¹⁹ A.J. ARNAUD, *Dictionnaire de la Globalisation*, L.G.D.J. lextenso éditions, 2010. p.361

de faire nationales ou régionales s'uniformisent ainsi à l'échelle globale par effet d'influence. Avec la mondialisation, de nouveaux usages apparaissent. Un encadrement est nécessaire aussi bien pour harmoniser le marché international que pour ne pas désavantager certains acteurs. En fait, puisque de nouvelles façons de faire voient le jour, ces acteurs mondiaux observent les pratiques que chacun d'entre eux adopte et une influence se fait sentir pour que les pratiques les plus efficaces se répandent. Bien que les initiatives partent du milieu national, elles se propagent de façon évidente sous l'effet de la mondialisation. Depuis le début de sa théorisation en Europe médiévale, le financement de l'arbitrage par un tiers s'est exporté partout dans le monde et a entraîné un ajustement sur le plan national. La pratique s'est transposée d'un pays à un autre avec une forme sensiblement identique ou du moins, des éléments de base communs.

Le professeur Philippe Théry compare le financement par un tiers à un jeu de billard interminable et au cours duquel on peut avoir le sentiment que les boules se heurtent constamment pour se rediriger dans des directions imprévisibles²⁰. Cette imprévisibilité liée au financement s'explique principalement par le fait que l'ouverture de la communauté commerciale internationale à recourir à ce type de financement est encore récente. Son mécanisme n'est pas encore tout à fait maîtrisé au point de pouvoir dégager un encadrement juridique formel. Pour l'instant, c'est à travers la mondialisation que le marché international du financement de l'arbitrage en lui-même s'autorégule et remplit ce vide d'encadrement par diverses initiatives locales qui se transposent sur le plan global. Dans ce cadre, la question principale abordée dans ce présent travail est alors de savoir : ***la mondialisation peut-elle vraiment expliquer l'émergence d'une lex mercatoria dans la pratique du financement de l'arbitrage commercial par un tiers?*** L'étude de cette question centrale pourra permettre d'observer la présence prépondérante de la mondialisation à travers l'évolution de l'encadrement du financement jusqu'au constat de l'apparition d'un régime de lex mercatoria.

²⁰ *Conference on TPF 2.4.2012, Collège Européen de Paris.*

En réponse à ces questions, l'hypothèse retenue est celle d'admettre qu'en tant que processus de démantèlement des frontières et de propagation de pratique à l'international décrit par André-Jean Arnaud plus haut²¹, la mondialisation est l'une des principales explications à l'émergence d'un encadrement du financement par un tiers, lequel tend vers un régime de *lex mercatoria*. Cette hypothèse peut se justifier par le fait que la mondialisation a accompagné l'évolution du droit commercial de l'arbitrage et celle du droit du financement par un tiers. Ainsi, les effets classiques de la mondialisation ont un réel impact dans l'émergence d'une *lex mercatoria* touchant le financement de l'arbitrage commercial par un tiers. Trois principaux effets peuvent déjà être observés pour appuyer cette hypothèse : l'attention accordée à la coopération et l'uniformisation des pratiques à l'échelle planétaire, l'apparition de nouveaux acteurs internationaux agissant en parallèle à l'État et enfin l'émergence d'un nouveau droit global à travers la *lex mercatoria* complétant le droit national pour régir le financement par un tiers.

Dans un premier temps, on peut alors mentionner que dans ce type de financement, la mondialisation a entraîné une uniformisation des pratiques sur la scène internationale à travers la *lex mercatoria*. Face au manque de régulation du financement par un tiers, il serait meilleur pour le marché et la communauté commerciale internationale de se doter d'une standardisation de la pratique. Une base commune est nécessaire afin d'harmoniser et de stimuler les échanges commerciaux. Le constat actuel est que de façon graduelle, les initiatives locales nationales jugées efficaces en matière de financement ont été transposées sur le plan régional et même global, ou ont tout simplement été prises comme base de régulation. Ce désir d'uniformisation accentuée par la mondialisation a alors encouragé la formation d'un régime international de *lex mercatoria* émergente qui dépasse les compétences de l'État.

C'est la raison pour laquelle il est aisé de croire que dans un deuxième temps, la mondialisation a toujours encouragé l'émergence de nouveaux acteurs internationaux. Ainsi, les bailleurs de fonds en matière d'arbitrage apparaissent à l'international en se

²¹ A. J. ARNAUD, préc., note 19., p.361

démarquant par un capital investi de plus en plus coûteux en termes financiers. En outre, l'envergure de ces ressources octroyées permet au financeur d'être un acteur pertinent et de détenir une place incontournable dans le commerce et dans l'arbitrage international, puisque la diversité des droits substantiels susceptibles de régir ce financement par un tiers peut générer des coûts supplémentaires et ainsi freiner la fluidité des échanges commerciaux²². Cet encadrement domestique quasi impossible du tiers financeur, qui est un nouvel acteur émergent a contribué à la formation d'un régime de *lex mercatoria* de l'encadrement du financement par un tiers inspiré de la réalité du marché du financement.

Dans un troisième temps, la mondialisation peut expliquer l'émergence de cette *lex mercatoria* parce que l'influence du global sur le national est tangible. C'est l'un des véritables traits de caractère appartenant à la mondialisation. Les États sont limités par les frontières, alors que les échanges commerciaux internationaux ont besoin de structure juridique ; par conséquent le régime de la *lex mercatoria* complète ce manque de régulation et influence indirectement les pratiques de financement par un tiers partout dans les juridictions nationales.

Pour aborder la question, il importe tout d'abord d'observer les facteurs qui permettent de croire que les effets de la mondialisation expliquent l'émergence de la *lex mercatoria* dans le financement de l'arbitrage et son financement par un tiers (I). Ensuite, le financement de l'arbitrage international par un tiers sera abordé (II), car la compréhension de sa création et de ses réalités actuelles est nécessaire pour justifier que le modèle de financement est effectivement une pratique en vigueur dans le commerce international. Enfin, on relatara l'émergence du régime de *lex mercatoria* dans l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers (III) à travers les principales difficultés d'ordre pratique qui ont fait que pour réguler son financement, l'arbitrage se soit doté d'instruments en cours de construction, qui aboutiront à un régime de *lex mercatoria* s'appliquant au financement de l'arbitrage par un tiers.

²² G. CUNIBERTI, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2015., p.195

Cependant, il est important de préciser que ce travail est axé sur l'arbitrage commercial international et non sur l'arbitrage en matière d'investissement bien que certains cas soulevés appartiennent au domaine de l'investissement. De plus, au niveau des difficultés étudiées, l'éthique, la divulgation et les conflits d'intérêts sont ceux qui sont mis en exergue, parmi d'autres, dans la mesure où ces derniers sont les plus répertoriés dans la littérature sur le sujet. Il est aussi nécessaire de mentionner que le financement ne prend pas en compte les détails et structures de financements rencontrés par exemple dans le financement par assurance de protection juridique ou dans le financement participatif (Crowdfunding). Enfin, il est également primordial d'apporter quelques clarifications au niveau de la terminologie. Inspiré par les précisions de l'auteur Von Goeler²³, le « financement » mentionné dans ce travail est compris comme une provision de capital par des professionnels disposant de fonds dédiés à subventionner des litiges commerciaux à tous requérants éligibles. Quant au « financement par un tiers », il doit être utilisé en terme générique pour désigner toutes les options possibles de financement d'un litige qui attend obtenir un intérêt pécuniaire. Il est aussi important de préciser que le montant emprunté provient d'un bailleur qui est une tierce personne totalement étrangère aux questions de fond de l'arbitrage, mais qui intervient suite à la signature d'un contrat de financement. Le tout se déroule dans le contexte de l'arbitrage en commerce international.

²³ J. VON GOELER, préc., note 5. p.2

I- Mondialisation : Facteur d'émergence de la lex mercatoria dans le financement de l'arbitrage

a- Influence de la mondialisation

i- Délimitation de la mondialisation

La définition que l'on accorde à la mondialisation change en fonction du milieu dans lequel elle est observée. Malgré les efforts croissants de la communauté scientifique pour développer de meilleurs cadres analytiques et conceptuels, sa définition demeure imprécise et ne pourrait couvrir tous les domaines à prétention internationale²⁴. Néanmoins, l'idée qui peut être gardée de toute délimitation de la mondialisation est l'idée de transfert de pratique à travers un changement d'échelle ou une évolution dans un espace. Le terme fait référence à un mouvement, à une diffusion, ou encore à une expansion d'une façon de faire, du niveau local vers une application plus globale traversant les frontières étatiques²⁵. La mondialisation est ainsi un processus qui ne peut être entravé par les contraintes de frontière du droit étatique, et a pour pouvoir d'uniformiser les normes de pratiques. Selon les termes du professeur Saskia Sassen, la mondialisation peut se révéler être un facteur de désassemblage²⁶ du national. Ce désassemblage est orchestré non seulement de l'extérieur du pays par l'influence du marché international, mais aussi à l'intérieur de l'État en lui-même²⁷ par l'intermédiaire d'ajustements effectués par les acteurs non étatiques pour parfaire leurs activités. Le commerce international est un bel exemple qui montre ce désassemblage auquel l'État est confronté.

ii- Influence de la mondialisation dans le commerce international

Dans l'histoire de l'humanité, le commerce international a toujours été un moyen privilégié par les Empires et les États pour échanger des biens et services entre eux afin de s'enrichir. En pensant à diverses initiatives commerciales d'envergure comme la route de la soie reliant deux grandes civilisations (romaine et chinoise) un siècle av. J.-C., le

²⁴ James MITTLEMAN, « Globalization, critical reflections », (1996) 9 *Int. Polit. Econ. Yearb.*

²⁵ Lawrence FRIEDMAN, « Erehwon: The coming global legal order », (2001) 37 *Stanf. J. Int. Law.*, p.347

²⁶ Saskia SASSEN, *Critique de l'État*, Demopolis, Paris, Le Monde Diplomatique, 2006., p.113 et suivant

²⁷ *Id.*, p.176

commerce n'a cessé de se développer au rythme des moyens disponibles de son époque. La mondialisation économique est apparue dans ce contexte et peut se définir comme le processus qui accroît ces échanges commerciaux à l'échelle universelle²⁸. Avec une constante amélioration des moyens de production, de transport et de communication appuyés par la mondialisation, les différentes démarches internationales de régulation de ces échanges dans le cadre du GATT, de l'OMC ou d'autres organisations ont amélioré la pratique et l'encadrement juridique du commerce international.

L'existence ou non de la mondialisation pose continuellement débat dans les échanges et transactions commerciaux internationaux. La littérature présente deux grandes conceptions de la mondialisation et de son impact :

- celle d'un processus inchangé dont ni les relations internationales ni le commerce international ne nécessitent de nouvelles perspectives d'analyse particulière,
- par opposition à la première, celle d'un processus pour laquelle la mondialisation est bel et bien une réalité qui implique une révision complète des approches dans les échanges et dans le commerce international.

Dans le domaine des relations internationales, les auteurs Stephen Krasner et Susan Strange ont fortement influencé ces conceptions. Le professeur Stephen Krasner invoque la première conception, le statu quo, et maintient la thèse qu'aucun changement n'est constaté dans les échanges internationaux depuis 1000 ans ; il mentionne que si Thucydide était placé dans notre époque contemporaine, il n'aurait que peu de difficultés à comprendre les enjeux de notre temps²⁹, et que donc le processus de mondialisation est juste un fait qui n'a eu aucun impact sur les échanges commerciaux au niveau international. La professeure Susan Strange, quant à elle, dans la deuxième conception, soutient la nécessité de prendre en compte adéquatement les changements majeurs provoqués par la mondialisation³⁰. Ce qui appuierait l'idée que la mondialisation aurait une influence déterminante dans toutes

²⁸ S. BERGER, *Made in monde, Les nouvelles frontières de l'économie mondiale*, Seuil, 2006.

²⁹ Robert GILPIN, « War and change in world politics », *Camb. Univ. Press* 1981., p.184.

³⁰ S PAQUIN, *Théories de l'économie politique internationale*, Paris, SciencesPo, Les Presses, coll. Références Économie politique, 2013., p.273 - 274

les activités humaines internationales incluant le commerce international ainsi que l'arbitrage commercial international.

Pour souligner l'influence de la mondialisation dans le commerce international, on peut affirmer que la mondialisation s'est créée au rythme de la transformation de l'économie et de l'ordre politique mondial. Dans cet élan, les États ne sont plus isolés et ne peuvent plus contrôler en intégralité leurs économies. Ils doivent s'accorder avec les autres acteurs commerciaux internationaux. Le commerce international accompagne cette tendance. Au fil du temps, on assiste à une forte interdépendance grandissante des pays dont les échanges commerciaux ne cessent de croître. Le progrès de la communication accentue cela et a fondamentalement révolutionné la manière de commercer avec le reste du monde. En outre, les habitudes de consommation incitent à une uniformité des comportements pour former une culture qui devient cosmopolite et homogène. C'est pourquoi on peut parler de l'émergence de régime international à l'initiative des acteurs interétatiques qui accèdent au marché international par des mouvements transnationaux³¹. C'est ainsi que la mondialisation entraîne le commerce international vers une standardisation globale des comportements nationaux.

Toutefois, selon la théorie de l'avantage comparé, on part du principe que la capacité d'achat du consommateur correspond au coût le plus bas sur le marché mondial. Le producteur de son côté propose son prix le plus élevé afin d'obtenir un rendement maximum sur les biens dont il dispose l'avantage relatif³². Dans ce contexte de production et de consommation, chaque pays est dépendant de l'autre et trouve, à cet égard, avantage à encourager ses opérateurs économiques et commerciaux à se spécialiser dans leurs produits. L'État pourra ensuite échanger ces produits dans les meilleures conditions et ainsi survivre sur le marché international. Aucune directive internationale n'a dicté ce procédé alors que chaque pays l'a adopté comme un fondement dans ses échanges universels. C'est la mondialisation qui a contribué dans ce sens à l'abaissement des frontières, et a fluidifié

³¹ J BAYLIS, S SMITH et P OWENS, *The globalization of world economics*, 6th ed, Oxford University Press., p.11

³² Matthieu CROZET, « Commerce et Géographie: La mondialisation selon Paul Krugman », (2009) 119-4 *Daloz Rev. Déconomie Polit.*, p.515

la communication entre les acteurs commerciaux interétatiques. Par le truchement de la mondialisation, les transactions commerciales de ceux-ci se complètent bien que, paradoxalement, ils sont rivaux. À ce stade des échanges, le profit est mutuel.

Cette théorie est écartée progressivement par la méthode de vente à perte ou le « dumping » qui est soulevée par l'économiste Krugman. Il soutient qu'en s'engageant stratégiquement à vendre à un prix diminué, le producteur tire alors son profit du volume plus élevé écoulé. Cette façon de faire favorise une meilleure intégration sur un marché international plus vaste et fait ainsi profiter un maximum de consommateurs³³. Cette approche économique du professeur Krugman est transposable au commerce international. Les réflexions sur l'avantage comparé et la vente à perte sont des exemples qui démontrent que les pratiques commerciales internationales s'influencent entre elles, et ce, à travers la mondialisation. Néanmoins, si elle existe ou non, la mondialisation dans tous ses états qu'on connaît actuellement est le théâtre d'une ouverture progressive des barrières nationales en faveur d'un libre-échange. Tous les pays sont emportés par ce mouvement de mondialisation même s'ils ne disposent de ressource que leur main-d'œuvre. En conséquence, même étant dépourvu de moyens financiers, ces derniers s'intègrent sur le marché et peuvent participer au commerce international par le service qu'ils fournissent³⁴.

De ce fait, la mondialisation dans le commerce international est un processus inévitable. Elle est conduite par la force du marché et par sa propre évolution vers une unification des pratiques commerciales. Comme toutes les formes de relations sociales internationales œuvrant dans le commerce, la mondialisation vise comme objectif un intérêt commercial. Elle a une finalité capitaliste dans la mesure où elle encourage l'élaboration de normes qui facilitent et améliorent les modèles internationaux d'accumulation de capital, tout en diminuant la capacité de régulation des États ralentissant les échanges³⁵. De ce fait, certains

³³ *Id.*, p.517

³⁴ *Id.*, p.529

³⁵ A SENS et P STOETT, *Global politics Origins, currents, directions*, 3rd ed., Canada, Thomson Nelson, 2005., p.152

spécialistes perçoivent en la mondialisation une spécificité qui indique qu'elle est hors du contrôle du politique³⁶.

Ainsi, en modélisant les échanges de biens et de services entre acteurs internationaux, on peut affirmer que l'étude du commerce international prend en compte les effets de la mondialisation et s'inspire des théories des sciences économiques internationales³⁷. En ne citant que la théorie de l'avantage comparé observée dans les relations internationales, on peut constater l'évolution du commerce international à travers la mondialisation³⁸. En d'autres termes, en comprenant diverses théories économiques internationales véhiculées par la mondialisation, l'État et ses acteurs privés sont outillés pour observer les réalités du commerce mondial ainsi que le comportement d'autres acteurs et peuvent s'ajuster pour tirer le maximum de profit du commerce international.

iii- Influence de la mondialisation sur l'arbitrage commercial international et son financement par un tiers

Pour le cas de l'arbitrage commercial international, la mondialisation a une forte influence en raison de l'internationalité de la pratique. Dès lors que l'arbitrage devient international (après interrogation des règles de conflits de lois et de ses critères de rattachements de l'arbitrage à l'État³⁹), la convention d'arbitrage s'applique, et les parties en litige conviennent de s'y soumettre en cas de litige en adoptant les règlements des plus importants centres d'arbitrage commercial international⁴⁰. À ce niveau, même si la juridiction nationale peut toujours se prévaloir de son contrôle étatique de la sentence arbitrale, la juridiction domestique cède sa place à une convention internationale autonome.

³⁶ *Id.*, p.286-287

³⁷ M RAINELLI, *Le commerce international, 10e éd.*, Collection Repères, La Découverte, 2009., Il est ici fait référence à la théorie de l'avantage comparé ou au dumping.

³⁸ M. CROZET, préc., note 32., p.515

³⁹ B GOLDMAN, E GAILLARD et P FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996., p.1225. Ces auteurs citent : la nationalité des arbitres ou des parties, le domicile de ceux-ci, la nationalité du centre d'arbitrage, ... ou tout autres critères de rattachement de l'arbitrage à un territoire national. Après confrontation de ces critères avec le contexte de l'arbitrage, le règlement du litige peut être catégorisé d'international ou de national si les éléments d'extranéité sont incontournables.

⁴⁰ CCI, CNUDCI, LCIA, AAA,...

Cette approbation progressive de l'arbitrage international s'est graduellement construite à travers la mondialisation. À cet effet, cette dernière s'est manifestée par une internationalisation des litiges portés en arbitrage et par une interaction entre les pratiques commerciales institutionnalisées et les différents systèmes juridiques internationaux et nationaux⁴¹.

Le financement de l'arbitrage par un tiers suit cette progression dans la mesure où il évolue dans le contexte de la mondialisation. L'arbitrage se distingue des autres secteurs des relations internationales par la venue de nouveaux enjeux ainsi que l'évolution des mesures prises pour les encadrer. En effet, le tiers financeur s'ajoute à la liste des acteurs internationaux influents dans le milieu du commerce international et de l'arbitrage à en juger son poids financier⁴². À sa naissance en Australie dans les années 1980, le financement par un tiers a d'abord été adressé à l'attention des entreprises en faillite⁴³. Par la suite, il s'est modelé et est désormais reconnu comme un moyen privilégié d'accès à la justice même s'il s'est heurté à maintes interdictions liées au champerty et au soutien délictueux condamnés par la Common law⁴⁴. Appuyée par la mondialisation et ses effets, la communauté internationale n'a cessé de travailler de concert pour raffiner le financement par un tiers pour que celui-ci connaisse une application encore plus courante et incontestable dans tous les continents et au-delà du droit national⁴⁵.

b- Lacunes du droit national et besoin d'un droit global

Dans ce contexte de la mondialisation, l'État se trouve confronté à une nouvelle géographie du pouvoir. Ses champs de compétence de régulation sont diminués sur l'échelle internationale face à la mondialisation qui acquiert un élan considérable⁴⁶. Avec

⁴¹ T. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage*, Revue internationale de droit comparé, 36, 1984., p.728

⁴² J. VON GOELER, préc., note 5., p.76

⁴³ C. DELZANNO, « Faire du contentieux un investissement financier », (2013) n. 225 *Droit Patrim.*, p.6

⁴⁴ *Le champerty et le soutien délictueux ainsi que leurs critiques seront détaillée dans les chapitres ultérieurs.*

⁴⁵ Les détails seront présentées dans la deuxième partie du travail.

⁴⁶ J.H. DALHUISEN, « Globalization and the transnationalization of commercial and financial law », (2105) 67-1 *Rutgers Univ. Law Rev.*, en ligne :

la forte pression exercée par la mondialisation économique et commerciale, l'État fait face à une dérèglementation au niveau du marché, et encourage la privatisation d'entreprises et de certaines activités du secteur public⁴⁷. Cette concession faite par l'État se rencontre aussi dans l'arbitrage commercial international. Il y a un transfert de l'autorité, qui était préalablement publique, vers le privé, par l'intermédiaire de différents outils de normalisation⁴⁸. L'État perd l'exclusivité dans la recherche du droit en faveur d'autres institutions et régimes transnationaux privés œuvrant sur le plan global. Dans le cadre des litiges commerciaux internationaux, une plus grande marge de manœuvre est accordée à l'arbitre.

Le financement de l'arbitrage par un tiers fait également partie intégrante de ce domaine soustrait à l'autorité exclusive de la juridiction étatique. L'État n'a pas concrètement la compétence sur le droit substantiel en matière du financement par un tiers à travers ses recours classiques. Dans les faits, la prééminence du droit domestique fait place à un droit du commerce international uniformisé par la *lex mercatoria* qui encourage les acteurs du commerce international (incluant le tiers financeur) à prendre le flambeau avec l'appui de certains théoriciens⁴⁹. Le droit national ne couvre plus rationnellement tous les besoins des échanges commerciaux et ainsi de l'arbitrage et de son financement. Ces droits domestiques ne sont plus adéquats et la formation de droit transnational en matière commerciale est délibérément requise et doit être reconnue et appliquée par les États⁵⁰ pour améliorer les échanges commerciaux, et plus précisément la conduite du financement des règlements de différends portés en arbitrage.

La compréhension des théories portant sur la mondialisation permet de réaliser l'évolution des interactions internationales et leur impact successif sur le commerce, l'arbitrage international ainsi que sur le financement de l'arbitrage international par un tiers. En effet,

<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlr67&div=6&g_sent=1&collection=journals>., p.2

⁴⁷ S. SASSEN, préc., note 26., p.175

⁴⁸ *Id.*, p.164

⁴⁹ G. CUNIBERTI, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, préc., note 22., p.199

⁵⁰ J. H. DALHUISEN, préc., note 46., p.25

sous l'impulsion de la technologie, de l'économie et de la politique, le siècle précédent a connu une forte uniformisation des pratiques et transactions commerciales partout dans le monde⁵¹. Toutes les activités économiques, politiques, sociales et surtout commerciales en sont affectées. La montée de cette libéralisation diminue le rôle de l'État dans le commerce. Il y a alors un démantèlement des tarifs douaniers, une dérégulation et une ouverture à l'internationale en faveur de la privatisation des affaires de l'État⁵², si bien que les litiges qui peuvent arriver nécessitent de nouveaux outils adaptés aussi bien en termes de souplesse, de fiabilité que de rapidité pour être capables de satisfaire mutuellement les parties et assurer le bon déroulement du commerce international.

Le financement de l'arbitrage par un tiers s'inscrit dans ce cheminement. En raison de la recrudescence de la portée de cette internationalité, la juridiction étatique ne peut entièrement répondre aux nouveaux besoins même si le financement contribue pleinement à l'atteinte des objectifs vertueux de l'arbitrage. De plus, le succès et l'efficacité de l'arbitrage partout dans le monde sont propagés à travers la mondialisation et ses divers canaux. C'est une des raisons particulières pour laquelle la demande en arbitrage est constamment en croissance. La pratique du financement de l'arbitrage par un tiers accompagne cette ascension et permet à l'arbitrage de régler un plus grand nombre de litiges au-delà des contraintes financières que peuvent connaître les parties. L'intervention du tiers est aussi influencée par la mondialisation qui fait en sorte qu'à travers l'internationalisation de sa pratique qui s'accélère, les transactions se déterritorialisent en diminuant les complications imposées par les frontières, l'espace et le temps⁵³. Pour être efficace par rapport à cette internationalité, l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers forme par la pratique une *lex mercatoria*. Il devient ainsi une source de normes commerciales internationales⁵⁴ adéquates qui correspondent au besoin du marché en perpétuelle évolution. Cela répond à cette expansion globale des échanges, offrant de nouvelles avenues non régies par le droit domestique.

⁵¹ C. SCHMITTHOFF, « International Trade Usages », (1987) 440/4 *Paris ICC Publ.*, p.43

⁵² J. BAYLIS, S. SMITH et P. OWENS, préc., note 31., p.252

⁵³ *Id.*, p.252

⁵⁴ C. SCHMITTHOFF, préc., note 51., p.43

Pour l'instant, il n'existe pas officiellement de droit global contraignant qui encadre les pratiques commerciales internationales avec toutes ses spécificités, même si dans les faits, on constate sa formation progressive. Les sources de droit afférentes au commerce international sont avant tout nationales. Le milieu de l'arbitrage commercial international, et par extension, son financement, vit également ce manque de juridiction pouvant encadrer les litiges éventuels. Influencé par la mondialisation, le milieu juridique n'échappe pas à cette évolution et doit se mondialiser constamment lui-même⁵⁵ afin de remplir convenablement son rôle. D'ailleurs en matière commerciale, et surtout dans l'arbitrage, toutes les règles étatiques ne sont pas transposables à l'international. Il faut prendre en compte de nouveaux instruments normatifs émergents. Afin de maintenir l'ordre et éviter les excès dans le financement par un tiers, l'État doit maintenir un dialogue ou tout simplement une conformité avec les acteurs internationaux qui ont de l'influence sur la conduite du financement. Concrètement, l'idéal serait simplement d'appliquer les pratiques efficaces des régulations privées (à l'exemple des codes de conduite des financeurs) sur le plan international⁵⁶.

L'État adapte sa législation aux impératifs du marché national⁵⁷. Il concède une partie de son rôle de législateur pour le bon déroulement des échanges commerciaux internationaux. L'État peut ainsi être influencé par les acteurs commerciaux nationaux comme par les diverses organisations et institutions spécialisées dans le commerce international. Souvent on parle de dérégulation ou de libéralisation commerciale pour désigner ces changements intervenus dans l'autorité étatique en faisant allusion au retrait de l'État de ce rôle de normalisateur. Ce faisant, les exigences du droit domestique entravant la fluidité du commerce international expliquent le fait que les recours en arbitrage sont encouragés, voire priorités, pour désengorger le système judiciaire et offrir un règlement de conflits commerciaux plus adapté à la réalité. Quand il est question de transactions commerciales

⁵⁵ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.281

⁵⁶ J. H. DALHUISEN, préc., note 46., p.40. L'auteur propose ce modèle simplifié pour l'instauration d'un cadre légal transnational. Cela pourrait être applicable concrètement dans le cas du financement par un tiers.

⁵⁷ L. RAVILLON, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2015., p.459

transfrontalières et de résolution des différends, l'arbitrage commercial international est l'option privilégiée⁵⁸. De plus, l'État lui-même participe à la création de nouvelles structures favorisant la mondialisation⁵⁹, en étant implicitement ouvertes à la dérèglementation. Pour appuyer cela, on peut spécifier qu'il prend part activement aux initiatives croissantes de centres d'arbitrage dans le monde entier. Toutefois, la pratique étant internationale, le financement de l'arbitrage par un tiers fait partie de ces domaines dans lesquels l'État éprouve de la difficulté à gérer en intégralité. Si l'État s'immisce dans l'encadrement absolu du financement, le conflit de lois serait un risque puisque les acteurs impliqués ne sont pas tous régis par une même juridiction territoriale. L'État serait contraint de se dérèglementer en faveur des aménagements faits par la communauté commerciale internationale.

Une des explications à cette dérèglementation issue du vide de normes nationales et du besoin du droit global est que la situation est accompagnée de la montée en parallèle de l'autorité privée dans des domaines antérieurement dévolus à l'État qui connaît un affaiblissement de sa compétence législative⁶⁰. D'autres explications plus optimistes évoquent qu'il s'agit d'une stratégie étatique mise en place pour un besoin d'évolution et d'adaptation. Ici, on peut croire que l'État cède de sa compétence pour jouir d'un rôle encore plus grand à l'échelle mondiale dans la mesure où il est supposé s'adapter avec la pression internationale du marché. La meilleure façon pour l'État d'y garder un contrôle est d'impliquer ses acteurs commerciaux locaux privés dans la production de ces normes. Ces réajustements internes sont le produit et le constituant de la mondialisation dans le domaine de l'arbitrage international. Pour illustrer ce réaligement de l'État dans l'encadrement du financement par un tiers, on peut revenir sur le cas des États-Unis qui encouragent les initiatives de normalisation professionnelle et règlementée faites par la Chambre de commerce, ou celui du Royaume-Uni qui a validé l'apparition de l'association des financeurs de litige (Association of Litigation Funders). En d'autres termes, l'État évite d'intervenir directement pour produire un encadrement formel aux nouvelles situations, en

⁵⁸ S. SASSEN, préc., note 26., p.164

⁵⁹ *Id.*, .188

⁶⁰ *Id.*, p.140

favorisant les initiatives privées. Ces dernières suppléent au rôle de régulateur de l'État contre les dérives éventuelles survenant de l'arbitrage et du financement par un tiers.

Pour les besoins du commerce international, l'État cautionne le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends par l'intermédiaire de sa législation interne et par les conventions internationales. La raison est que l'arbitrage est plus flexible que le droit national. De plus, il est plus facilement modifiable en fonction de la pratique commerciale⁶¹. Ce genre d'initiatives d'ouverture a largement contribué à l'émergence de la *lex mercatoria*⁶². Cette émergence s'est particulièrement manifestée dans le financement de l'arbitrage par un tiers. Depuis ses débuts, la perception accordée à l'assistance du tiers financeur n'a cessé d'évoluer. La normalisation de sa pratique a subi le même sort. Tantôt rejeté, car considéré comme un abus, tantôt encouragé pour l'accès à la justice qu'il offre, le financement de l'arbitrage par un tiers n'a jamais pu être parfaitement encadré par l'État. La *lex mercatoria* du financement par un tiers se profile quand on observe son acceptation progressive nationale influencée par les initiatives privées internationales.

La juridiction étatique se détache de la normalisation des usages prévoyant le financement par un tiers. Elle accorde donc une plus grande place à la *lex mercatoria*, perçue comme une extension des usages recueillis des contrats de financement particuliers qui se sont transposés dans le domaine transnational⁶³. Ainsi, pour pouvoir fluidifier et rendre le financement par un tiers plus efficace dans le commerce international, le recours à la *lex mercatoria* offre une solution plus autonome par rapport au droit national⁶⁴. Le théoricien sociolégal Lawrence Friedman explique ce mécanisme en affirmant l'existence d'un droit globalisé qui existe en parallèle ou au-dessus du droit national. Il avance que même si ce modèle de droit peut avoir une attention minimale, son importance est clairement en

⁶¹ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.284.

⁶² F OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992., p.266

⁶³ Laurence CRAIG, William PARK et Jan PAULSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana TM Publication, New York, 1990., p.614-615

⁶⁴ G CUNIBERTI, « Three theories of Lex Mercatoria », (2013) 52-2 *Columbia J. Transnatl. Law*, en ligne : <<https://www.researchgate.net/publication/256056208>>., p.374

croissance⁶⁵. Ainsi, le manque d'encadrement national du financement par un tiers donne naissance à un droit à tendance globale senti comme une réaction spontanée à la mondialisation et à l'organisation de l'interconnexion des acteurs internationaux ayant affaire au financement par un tiers dans leurs arbitrages.

Toutes ces adaptations sont la réponse à une crainte de vide légal de la société internationale⁶⁶. Face à cette lacune juridique en matière du financement par un tiers, la mondialisation du commerce a besoin d'une politique législative adéquate, globalement cohérente et indépendante du système juridique national⁶⁷. La mise en place d'une structure offrant un standard minimum de régulation du financement est nécessaire au niveau transnational⁶⁸. Répondre à ce besoin donne une compréhension de l'ère globale. Cela permet aussi de comprendre l'adaptation au marché que l'État doit faire, face aux nouveaux phénomènes émergents tels le financement de l'arbitrage par un tiers⁶⁹. Pour accompagner cette évolution de structure à faire, Goldman propose que le commerce transnational doive générer non seulement un nouveau droit commercial transnational et global, mais aussi totalement un autre ordre transnational légal. Ce qui serait indispensable pour prévoir le financement de l'arbitrage par un tiers.

Avec les nouvelles données liées à la mondialisation, on assiste à une multiplication d'enjeux transfrontaliers comme le financement de l'arbitrage par un tiers qui requiert une réglementation dissociée du droit national. Les codifications possibles peuvent alors venir soit d'un système nettement centré sur le domaine public transnational, soit d'un système complètement privé et autonome à toutes juridictions. De nombreux chercheurs voient naître de cela un encadrement légal et global qui peut être conçu comme un type de droit désenclavé des systèmes juridiques nationaux. Faisant partie des nouveaux enjeux apparus avec la mondialisation, le financement par un tiers requiert aussi non seulement une nouvelle approche de la régulation commerciale transnationale, mais aussi une nouvelle

⁶⁵ L. FRIEDMAN, préc., note 25.

⁶⁶ *Id.*, p.278

⁶⁷ *Id.*, p.279

⁶⁸ J. H. DALHUISEN, préc., note 46., p.15

⁶⁹ S. SASSEN, préc., note 26., p.141

forme d'ordre légal transnational indépendant qui a l'aptitude de proposer ses propres normes⁷⁰. Ce nouvel ordre transnational légal ne peut être qu'en adéquation avec le besoin d'encadrement du financement par un tiers. Pour l'instant, seule la *lex mercatoria* a les moyens de suppléer à ce manque.

Cependant, les critiques adressées à ce nouvel ordre juridique sont aussi soumises à toutes les tentatives de normalisation du financement de l'arbitrage par un tiers. Entre autres, il est mentionné que la *lex mercatoria* est inadmissible, car la législation étatique devrait toujours être au centre du droit, et les rôles des usages ne sont que minimales⁷¹. La valeur normative de la *lex mercatoria* est largement discutée dans la littérature⁷². Or, le mérite de la *lex mercatoria* est qu'elle complète la juridiction nationale puisqu'elle peut intervenir comme une règle suffisante, ne nécessitant aucune intervention d'une loi étatique dans les transactions commerciales au-delà des frontières. Dans le même sens, ceux qui soutiennent la *lex mercatoria* soulignent également qu'elle est justifiée par l'inadéquation des règles étatiques aux besoins du commerce international; ce qui se trouve renforcé par le fait qu'il existe déjà des règles internationales adéquates élaborées par les institutions qui sont indépendantes de tout système juridique étatique⁷³. Les institutions qui ont recours à la *lex mercatoria* sont capables d'intervenir sans la présence d'une loi étatique dans les transactions commerciales transnationales et internationales.

La jurisprudence issue de ces instances se présente alors comme un complément du droit national. Par opposition à cela, il y a une autre frange qui nie l'existence de ce tiers ordre juridique, et qui dénigre la *lex mercatoria* ainsi que ce nouvel ordre juridique, en raison du défaut d'uniformité rencontré dans l'ordre mercatique. La justification avancée par ces derniers est souvent l'absence d'autorité qui sanctionne⁷⁴. Ces critiques s'adressent effectivement à la régulation du financement de l'arbitrage par un tiers et en raison de la

⁷⁰ B. GOLDMAN, préc., note 17.

⁷¹ G. CUNIBERTI, préc., note 64.

⁷² B. GOLDMAN, préc., note 17., p.64-177

⁷³ *Id.*, p.64

⁷⁴ P LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria, Études offertes à Berthold Goldman*, coll. Le droit des relations économiques internationales, Paris, Litec, 1982., p.119-125

délicatesse de réguler le phénomène sur le plan global ; chaque État l'administre à l'image d'ilots d'organisations uniques et sans aucune structure uniforme, révèle l'auteur Lagarde⁷⁵.

Bien qu'il soit difficile d'instituer une législation complète en matière de financement de l'arbitrage, il est aussi improbable de prévoir comment serait le droit global régissant le financement par un tiers à son stade de maturation actuelle. On peut tout de même affirmer qu'une *lex mercatoria* sous sa forme classique est en progression. Il peut être observé qu'au moins il existe une source solide d'information concernant ce futur développement dans le commerce international global. Dans le financement de l'arbitrage par un tiers, cette *lex mercatoria* se fonde sur les décisions et pratiques commerciales des tribunaux internationaux en matière d'arbitrage⁷⁶. Selon les termes du professeur Schmitthoff, ces décisions et pratiques englobées en initiatives uniformisées et qui sont les bases de la *lex mercatoria*⁷⁷ sont apparues progressivement en réponse à un vide d'encadrement connu dans le financement par un tiers⁷⁸.

La *lex mercatoria* dans le financement par un tiers regroupe de ce fait les acteurs ayant intérêt dans l'arbitrage et le financement de l'arbitrage par un tiers, afin de coopérer pour former des règles spontanées⁷⁹, par l'institution d'une *lex mercatoria* ou d'un nouvel ordre légal spécifique au financement par un tiers⁸⁰. À cet égard, quand le tribunal arbitral applique un instrument international ou reconnaît un principe général de droit international privé, il contribue à développer ce droit global par l'entremise de la *lex mercatoria*. L'arbitrage international est alors actuellement la source la plus dynamique d'une nouvelle

⁷⁵ *Id.*, p.139

⁷⁶ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.283

⁷⁷ C SCHMITTHOFF, « The unification of the law of international trade », (1968) 105 *JBL.*,

L'auteur mentionne que la *lex mercatoria*

⁷⁸ C. STOECKER, « The Lex Mercatoria: To what extent does it exist? », (1990) 101-7 *Int. Arbitr.*
L'auteur énonce qu'une *lex mercatoria* est instituée initialement afin de répondre à un besoin international.

⁷⁹ *Id.* L'auteur ajoute à sa délimitation susmentionnée que la *lex mercatoria* est spontanée.

⁸⁰ B GOLDMAN, « The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria », *Julian DM Lew Ed* 1987. Le professeur Goldman perçoit la *lex mercatoria* comme un ordre légal tiers regroupant un ensemble de principes pour encadrer le commerce international sans nécessairement s'appuyer sur un droit domestique particulier.

loi commerciale globale. Les tendances actuelles en matière d'arbitrage peuvent bien présager une évolution future non seulement de la pratique arbitrale internationale, mais aussi du droit commercial global⁸¹. L'encadrement officiel du financement de l'arbitrage par un tiers y serait inclus.

Dans le commerce international, ce droit global est appelé un droit mondial issu d'organisation internationale et transnationale (telles que la CNUDCI)⁸². Admis par L'État, ce dernier est perçu comme étant un droit étatique mondial régissant les relations entre les opérateurs du commerce international⁸³. Ce genre d'initiative produit ainsi une règle mondialisée par compromis. Ce droit est alors reconnu par la communauté commerciale internationale comme une solution juridique applicable dans l'espace international, indépendamment de la localisation de la situation qu'elle entend régir. Cette initiative dépasse certaines spécificités du droit tant national qu'international qui peuvent handicaper le bon déroulement du commerce international⁸⁴. Dans le financement de l'arbitrage commercial par un tiers, ce droit se manifeste par la *lex mercatoria*. Il vise à devenir un modèle d'uniformisation et d'application des instruments efficaces déjà utilisé dans d'autres juridictions, vers la mise en œuvre du financement par un tiers dans l'arbitrage commercial à portée internationale.

Face à la mondialisation, ce droit global ou mondial peut revêtir plusieurs formes et se développe très rapidement avec l'émergence de nouvelles situations⁸⁵. À travers l'influence de la mondialisation, l'arbitrage international et le financement de l'arbitrage nécessitent alors un encadrement distinct du droit international, harmonisé, mais non centré sur le droit national. L'auteure Saskia Sassen, une sociologue reconnue pour ses études sur la mondialisation parle d'un droit global axé sur le développement d'un régime tout à fait autonome⁸⁶. Dans tous les cas, cette émergence d'une nouvelle législation requise par le

⁸¹ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.284

⁸² L. RAVILLON, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, préc., note 57., p.458

⁸³ *Id.*, Ces spécificités sont comprises dans le sens de toutes initiatives légales qui alourdiraient les procédures dans la recherche du droit.

⁸⁴ *Id.*, p.458 et 459

⁸⁵ S. SASSEN, préc., note 26., p.217

⁸⁶ *Id.*, p.218

financement est inévitable. Elle se justifie par le fait que la mondialisation est le théâtre de nouveaux problèmes naissants qui touchent aussi bien le domaine de l'arbitrage que le droit commercial et le marché international. Le financement par un tiers dans l'arbitrage n'est pas épargné et nécessite de nouvelles mesures émergentes. Cette sociologue évoque que cette émergence inévitable de nouvelles situations sur la base d'une fragmentation de la société qui a une influence sur le droit.

En suivant son raisonnement, la communauté internationale qui a recours à l'arbitrage et au financement par un tiers, est une forme de nouvelles fragmentations d'acteurs dans le commerce international en général. Pour cette dernière, la réglementation de ces différentes sphères requiert le compartimentage des mesures à prendre pour couvrir toutes les situations nouvelles qui surviennent. C'est ainsi que selon l'auteure, toutes les nouvelles réglementations prises se « juridifient » elles-mêmes en fonction de nouveaux cas⁸⁷. Par conséquent, le financement de l'arbitrage par un tiers est dans le besoin d'une réglementation segmentée des normes déjà présentes en droit commercial international. Ainsi, à travers le droit global, qui est ici les régimes juridiques transnationaux en matière d'arbitrage, le financement par un tiers est, selon les termes de Saskia Sassen, un segment qui revendique par la force des choses une compétence globale, qui est toutefois définie par les limites externes de sa juridiction selon les critères spécifiques territoriaux⁸⁸. Sous l'impulsion de la mondialisation, l'encadrement officiel du financement de l'arbitrage par un tiers et de l'arbitrage international devrait, à cet égard, déboucher sur une législation globale partant d'une juridiction nationale qui unifie l'appareil administratif global, au-delà de la division classique de privé et public du droit⁸⁹ connu à l'intérieur du territoire national.

En somme, dans le cas du financement de l'arbitrage par un tiers, la législation globale à mettre en place se baserait sans équivoque sur la *lex mercatoria*. Les lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial peuvent être mentionnées comme exemple

⁸⁷ *Id.*, p.219

⁸⁸ *Id.*, p.219

⁸⁹ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.278

d'initiatives pouvant inspirer cette législation globale du financement par un tiers. La *lex mercatoria* serait effectivement la plus pertinente pour régler le financement de l'arbitrage par un tiers. La raison est qu'elle est reconnue par la juridiction nationale comme source de droit, mais surtout qu'elle remplit de façon effective la fonction de droit positif constitué de règles et normes juridiques déjà existantes ou en processus de formation. Goldman a apporté ce point en mentionnant que même si la *lex mercatoria* n'est encore qu'un système légal incomplet et en développement, les sentences arbitrales sont suffisamment nombreuses pour l'appuyer⁹⁰, et peuvent constituer une sorte de droit positif si le tribunal est doté d'une autorité suffisante pour que les parties acceptent volontairement le verdict rendu.

Quand bien même les initiatives d'encadrement juridiques du financement par un tiers ne sont pas encore assez vastes pour encadrer totalement la pratique, le processus est en cours. Avec le temps et le développement de la pratique, les décisions arbitrales cumulées concernant le financement pourraient construire ce nouvel ordre juridique global basé sur les décisions des tribunaux. Cet ordre global émergent aurait pour mérite de bénéficier d'empirisme. De plus, il pourrait répondre parfaitement au besoin du commerce international sur le terrain. La pertinence de la *lex mercatoria* pour encadrer le financement de l'arbitrage par un tiers, ainsi que l'arbitrage international jouit de l'avantage de prôner l'équité par l'intermédiaire de procédures informelles et rapides.

c- Tiers financeurs : nouvel acteur dans l'arbitrage commercial international

L'État n'est plus le seul acteur prépondérant sur la scène internationale. Pour faire face aux enjeux globaux, les débats portant sur sa souveraineté sont en phase d'inclure de nombreuses autres questions qui imposent une concession de sa part⁹¹. Cette souveraineté fait face à une crise et l'État doit être ouvert à certaines régulations de la part d'acteurs privés pour la bonne marche du commerce global. Robert Nye et Joseph Keohane parlent de l'importance de la réflexion sur une interaction régulière entre les acteurs

⁹⁰ Berthold GOLDMAN, *Lex Mercatoria*, Deventer: Kluwer law and taxation publ., 3, coll. Forum international 1(1983), 1983., p.5-7

⁹¹ Delimatsis PANAGIOTIS, « A global law perspective of the WTO », (2012) 17 *Tilburg Law Rev.*, p.289

gouvernementaux et non gouvernementaux à travers les frontières⁹². À la lumière de l'étude de ces derniers, un ajustement du rôle de l'État se fait automatiquement avec la mondialisation. La régulation des échanges commerciaux n'est plus exclusivement nationale. Elle se fait aussi à l'international, et majoritairement par l'intermédiaire de la *lex mercatoria*⁹³. L'État est soumis à un partage d'attribution et à une nouvelle considération de nouveaux acteurs intervenant dans ses activités. Les sociétés de financement de l'arbitrage peuvent être incluses dans cette catégorie de nouveaux acteurs, étant donné la place accrue qu'ils occupent. De plus, elles contribuent à la montée d'une mondialisation du pouvoir qui se distingue par des règles de jeu qui ne relèvent plus strictement de la compétence des gouvernements.

Les acteurs privés forment progressivement un modèle mixte public et privé et sont en phase d'élaborer une nouvelle autorité qui va au-delà de leurs formes privées habituelles. La pratique exige que ces acteurs se dotent de nouvelles attributions qui ne peuvent être prises en charge par le droit national. Aujourd'hui, dans le contexte de privatisation, de la dérégulation et de la marchandisation, le domaine international devient de plus en plus transnational, car les États couvrent de moins en moins de transactions qui se font au-delà de leurs frontières. Les régimes prennent le relais et prolifèrent aussi bien sur le plan bilatéral que multilatéral. Cette multiplication de régimes privés, non institués par les pouvoirs publics, peut être considérée comme le signe que le marché a besoin de plus de réglementation que l'État ne pourra offrir. Le droit mou, considéré comme un droit souple et non obligatoire devient de plus en plus présent parce qu'il traite des cas que le droit strict avec son aspect contraignant ne peut couvrir⁹⁴, surtout sur la scène internationale.

Afin de tirer le maximum de profit de la mondialisation, les acteurs privés jouent un rôle important dans l'internationalisation de l'autorité politique et juridique de l'État. De cette façon, ces acteurs privés sont devenus importants dans la réglementation internationale. Le tiers financeur ou les compagnies de financement de l'arbitrage prennent le rôle d'individus

⁹² J NYE et R KEOHANE, « Transnational relations and world politics: A conclusion », (1971) 25-3 *Camb. Univ. Press.*, p.334-335

⁹³ D. PANAGIOTIS, préc., note 91., p.291

⁹⁴ S. SASSEN, préc., note 26., p.165

privés qui instituent les normes supranationales et intergouvernementales nécessaires à l'économie globale⁹⁵ et au commerce international. Avec les gouvernements, ces acteurs privés composent le système d'échange multilatéral qui a comme objectif de générer et de maintenir un marché commercial qui permettrait la prospérité de ces initiatives individuelles⁹⁶, pour contribuer au bon déroulement du commerce international.

Selon le professeur Dalhuisen, l'interprétation et l'explication de la loi nécessitent traditionnellement des interprètes et des communicateurs. Dans le monde actuel, il ajoute à ces deux : les porte-paroles. Ces derniers sont moins formels, mais tiennent une place importante dans le rôle normatif de l'élaboration du droit au niveau transnational. Le professeur invoque que selon une approche « bottom-up » dans laquelle les acteurs contribuent eux-mêmes dans l'élaboration des lois qui les régissent⁹⁷, on peut distinguer clairement ce rôle participatif du financeur d'arbitrage dans la formation du droit. En effet, face au manque de juridiction nationale et internationale formelle, on constate la façon dont ces bailleurs se regroupent et produisent divers codes de conduite et de régulations de type non contraignantes pour encadrer leurs pratiques.

Le tiers financeur lui-même est alors la personne ressource qui est la mieux placée pour un tel encadrement dans l'arbitrage commercial international contemporain. Il est classé parmi ces acteurs émergents qui remplissent une fonction capitale de par son apport financier dans la résolution du litige. Les initiatives d'encadrement de ces bailleurs sont situées en aval. En amont, les autres acteurs impliqués dans le FAT contribuent aussi à l'encadrement. On peut notamment citer le rôle des juges et arbitres qui se prononcent sur le FAT. Ces sentences sont, par la suite prises en références pour améliorer continuellement la pratique du financement et sa technique. Cet encadrement, construit autour de l'initiative de tous ces acteurs confrontés au FAT, se trouve être renforcé par la mondialisation. Cette dernière donne plus de poids au règlement alternatif de différends d'ordre commercial. En schématisant les relations transnationales, on peut avoir une idée de la place que possède

⁹⁵ *Id.*, p.165

⁹⁶ D. PANAGIOTIS, préc., note 91., p.289

⁹⁷ J. H. DALHUISEN, préc., note 46.

le tiers financeur vis-à-vis du gouvernement et des institutions responsables de l'arbitrage⁹⁸.

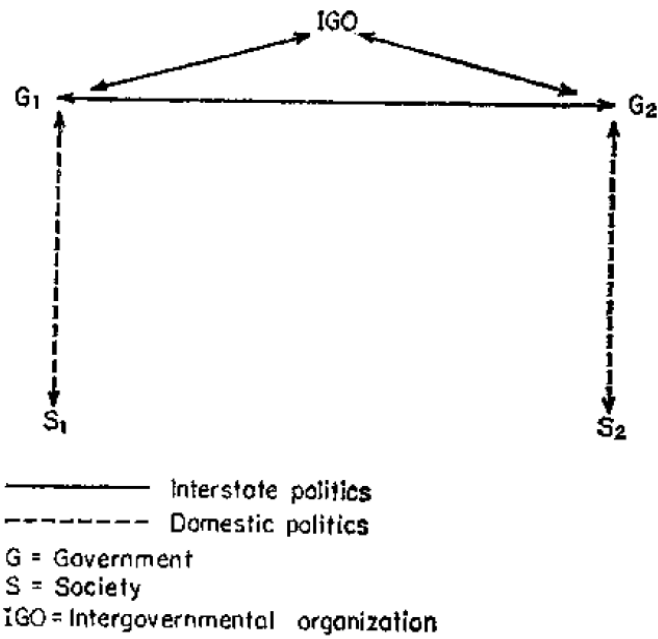


Figure 1. A state-centric interaction pattern

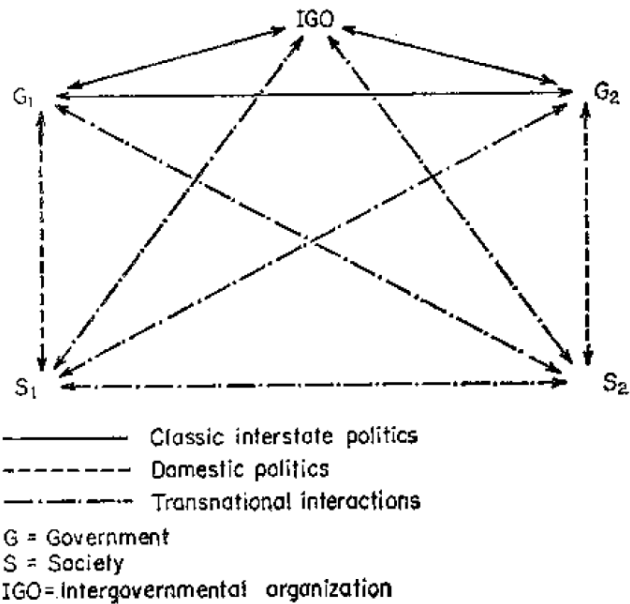


Figure 2. Transnational interactions and interstate politics

⁹⁸ J. NYE et R. KEOHANE, préc., note 92.

À travers ces représentations, on peut aisément comprendre que régler le financement de l'arbitrage par un tiers ne peut se faire sans un ajustement du rôle politique et juridique de l'État. Les auteurs Joseph Nye et Robert Keohane mentionnent que dans une relation transnationale dans laquelle deux personnes de différents pays concluent une entente, une juridiction étatique particulière ne peut prétendre régir complètement le contrat. Les organisations intergouvernementales ont ce rôle. Selon une approche stato-centrée, on peut alors comprendre que le tiers financeur ne peut être soumis à une juridiction étatique particulière. Son émergence doit être encadrée par un mélange d'une politique qu'on pourrait qualifier de législative domestique et interétatique.

C'est dans ce sens que la première représentation (figure 1) révèle un schéma classique de relation internationale. Dans notre cas, cette relation peut se faire entre une institution comme une cour arbitrale, un gouvernement et deux personnes partenaires commerciaux en litige, avec un tiers financeur. Le gouvernement peut interagir avec les deux acteurs par l'intermédiaire des traités et des Conventions en matière d'arbitrage. Néanmoins, les lignes supplémentaires qui apparaissent dans le deuxième schéma indiquent les interactions transnationales. Dans la deuxième représentation (figure 2), on peut comprendre que les individus et les organisations peuvent chacun jouer un rôle dans la politique. Ils peuvent participer à une coalition qui contrôle ou qui influence les orientations gouvernementales.

Autrement, ils peuvent jouer un rôle direct vis-à-vis du gouvernement étranger ou des autres parties impliquées dans la résolution du litige en outrepassant le gouvernement. Dans le cas du financement par un tiers où les arbitres optent pour une règle transnationale, il est nécessaire d'élaborer une régulation de la pratique du financeur qui devient un nouvel acteur à part entière, aussi bien dans la résolution du litige, dans l'arbitrage commercial international que dans les relations internationales. Pour souligner l'importance du bailleur dans le schéma, on peut comprendre que sans le financement, les procédures de règlement de différend n'auraient même pas pu être entamées.

Partant de cette considération, il est manifestement clair que cet encadrement devrait se faire. Il devrait être effectué à travers un régime non étatique qui a un caractère similaire à la *lex mercatoria*, ou tout simplement par l'intermédiaire d'un droit global contraignant qui ne serait pas encore envisageable pour l'immédiat. De plus, dans les transactions commerciales internationales, il est certain que le rôle prépondérant des acteurs autonomes comme le tiers financeur ne cesse de s'accroître. L'émergence de la *lex mercatoria* est ici justifiée comme complétant les notions fondamentales de justice, de paix sociale, d'ordre public et d'efficacité parce qu'elle devient suffisamment pressante face au manque d'encadrement⁹⁹. C'est ce qui se rencontre dans le financement par un tiers qui lui-même est une pratique en ascension.

Cette régulation internationale privée évolue rapidement et justifie cette nécessité de faire émerger un corps de régulation d'initiative privée hors nationale. Influencés par la mondialisation des affaires, les acteurs comme les financeurs d'arbitrages proposent des solutions à portée de main pour stimuler les transactions économiques à travers l'élaboration de normes. Même s'ils peuvent travailler dans l'ombre, les entités particulières qui travaillent dans la régulation des activités privées connaissent une augmentation constante. Cela conduit à une modification de l'ordre légal ainsi qu'à une réflexion continue sur des sujets comme la normativité de la future loi de commerce mondial¹⁰⁰.

Dans la pratique, ces tiers financeurs ressentis comme nouveaux acteurs dans l'arbitrage commercial international constituent une véritable industrie. Ils sont nombreux à être actifs et en affaire. Cependant, de par leurs chiffres d'affaires, il ne semble n'y avoir qu'une

⁹⁹ J. H. DALHUISEN, préc., note 46., p.24

¹⁰⁰ D. PANAGIOTIS, préc., note 91., p.289

poignée de bailleurs qui sont spécialisés dans le financement des procédures arbitrales internationales à en croire l'auteur Von Goeler¹⁰¹. Il cite :

- Bentham IMF Ltd a investi 98.6 millions AUD en 2014. Il est coté en bourse en Australie depuis 2001. Il possède des filiales dans plusieurs pays : aux États-Unis (à New York et à Los Angeles), aux Pays-Bas et au Royaume-Uni,
- Burford Capital Ltd a engagé 350 millions USD avec une moyenne de 8 millions par investissement en 2014. Il est aussi coté à la bourse de Londres et aussi présent à New York,
- Juridica Investments Ltd a, pour sa part, engagé 147,7 millions USD avec une moyenne de 6 millions USD par cas investi,
- Calunius Capital LLP a prêté 90 millions GBP. Il a octroyé en moyenne 4.5 millions USD par investissement. Il est aussi enregistré en Angleterre et au Pays de Galles, et enfin,
- Harbour Litigation Funding Ltd dispose de 400 millions de GBP.

Ces sociétés de financement sont cotées en bourse dans certains cas, mais les gestionnaires de fonds proviennent tous de différents milieux. Ils sont notamment composés de professionnels du monde académique, juridique, bancaire, financier, des assurances, de la comptabilité, des fonctionnaires exécutifs ou gouvernementaux, et des magistrats qui possèdent souvent un bagage multidisciplinaire varié dans plusieurs domaines¹⁰². Toutefois, il existe aussi des financeurs de litige qui investissent leurs propres fonds de façon directe ou indirecte. C'est le cas de Crédit Suisse, de la Deutsche Banque, de Alchemy, de Elliot ou d'autres. Il est possible de présager que les réserves de capital et l'ampleur de l'investissement de ces derniers peuvent dépasser de loin les principaux bailleurs de fonds susmentionnés, mais leurs activités dans le règlement des différends restent privées et obscures¹⁰³. Par conséquent, que ces sociétés de financement aient des bilans dévoilés ou couverts, elles sont de véritables acteurs puissants et influents dans l'arbitrage commercial international.

¹⁰¹ J. VON GOELER, préc., note 5., p.76

¹⁰² *Id.*, p.76 et p.77

¹⁰³ *Id.*, p.77

d- Coopération vers l'uniformisation des pratiques

Le financement de l'arbitrage commercial international est pareil à l'arbitrage commercial international. La souplesse dans les transactions transnationales est requise dans la régulation. Les conditions fixées par la loi nationale sont rarement accommodantes, voire inadéquates dans la mesure où les financiers peuvent ne pas avoir un statut juridique légal dans le pays où l'arbitrage du litige siège¹⁰⁴. On assiste alors entre les nations une intégration de pratique qui s'accompagne d'une mondialisation juridique et d'un recul sans précédent des particularismes juridiques nationaux¹⁰⁵. La législation nationale ne peut pas s'approprier aussi simplement ces nouveaux besoins internationaux en matière commerciale; il y a aussi un besoin essentiel d'un droit commercial global qui lui est propre¹⁰⁶. La formation de ce modèle reviendrait à la *lex mercatoria* et se distinguerait, selon les termes utilisés par l'auteur Saskia Sassen, à une organisation décentralisée des procédures de règlement des différends commerciaux internationaux autour des institutions arbitrales et des acteurs qui sont à la fois complémentaires et concurrents¹⁰⁷. Qu'il y ait donc complémentarité ou concurrence, la coopération est de mise.

L'arbitrage fonctionne en partie grâce à l'application des mesures et des sentences. Cette force vient toujours avec l'aval des États¹⁰⁸ qui reflète entièrement leur coopération. L'efficacité du régime d'arbitrage commercial international actuel vient alors du support fourni par les États-nations qui conviennent entre eux de coopérer bilatéralement, régionalement ou multilatéralement pour la régulation de l'arbitrage commercial international¹⁰⁹. Les frontières sont remises en question. Les limites géographiques d'un pays accueillant les échanges en matière commerciaux sont comme toutes les frontières entre les diverses couches de gouvernance : public, privé, régional, national, supranational, régional et international. Il y a une interconnexion inextricable¹¹⁰. En définitive, la

¹⁰⁴ Emmanuel GAILLARD, « Transnational law: A legal system or a method of decision making? », (2001) 17-1 *Arbitr. Int.*, p.61

¹⁰⁵ L. RAVILLON, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, préc., note 57., p.459

¹⁰⁶ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.379

¹⁰⁷ S. SASSEN, préc., note 26., p.164

¹⁰⁸ *Id.*, p.164

¹⁰⁹ , p.125

¹¹⁰ *Id.* ,p.287

coopération entretient ce nouveau besoin d'organisation et est nécessaire pour s'adapter à la mondialisation qui a mené à ce déplacement du pouvoir de régulation du public aux privés, du national au global. L'intégration du tiers financeur dans ces plateformes de coopération n'est pour l'instant pas encore tout à fait en place. En tant que professionnels, ces derniers n'ont pas encore la place qu'ils devraient prendre, étant donné l'importance de leurs apports dans la réglementation des litiges à l'international.

Dans toute forme de régime, il est à l'avantage de l'État de coopérer. Selon une approche réaliste en relations internationales, la coopération est l'élément central d'un régime, bien avant le pouvoir¹¹¹. La théorie des jeux très utilisée dans les relations internationales prescrit cette stratégie coopérative de l'État. Selon cette théorie élaborée par le professeur Robert Axelrod, les États ont un intérêt suprême dans le jeu de la coopération. Même si manifestement certains gagnent et d'autres perdent, sur le long terme, le comportement coopératif est toujours la meilleure stratégie. La défection d'un État peut nuire à son image et peut établir des précédents qui pourront être utilisés contre lui par d'autres pays. Cette coopération est selon la théorie, une forme pour expliquer la multiplication d'organisations et de régimes internationaux¹¹². Hasenclever appuie cela en garantissant que la coopération est importante tant que l'objectif de tous les acteurs adhérents dans le régime tend vers la stabilité ou l'amélioration du régime international¹¹³. Quand bien même les États peuvent être anarchiques, les régimes facilitent la coopération¹¹⁴ qui s'illustre par les intérêts mutuels regroupés.

En l'état actuel, cette coopération est encouragée au niveau des institutions multilatérales qui n'émettent aucune disposition apparente en matière de financement de l'arbitrage. Même l'OMC promeut une gouvernance plus inclusive portée vers la coopération avec des acteurs transnationaux non seulement étatiques et privés¹¹⁵. En matière de règlement de

¹¹¹ S. KRASNER, « Global communications and national power: Life on the Pareto Frontier », (1991) 43-3 *World Polit.*, p.336

¹¹² S. PAQUIN, préc., note 30., p.209

¹¹³ P. MAYER, A. HASENCLEVER et V. RITTBERGER, « Integrating theories of international regimes », (2000) 26-1 *Rev. Int. Stud. Camb. Univ. Press.*, p.6.

¹¹⁴ D. BATTISTELLA, préc., note 4., p.412

¹¹⁵ D. PANAGIOTIS, préc., note 91., p.294

différend, cette coopération est pertinente entre les États eux-mêmes et par l'intermédiaire des relations que ces derniers entretiennent avec les institutions arbitrales internationales. Concrètement cette coopération se manifeste par un ordre globalisé qui inclue des normes molles ou douces (soft law) et des normes plus contraignantes (hard law) comme les traités, les conventions du GATT ou les pactes régionaux (ALÉNA, Mercosur, traité d'échange de l'Union européenne et autres). Comme dans le cas de l'OMC, quelques-unes de ces normes ont généré les bases d'une institution ou organisation qui assurent l'application des ententes. Pour ce qui est des « soft law », elles réunissent les pratiques et les autres suggestions de comportements internationaux qui sont formulées sous forme de recommandation ou de déclaration sans manifestation particulière de consentement. Il y a une large littérature qui décrit ces normes comme étant la *lex mercatoria*¹¹⁶, mais le désir de s'y conformer et de coopérer est toujours la base.

Dans le cadre du financement de l'arbitrage par un tiers, la participation de l'État est tout aussi importante dans la régulation. Il devrait coopérer avec les autres acteurs et chacun devrait proposer ses propres règles pour gouverner ses relations avec les autres pays. L'harmonisation à travers la coopération universelle dans une forme de droit global est nécessaire. Selon Saskia Sassen, l'ordre global normatif surpasse l'État national en encourageant la mise en place d'un circuit entre les frontières connectant les acteurs locaux. L'arbitrage n'y fait pas exception et l'uniformisation dans sa pratique ne serait pas envisageable sans la coopération, dans la mesure où on fait face à une forme de « gouvernance sans gouvernement » selon les termes de l'auteure Sassen. Ainsi, elle nous rappelle que c'est à travers un régime international institutionnalisé que les États reconnaissent l'existence d'une certaine obligation et sentent le besoin de l'honorer¹¹⁷. À cet égard, le financement de l'arbitrage par un tiers devrait définitivement se faire à travers une autorégulation élaborée à l'issue d'une coopération internationale¹¹⁸. Comme dans le milieu de l'arbitrage commercial international, l'État-nation n'est pas le seul acteur

¹¹⁶ L. FRIEDMAN, préc., note 25., p.356

¹¹⁷ M KARNs et K MINGST, *International organizations The politics and processes of Global governance*, Rienner Publisher, Colorado, 2004., p.12

¹¹⁸ S. KRASNER, préc., note 18., p.185

dominant dans l'élaboration de directives relatives au bon déroulement de l'arbitrage, il faudrait intégrer les associations professionnelles des financeurs.

Jusqu'à présent, il n'y a ni d'autorité centrale ni de juridiction transnationale ou supranationale capable d'imposer les Conventions ou sentences arbitrales¹¹⁹. Dans l'arbitrage commercial international, l'implantation de ces régimes internationaux favorise la coopération et la réciprocité des États pour réguler le financement par un tiers. Pour ce faire, des partenariats sont à former dans le régime, pour éviter et résorber les tensions naissant de l'arbitrage international et de son financement¹²⁰. En observant la prolifération d'institutions arbitrales internationales et l'apparition de ses différentes Cours arbitrales encore plus efficaces partout dans le monde, on constate l'émergence croissante de ce régime international en matière d'arbitrage¹²¹. Ces institutions remplissent leur but qui est de combler le manque de structure d'encadrement de l'arbitrage international. À cet effet, le régime améliore la qualité des échanges commerciaux par l'intermédiaire de l'arbitrage et enlève les obstacles à l'efficacité et à l'efficience de résolutions des litiges commerciaux internationaux¹²². Par extension, le financement devrait vraiment être encadré par un régime spécifique qui serait la synthèse des mesures d'autorégulation que connaît le marché international actuel. La *lex mercatoria* est à cet égard, l'ordre légal différent des droits domestiques confinés par le territoire national qui peut réguler des pratiques transnationales¹²³ et qui illustre cette coopération entre les acteurs impliqués dans l'arbitrage et dans son financement par un tiers.

Les définitions de régime mettent l'accent sur l'importance d'une coopération décentralisée des acteurs internationaux (commerçants ou autres) sans pour autant avoir

¹¹⁹ K. LYNCH, préc., note 109., p.77

¹²⁰ *Id.*, p.79

¹²¹ On peut notamment citer la Cour Internationale d'arbitrage CCI, LCIA, LA Cour Européenne d'arbitrage, l'institut d'arbitrage de Stockholm, la Chambre d'arbitrage de Paris, American arbitration association, International Congress and Convention Association (ICCA), Chartered institution of Arbitrators (CIA), Hong Kong International Arbitral Center (HKIAC),...

¹²² K. LYNCH, préc., note 109., p.86

¹²³ J. H. DALHUISEN, préc., note 46., p.24

besoin d'institutions contraignantes pour la mise en œuvre d'une sentence¹²⁴. Non seulement dans le financement de l'arbitrage par un tiers, mais aussi dans l'arbitrage commercial international, la compétence de l'État régulateur est diminuée en faveur des institutions et des autres initiatives multilatérales ou bilatérales en faveur de l'arbitrage. Ce phénomène est apparent et devrait donner naissance à une étape supplémentaire de la coopération, qui est la production d'un instrument international responsable du phénomène. À travers la *lex mercatoria* qui prend de plus en plus de place dans la régulation du système commercial international, l'État et les acteurs dans le financement de l'arbitrage international devraient profiter de la structure pour parfaire l'application du financement par un tiers. La coopération et la complémentarité devraient être les mots d'ordre à la place de la fervente rivalité¹²⁵ entre toutes ces personnes impliquées, dans la mesure où la finalité visée est la même : l'harmonie du commerce international.

II- Financement de l'arbitrage par un tiers dans le domaine de l'arbitrage commercial international

a- Évolution de la doctrine sur le financement par un tiers

Le financement par un tiers a pour source doctrinale le champerty et le soutien délictueux qui ont été traduits des termes anglais *champerty* et *maintenance*¹²⁶. Ces derniers sont issus de la Common law. Avant de s'étendre dans l'Empire britannique, ils ont été appliqués les premières fois dans les modèles juridiques grecs et romains¹²⁷. La baraterie et l'usure ont par la suite contribué aux réflexions portant sur le financement par un tiers. Dans un premier temps, le soutien délictueux, le champerty, la baraterie et l'usure ont été condamnés et considérés comme des délits ou même des crimes. La raison est qu'il pouvait s'agir d'une ingérence démesurée d'un tiers qui finance un procès dans lequel il n'a aucun intérêt direct¹²⁸. De nos jours, ils sont souvent interdits pour cause de moralité éthique et

¹²⁴ Duncan SNIDAL, « International political economy approaches to international institutions », (1997) 477 *Econ. Dimens. Int. Law*.

¹²⁵ D. PANAGIOTIS, préc., note 91., p.291

¹²⁶ Bureau de traduction TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA, *Juridictionnaire*, en ligne : <http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_c&page=9fJNhWNdEIjg.html>.

¹²⁷ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8. p.16

¹²⁸ B GARNER, West Group, 10th Ed., 2014, v° « Black'S Law dictionary », 144 quote 965

d'atteinte à l'ordre public même dans le cas où leur pratique demeure seulement dans un cadre privé et contractuel¹²⁹.

L'Europe est le berceau du champerty et du soutien délictueux. Après la conquête romaine, l'interdiction de ces pratiques permettait d'éviter que les victimes expropriées ne puissent réclamer leurs droits sur un terrain même si ceci leur a été offert à titre de reconnaissance en tant que chevaliers dignes. Ainsi, le champerty et le soutien délictueux étaient prohibés afin de démunir ces victimes de moyens financiers leur permettant de récupérer les biens dont ils ont été délestés, dans la mesure où ces derniers avaient été finalement attribués à des proches de la couronne¹³⁰. Par la suite, à l'époque médiévale, ces pratiques ont été bannies et qualifiées d'actes illégitimes puisqu'elles étaient excessivement pratiquées par les propriétaires terriens pour acquérir plus de richesse. À cette époque, ces riches propriétaires offraient leur aide afin que les individus expropriés se réapproprient leurs biens en échange d'une partie du terrain litigieux ou d'un intérêt pécuniaire exorbitant¹³¹. Le champerty et le soutien délictueux ont été érigés pour que : d'un côté, la Cour puisse être protégée des risques d'intimidation et de corruption que pouvaient infliger ces barons féodaux¹³² ; et de l'autre pour éviter une forme abusive de rente¹³³ ou d'oppression envers la partie aidée.

Le soutien délictueux se définit par une assistance malicieuse fournie par un tiers à une partie défavorisée afin de l'aider dans la poursuite de ses droits¹³⁴. Le champerty est un sous-élément du soutien délictueux et s'explique de la même façon. Toutefois, la distinction entre les deux réside en ce que le soutien délictueux peut être une assistance à des fins autres que monétaires tandis que le champerty requiert obligatoirement une compensation financière promise à la partie qui finance partiellement ou totalement le

¹²⁹ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8. p.16

¹³⁰ Key v. Vattier, 1 Ohio, 132, (1823).

¹³¹ M RADIN, « Maintenance by champerty », (1935) 24 CAL-Law Review 48.

¹³² J BENTHAM, « Defense of usury », *Bowring Ed* 1843.19-20.

¹³³ Ici, la rente est prise dans le sens économique d'un revenu tiré d'un capital dont on a la possession.

¹³⁴ *Black'S Law dictionary*, préc., note 128.

litige¹³⁵. Toutes les définitions du soutien délictueux et du champerty sont axées sur les motivations impropres et le caractère inopportun du financement visant un profit démesuré. Il en existe plusieurs définitions, mais celle avancée dans *McIntyre Estate v. Ontario*¹³⁶ est représentative de ces pratiques et couramment utilisée. Selon les termes de la Cour :

(...) Maintenance is directed against those who, for an improper motive, often described as wanton or officious intermeddling, become involved with disputes (litigation) of others in which the maintainer has no interest whatsoever and where the assistance he or she renders to one or the other parties is without justification or excuse. Champerty is an egregious form of maintenance in which there is the added element that the maintainer shares in the profits of the litigation.

Par ailleurs, la baraterie et l'usure sont étroitement liées au soutien délictueux et au champerty. La baraterie est considérée comme étant un prêt qui nécessite la protection du créancier¹³⁷. Le créancier se dote ainsi d'un droit d'intervenir pour le compte de celui qui le sollicite. Ce qui diffère le plus des deux notions vues plus haut, c'est l'ajout de la notion d'incitation « vexatoire » faite par un tiers pour encourager la poursuite du procès¹³⁸. Cet élément a beaucoup contribué à justifier l'interdiction faite à l'égard du financement par un tiers. Il faut aussi mentionner que ce financement est souvent dénoncé comme une usure puisque dans ses débuts, l'assistance se faisait en échange d'un intérêt élevé imposé par l'emprunteur¹³⁹. Cependant, l'usure s'est estompée graduellement des qualificatifs du financement puisqu'il est de plus en plus aisé d'évaluer si le taux du financement respecte ou non les limites légales permises.

Le financement par un tiers a toujours fait l'objet de débats tout au long de son évolution. Très tôt, le théoricien Bentham qualifiait ces pratiques comme un mal qui déprécie la justice par l'intervention intéressée d'une entité plus puissante dans la résolution d'un litige. En ses termes, il affirmait exactement:

« A mischief (...), a man would buy a weak claim in hopes that power might convert it into a strong one, and that the sword of a baron, stalking into court with

¹³⁵ T CAIN, « Third Party Funding of Personal injury Tort claims: Keep the baby and change the bathwater », (2014) 89-11 *Chic. Kent Law Rev.*, p.20

¹³⁶ *McIntyre Estate v. Ontario* (Attorney general), (2002), 61, O.R., (3d) 257, (C.A.)

¹³⁷ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.63

¹³⁸ Black's Law Dictionary 144 quote 965

¹³⁹ L'usure est le fait de charger un frais d'intérêt illégal comme condition à un emprunt d'argent, selon le Black's Law Dictionary, 1685, 9th ed. 2009.

a rabble of retainers at his feet, might strike terror into the eyes of a judge upon the bench »¹⁴⁰.

La Common law a désapprouvé le financement d'un litige en matière civile. Elle prétend que même si l'assistance ne constitue pas un intérêt monétaire disproportionné, mais manifeste un abus portant atteinte à la morale, le financement est toujours considéré comme un délit applicable au soutien délictueux si la partie qui s'estime lésée le soulève. Et d'ailleurs, la partie lésée seule peut réclamer son droit à l'encontre du financeur¹⁴¹. Cette perception du champerty et du soutien délictueux a été maintenue pendant une longue période. En fait, une des premières décisions classiques qui en fait état est *British Cash and Parcel Conveyors v. Lamson Store Service Co.*¹⁴². Dans cette décision, la Cour condamne la participation financière d'un tiers dans le financement d'un litige comme étant déplorable. Ce qui a été confirmé dans la Loi criminelle britannique de 1967¹⁴³ qui abolit le champerty et le soutien délictueux dans ses articles 13 et 14.

Du XIX^e siècle jusqu'à aujourd'hui, certaines juridictions comme l'Allemagne continuent de les dénoncer comme une forme d'abus et d'extorsions¹⁴⁴ même si d'autres juridictions de Common law incluant l'Australie commencent à les autoriser et à l'encadrer¹⁴⁵ en admettant des exceptions¹⁴⁶. La crainte du soutien délictueux et du champerty est toujours présente en dépit du fait que la doctrine du champerty et du soutien délictueux se défait progressivement avec les coûts élevés de la justice¹⁴⁷. La tendance tend vers l'acceptation du *Third-Party funding* inspiré de la Common law. Les perceptions et l'encadrement changent, mais les intentions sous-tendant le recours à ce genre de financement restent la base cruciale permettant de déterminer si le financement par un tiers constitue un cas

¹⁴⁰ L BENCH NIEUWELD, « Third Party Funding - Maintenance and champerty - Where is it thriving? » (7 novembre 2011), en ligne : <<http://kluerarbitrationblog.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/>>.

¹⁴¹ J ANTHONY SEBOK, « The inauthentic claim », (2011) 64-61 *Vanderbilt Univ. Law Sch.*, p.101

¹⁴² *British Cash and Parcel Conveyors v. Lamson Store Service* (1908) 1 KB 1006.

¹⁴³ PARLIAMENT OF UNITED KINGDOM, *Criminal Law Act 1967*, (juillet 1967), Chapter 58.

¹⁴⁴ Paragraphe 230 et suivant, Paragraphe 705 et suivant, Code de commerce allemand (HGB),

¹⁴⁵ GOVERNMENT NEW SOUTH WALES, *Maintenance and champerty and barratry abolition Act*, Act 88 (1993), en ligne : <<http://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1993/88>>.

¹⁴⁶ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.82 (Parmi ces circonstances exceptionnelles énumérées, il y a par exemple l'abus de procédure)

¹⁴⁷ Ph., PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par un tiers », *Rev. Arb.*, 2011,p.385.

d'abus¹⁴⁸. Dans les faits, l'interdiction peut être expresse ou implicite. Les juridictions qui l'interdisent encore sont celles de Singapour¹⁴⁹ et de la Malaisie¹⁵⁰. Le Canada, les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, Hong Kong et bien d'autres pays d'Europe ont des tentatives d'encadrement cependant avec une approche plus prudente (watch-and-wait).

b- Présence du tiers financeur dans l'arbitrage

i- Raisons d'intervention du tiers financeur

Le tiers financeur est, dans la majorité des cas, une personne morale sollicitée par une des parties impliquée dans un litige, pour financer ou, du moins, contribuer au paiement des dépenses financières liées au règlement du différend. L'intervention du tiers constitue un rétablissement de l'équilibre financier entre les parties en litige quand les coûts de procédures sont élevés¹⁵¹. Le financement peut revêtir plusieurs formes. En général, le tiers intervient quand la partie requérante ne désire pas attribuer une charge exceptionnelle aux procédures arbitrales ; ou tout simplement, si cette dernière ne veut pas compromettre sa santé financière. En outre, le recours à ce tiers financeur est un besoin quand une partie veut garder un maximum de liquidités ou ne veut pas faire apparaître dans ses bilans de dépenses qu'il y a eu paiement des frais de litige. Cette dernière situation est possible même si en cas de perte, elle est tenue de payer une compensation à la partie adverse¹⁵².

Des raisons caritatives peuvent aussi motiver un financement. Bien que quasi inexistantes en commerce, des subventions à caractère philanthropique se pratiquent aussi¹⁵³. En effet, il peut arriver qu'un arbitrage international soit financé par une association à but non

¹⁴⁸ S TENAI et SAINT-MARTIN, « Third party funding of class actions », *Nort. Rose Fullbright*, en ligne : <) <http://www.nortonrosefulbright.com/files/third-party-funding-of-class-actions-pdf-199kb-52204.pdf>>.

¹⁴⁹ *Otech Pakistan Pvt Ltd v. CLough Enginnering Ltd* qui interdit le financement par un tiers dans tous les forums.

¹⁵⁰ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.225

¹⁵¹ J. VON GOELER, préc., note 5., p.3

¹⁵² N KERAMEUS, *A quick way to justice*, Chypres, Cyprus arbitration & Mediation Center in collaboration with the Chatered intstitute of arbitrators, Third-party funding and international arbitration, 14 octobre 2013.

¹⁵³ P PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par un tiers », *Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 2011-2 (2011).

lucratif, pour laquelle l'unique profit est la satisfaction de la partie en litige¹⁵⁴. On parle généralement de service « pro bono » offert volontairement et de façon désintéressée, sans l'attente d'une rémunération ni d'une contrepartie quelconque à l'issue du litige¹⁵⁵. Ainsi, le financement peut également être confondu avec une offre faite par un « bon samaritain » selon les termes des arbitres Jan Paulson, Charles Brower et Landau¹⁵⁶.

La principale raison d'être du financement est donc qu'il s'agit d'un moyen alternatif pour une partie de payer ses frais de litige pour faire valoir son droit. Le financeur procure une aide financière en payant indirectement les démarches, en totalité ou en partialité, sous forme d'un montant forfaitaire. Toutefois, il n'est également pas exclu que la raison initiale du financement soit la recherche d'un intérêt financier en considérant l'arbitrage comme un investissement. À travers le contrat, le tiers financeur est engagé au paiement des montants couvrant les frais légaux, ceux-ci incluant les coûts d'arbitrage du requérant. Il assiste financièrement son client même si parfois il est appelé à payer les frais de la partie adverse. C'était le cas dans *Excalibur ventures v. Texas Keystone*¹⁵⁷. Dans ce litige, le financement attribué à Excalibur a été considéré à la base comme étant une erreur. Le cas était clairement perdu d'avance à en juger les faits. Selon le Juge Christopher Clarke, le bailleur aurait dû prévoir l'échec de son client. Donc, si la partie que le financeur aide perd le procès, le bailleur est aussi tenu de payer une partie des frais demandés par la partie adverse Texas Keystone¹⁵⁸.

Cependant, c'est l'approche « gagnant-gagnant » qui motive le bailleur à s'engager. Dans la plupart des situations, ce financement est assuré sans aucune possibilité de recours ni de réclamation de la part du bailleur. Souvent, il n'y a pas d'obligation de repayer le montant injecté ainsi que les intérêts sauf si la partie financée gagne le procès. Sinon, dans le cas où

¹⁵⁴ (Cf. Pinsolle, note 2) Dans le domaine de l'investissement, on peut citer l'exemple de financement par l'Open Society Initiative for Southern Africa des fermiers expropriés par l'État Zimbabween (CIRDI No. ARB/05/6)

¹⁵⁵ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.6

¹⁵⁶ *Quaskar de Valores SIVA V.S.A. et al. v The Russian Federation*, 2012 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

¹⁵⁷ N. KERAMEUS, préc., note 152.

¹⁵⁸ « Hopeless case » selon les termes du juge.

le requérant du financement perd, le financeur peut ne recevoir aucune compensation même s'il a à acquitter la rémunération des honoraires d'avocat. De plus, il peut aussi payer : les frais des arbitres ou de l'institution saisie, d'autres acteurs actifs dans la résolution, et aussi les frais divers d'expertises¹⁵⁹. En définitive, l'investisseur assume donc les frais de la procédure convenus et les risques, en étant conscient qu'en cas d'échec, il n'aurait droit à aucune rémunération ni compensation sur son avance de fonds. En somme, le tiers financeur agit comme le garant des frais de procédures dans les limites convenues par le contrat de financement.

ii- Démarche d'intervention du tiers financeur

Pour parler de son activité, la compagnie de financement Bentham IMF a sorti dans son communiqué de presse :

We've established close relationships with a number of smaller, toptier [law] firms with whom we are partnering. We view our portfolio approach as a way of providing strategic capital to elite litigation specialists. We help them recruit talent, launch a promising new litigation specialty, or provide a safety net for their own risks, allowing them to pursue new cases. In short, we help incubate [law] firms and practice groups. Importantly, we plan for the long term success of our partners Of course, we're not a bank, which is why we are extremely selective about choosing firms with strong winning records and with an eye on growth and innovation¹⁶⁰.

À la lumière de cet extrait, le tiers financeur est une compagnie qui prête de l'argent à un client impliqué dans un litige, en lui fournissant accessoirement son expertise et ses conseils¹⁶¹. En simplifiant la démarche d'intervention du tiers pour financer le litige, il peut être tout simplement mentionné que le bailleur accepte, par convention, de payer les dépenses de procédures de la partie demanderesse de financement. Le montant des fonds empruntés ainsi que leurs versements dépend du contrat et couvre au maximum les frais convenus¹⁶². Quand ils sont institués en compagnie de financement, ces tiers financeurs

¹⁵⁹ P. PINSOLLE, préc., note 153.

¹⁶⁰ IMF BENTHAM, « Bentham IMF unveils new portfolio model for litigation funding », en ligne : <<https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-documentlibrary/portfolioannouncementclean.pdf?sfvrsn=2>>, nov. 16th, 2015

¹⁶¹ V. S. SHANNON, « Reshaping Third-Party Funding », (2017) Vol. 91-3 *Tulane Law Rev.*, p.408

¹⁶² J. VON GOELER, préc., note 5. p.73

sont considérés comme des professionnels du financement. Ils se distinguent par le fait qu'ils sont souvent composés principalement de juristes et d'experts techniques constituant un organe délibérant, responsable de se prononcer sur le refus ou l'attribution d'un prêt au requérant.

Avant de s'engager dans le litige, la compagnie de financement trie les dossiers en fonction de différents facteurs liés au litige. Le comité de sélection effectue une vérification stricte (*reality check*) afin de refuser directement la requête des parties dont la demande semble être injustifiée et démesurée¹⁶³. En général, cette évaluation prend entre deux et douze semaines¹⁶⁴. L'acceptation se fait en fonction des probabilités de succès et de rentabilité de l'investissement. En outre, le comité de sélection peut trancher au regard de l'expérience et de la renommée de l'équipe d'avocats qui assiste le demandeur¹⁶⁵. Cet organe d'analyse, peut aussi investiguer sur : la solvabilité du demandeur et ses réelles motivations, le coût estimé du financement total par rapport aux résultats attendus, la nature du litige, la durée estimée de la procédure, les aspects légaux, les arbitres, le droit applicable, et surtout, les probabilités d'application de la sentence¹⁶⁶. Mise à part une réflexion sur la durée approximative du recours, une bonne connaissance de la partie adverse peut aussi influencer le tri en envisageant les risques de « can't pay » et « won't pay »¹⁶⁷ c'est-à-dire, la probabilité qu'en cas de succès, cette partie adverse et perdante au procès ait la capacité de payer sans que des recours compliqués soient nécessaires.

L'auteur Von Goeler parle de *recovery collection risk* et de *concentration risk*¹⁶⁸. Dans le premier cas, le retour sur l'investissement est risqué. Il est fort probable de rencontrer une

¹⁶³ S. BREKOULAKIS, « The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report », 2016, en ligne : <<http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/>>.

¹⁶⁴ J. VON GOELER, préc., note 5., p.16f

¹⁶⁵ F. VILLA, préc., note 13.,p. 209

¹⁶⁶ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, Cyprus arbitration and mediation centre, Oct., 14th, 2013, (http://www.cyprusarbitration.com.cy/userfiles/files/Seminars/Oct2013/A_Quick_Way_To_Justice_Seminar_14-03-2013_Official_Programme.pdf)

¹⁶⁷ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.30

¹⁶⁸ J. VON GOELER, préc., note 5., p.79

incapacité de payer ou une possible contestation de la validité de l'investissement pour des raisons juridiques, éthiques, professionnelles ou autres. La collecte de la somme peut ainsi être soumise à une attente et à des complications procédurales. Dans le deuxième cas (*concentration risk*), le risque que court le financeur se trouve au niveau de la concentration des fonds. Quand le financement d'un litige est trop élevé, il peut avoir un impact majeur sur l'actif total de la société. Le rendement de la compagnie peut être mis à mal en cas de perte du litige ; il est souvent nécessaire d'avoir l'approbation préalable du conseil d'administration au complet en plus du comité de sélection, sur le moyen d'envisager un réajustement dans la gestion du portefeuille d'investissement¹⁶⁹.

À l'issue de l'observation de ces données, la compagnie de financement entame les négociations du contenu du contrat de financement avec le requérant. Outre ces évaluations quantitatives basées sur le rapport entre la perte et le succès, il y a aussi une évaluation qualitative qui prend en compte des facteurs moins concrets, tels que : l'historique du litige, la crédibilité des parties, la composition des arbitres et l'accès aux informations liées au litige¹⁷⁰. Les résultats des évaluations quantitatives et qualitatives de chaque demande présentée au tiers financeur détermineront son rejet ou son acceptation. Dans la pratique, le comité de sélection de litige octroie le crédit quand le litige répond à un minimum de 60% des critères qu'il a établi¹⁷¹. Concernant les attentes des bailleurs : ils peuvent prévoir récupérer au moins quatre à cinq fois le montant de leurs apports bien qu'ils peuvent négocier entre 10 à 50% de la somme allouée¹⁷². Toutefois, ce profit peut varier selon le dossier et le montant mis en jeu¹⁷³. Ce montant proposé peut influencer le choix final de l'emprunteur retenu par le comité de tri.

Dans son intervention, le tiers financeur est doté de certains droits prévus par le contrat. D'abord, le bailleur possède des avantages à part entière en tant que partie au contrat de financement, et peut en jouir en tant que signataire. En dépit de la spécificité que peut avoir

¹⁶⁹ *Id.*, p.79

¹⁷⁰ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.33

¹⁷¹ J. VON GOELER, préc., note 5., p.25

¹⁷² G GHARAVI HAMID, W BEN HAMIDA et T (ed.) CLAY, *L'argent dans l'arbitrage*, Maison du Barreau, Paris, Lextenso éditions, Colloque: L'argent dans l'arbitrage, juin 2013., p.34

¹⁷³ *Id.*, p.34

chaque contrat, ses prérogatives contiennent certains droits. On peut notamment citer le droit de demander à intervenir dans la procédure arbitrale, d'avoir recours à un avocat, à un témoin, le droit de débattre, d'investiguer, de réclamer la préservation de sa propriété, d'appliquer ou de recourir à une annulation, d'exiger un dédommagement supplémentaire, de demander une mise en application, de recourir à un arbitrage ou tout simplement le droit d'y participer. Même si la liste est non-exhaustive, le tiers peut réclamer d'autres privilèges. Dans un cas extrême, il peut même demander l'annulation de la sentence arbitrale¹⁷⁴. En dépit de ces droits et du degré d'implication qu'il a dans la résolution du litige, le bailleur ne peut pas s'élever au rang de partie dans la convention d'arbitrage même si certaines souplesses peuvent être rencontrées dans certains cas. Bien qu'il ait un intérêt effectif dans la résolution du litige, pour le bon déroulement de l'arbitrage, le financeur ne devrait avoir ni accès à négocier, ni à s'ingérer dans les procédures¹⁷⁵ afin d'éviter les conflits d'intérêts et autres enjeux éthiques.

En somme, l'intervention du tiers peut se subdiviser en trois étapes distinctes : tout d'abord, la sélection des parties à financer, ensuite, la réalisation du contrat de financement et enfin le recouvrement. La sélection se divise elle-même en trois autres sous-étapes. Premièrement, il y a l'examen préliminaire qui écarte d'emblée les dossiers qui ne répondent pas aux critères du comité d'une façon globale. On y observe notamment la solvabilité du créancier ainsi que le pourcentage de succès du procès. Avant le choix final, il y a l'examen plus approfondi qui analyse la pertinence de l'investissement et la fiabilité aussi bien du client que de la partie adverse. Ces analyses sont présentées devant l'instance décisionnelle du tiers financeur, qui est, généralement, constituée par le comité d'investissement (composé de professeurs de droit, d'arbitres, d'avocats ou d'autres spécialistes). Si le comité n'émet aucune objection majeure, les négociations commencent par la suite avec le client. Ensuite, il importe de souligner la rigueur dans le tri. En appui à cela, le professeur Maximin De Fontmichel rapporte dans l'étude qu'il a menée auprès des

¹⁷⁴ M YONGSHUANG, « The design for the system of the third party's intervention in the arbitration process », (2005) Serial No.13-No.12 *US-China Law Rev.*, en ligne : <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uschinalrw2&div=44&g_sent=1&collection=journals>., p.67

¹⁷⁵ P. PINSOLLE, préc., note 153., p.400-401.

sociétés de financement de procès que seulement 10% des dossiers présentés obtiennent un financement¹⁷⁶. Ce qui est également confirmé par le rapport annuel de la société de financement Burford Capital en 2015¹⁷⁷.

La période de recouvrement est fixée en fonction de la sentence arbitrale rendue et des prévisions du contrat. L'auteur Von Goeler ajoute à ces trois, une quatrième étape qui est celle du suivi du cas. Au cours de celle-ci, le bailleur peut demander un rapport de suivi sur les récents développements et le déroulement de la procédure arbitrale. Cette étape lui permet d'avoir un certain regard sur le financement pour notamment vérifier si les frais sont alloués aux charges convenues et en respect du budget initialement établi. En fonction du contrat de financement, le tiers peut obtenir ce droit¹⁷⁸.

c- Pratique du financement de l'arbitrage par un tiers

i- Existence de contrat de financement

1. Modalités du contrat

Les modalités du contrat évoquées par les auteures Bench Nieuwveld et Victoria Shannon coïncident avec les dispositions du Code civil du Québec en matière de contrat¹⁷⁹. Pour celles-ci, le contrat est sui generis et est de nature aléatoire¹⁸⁰. Ce qui rejoint l'article 1382¹⁸¹. La raison en est que le succès ou la perte du procès est toujours incertain. Il est de gré à gré (art.1379) dans la mesure où le requérant et le financeur déterminent librement et conjointement les conditions de la convention. Ensuite, le contrat est synallagmatique (art.1980), car de façon bilatérale, les parties ont un intérêt opposé et réciproque dans l'exécution du contrat de financement. L'entente de financement se fait par échange de consentement (art.1385) et entre en vigueur à l'acceptation de l'offre reçue (art.1388 à art.1397) avec pour objet du contrat (art.1412), l'assistance financière attribuée à la partie

¹⁷⁶ M DE FONTMICHEL, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. Sociétés* 2012., p.279

¹⁷⁷ BURFORD CAPITAL, *2015 Annual Report*, 2015., le rapport avance les mêmes chiffres que l'étude du professeur Fontmichel

¹⁷⁸ J. VON GOELER, préc., note 5., p.73

¹⁷⁹ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991

¹⁸⁰ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.30

¹⁸¹ *Les articles mentionnés dans ce paragraphe font références au Code civil du Québec.*

en litige pour l'acquittement des frais de procédures. En principe, l'effet du contrat demeure entre les parties même si dans le présent travail on observera des situations où le bailleur aura à payer un montant de dommage et intérêt à l'autre partie au litige.

Ce contrat de financement matérialise la relation de financement entre le bailleur et la partie qui requiert le financement. Il peut s'agir ici d'un contrat simple dans le sens commun en commerce international, puisque la convention est bâtie de toutes pièces, afin de contenir tous les engagements négociés entre les parties, et ne concerne que les cas ponctuels d'un litige arbitral. Selon une approche de la Théorie générale des contrats, du second alinéa de l'article 1530 du Code civil du Bas-Canada, le contrat de financement contient, au moins, les trois caractéristiques majeures prévues ; il doit être : transactionnel, individualisé et peu sophistiqué¹⁸². Le contrat de financement devrait de ce fait, être d'abord, transactionnel étant donné qu'il donne naissance à un engagement contractuel entre la partie qui finance et la partie financée. Ensuite, le contrat est individualisé, car le financement s'ajuste à chaque circonstance et légalise les rapports de droit et d'obligations des deux parties qui l'ont signé. Enfin, il est peu sophistiqué et met en présence deux personnes juridiques bien distinctes qui ont chacun un intérêt clair dans la réalisation du contrat si c'est bien le contrat qui a un objet précis.

- Rencontre de volonté des parties et entrée en vigueur

L'entente se base sur la rencontre de volonté du tiers financeur en quête d'un profit et du requérant désirant financer ses procédures arbitrales. Cette rencontre entre l'offre de service et la demande de financement est la principale cause du contrat. Cependant, le financement peut être considéré comme une démarche parallèle à l'arbitrage. Il ne débute que lorsque la convention d'arbitrage est signée¹⁸³. Il évolue avec le règlement du différend. Ainsi, chaque cas se caractérise par cette rencontre de volonté. Pour citer la loi chinoise sur l'arbitrage, l'intervention du tiers dans l'arbitrage ne peut commencer que

¹⁸² J G BELLEY, « Théorie général des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26-n.4 *Cah. Droit*, DOI : 10.7202/042702ar., p.1048

¹⁸³ M. YONGSHUANG, préc., note 174., p.67

lorsque la procédure d'arbitrage a formellement commencé¹⁸⁴. Dans cette situation, le financement n'a donc pas de raison d'être s'il est engagé avant que le litige ne soit porté en arbitrage. Si l'on s'inspire de ce modèle, la rencontre de volonté coïncide alors, avec la signature d'un contrat qui ne prend effet que lorsque la procédure arbitrale commence. Dans ce cas-ci, l'objectif consisterait à éviter une rupture anticipée provenant de la partie requérante du financement¹⁸⁵. Concrètement, on cherche à éviter que ce désistement de la part du requérant au financement n'arrive, alors que le financeur a déjà mobilisé des ressources pour étudier les conditions d'éligibilité du financement. Ainsi, la rencontre de volonté peut se faire, en plusieurs étapes, en fonction de ce qui est convenu entre le bailleur et le client ; plus précisément, celle-ci peut être tacite ou formelle.

- Rôle du bailleur

Le bailleur paie les frais liés à l'arbitrage de son client. Néanmoins, selon les dispositions du contrat, le bailleur peut jouir d'un rôle actif ou passif dépendamment de son degré d'intervention dans le litige¹⁸⁶. On parle d'une approche « hands-off » quand le rôle est passif. Le bailleur se limite à fournir les ressources sans s'impliquer dans les procédures. Il demeure externe à la requête même si ses intérêts peuvent être affectés par le résultat du litige¹⁸⁷. D'ailleurs, selon le professeur Shannon, la position idéale que le tiers financeur devrait adopter est celle de partenaire financier extérieur au litige¹⁸⁸. Dans le cas contraire, on parle d'une approche « hands-on »¹⁸⁹ quand le bailleur est impliqué dans l'arbitrage. Se justifiant par le fait qu'il partage un but commun avec l'emprunteur et que ses fonds sont engagés, le financeur peut être actif dans l'arbitrage et demander à intervenir directement dans la conduite de la procédure de règlement de différend. C'est dans ce cadre

¹⁸⁴ Selon l'article 4 du *China Arbitration Law* : « (...)if a party applies for arbitration in the absence of an arbitration agreement, the arbitration commission shall not accept the case. ». REPUBLIC OF CHINA, *Arbitration Law of the People's Republic of China*, projet de loi n°No.31 (aout 1994), Promulgated by Order No.31 of the President of the People's Republic of China, en ligne : <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182634>.

¹⁸⁵ Dans l'arrêt *Hochster v. De la Tour*, 1853 England and Wales High Court (Queen's bench division), les parties ont convenu que le service allait débuté le 1 juin. Le 11 mai, la partie à financée informe qu'il n'en aura plus besoin du prêt i.e. avant l'entrée en vigueur.

¹⁸⁶ N. KERAMEUS, préc., note 152.

¹⁸⁷ M. YONGSHUANG, préc., note 174., p.67

¹⁸⁸ V. S. SHANNON, préc., note 161., p.415

¹⁸⁹ A. (ed. . DIMOLITSA et R. (ed. . CREMADES, préc., note 12.

qu'il va même jusqu'à payer la partie adverse si la sentence est en défaveur de la partie qu'il finance¹⁹⁰. L'intervention peut varier d'une situation à une autre, mais elle peut se résumer à la demande d'un simple rapport de progression à une forte exigence dans la conduite du litige (désignation de l'avocat, de l'arbitre ou de la conduite des procédures)¹⁹¹. Quoique le degré d'implication du bailleur puisse différer d'un contrat à un autre, l'entente crée toujours des droits et des obligations entre les parties. Selon les termes du contrat, le bailleur s'engage à financer les procédures tandis que le client s'engage à respecter les conditions convenues avec le financeur aussi bien durant les procédures qu'à l'issue de l'arbitrage.

- Négociation du contrat

La négociation se fait entre le requérant et le financeur et fixe les termes de la prestation du financeur, son exécution, les conditions d'exercices, les éventuelles compensations au capital investi ainsi que le temps attendu pour les recevoir¹⁹². La confidentialité du contrat de financement et l'obligation de le divulguer sont toujours laissées à la discrétion des parties et ne font pas encore l'objet de pratiques unanimes dans le milieu de l'arbitrage commercial. La décision de contracter un financement n'est prise que par les parties et en principe, les effets n'engagent que les contractants. Que ce soit à titre onéreux ou gratuit, la validité de cet accord bilatéral observe les conditions de fond et de forme négociées par les signataires. Il y a de fortes similitudes avec les négociations dans les modèles classiques du contrat. Selon les termes du Code civil du Québec, le consentement, la capacité, la cause et l'objet s'y négocient et sont constamment présents dans un contrat de financement¹⁹³ pour en former la base.

¹⁹⁰ *Excalibur Ventures LLC v Texas Keystone Inc & Ors*, [2014] 2 (England and Wales High Court (Commercial Court)).

¹⁹¹ J TRUSZ, « Full disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration », (2013) Vol.101:1649 *Georgetown Law J.*, p.1655

¹⁹² L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.19-38

¹⁹³ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991 : *Le Livre 5, Titre premier, Chapitre II du Code Civil du Québec souligne de ces dispositions relatives au contrat.*

- Contenu du contrat

Le contrat est la garantie principale des droits et obligations des parties¹⁹⁴. Il doit donc prévoir le cadre relationnel entre le client et le bailleur ainsi que les conditions d'exercices de l'entente. Le contenu accorde une attention particulière sur le fond et la forme de l'arbitrage en couvrant : l'éthique, les mesures de confidentialité, les modalités de gestion de coûts, les pertes ou les gains et de son partage, les modes de règlements de différends pouvant survenir et les possibilités de résiliation du contrat¹⁹⁵. Avec les spécificités décidées par les parties, le contrat se trouve être la base juridique, mais aussi la base éthique¹⁹⁶ du financement. Ces dispositions particulières au financement par un tiers s'ajoutent au contenu requis par le contrat classique. Il est aussi d'usage, que le contrat prévoit la constitution d'une garantie¹⁹⁷ pour éviter qu'un bénéficiaire de mauvaise foi ne disparaisse, une fois la somme encaissée. Cette garantie peut être une mise sous séquestre d'une somme d'argent, de biens immobiliers ou d'autres avoirs appartenant à l'emprunteur.

2. Effets du contrat selon la sentence

- Selon la décision

Les effets du contrat de financement dépendent de la décision du tribunal tranchant à travers la force des arguments qui lui sont présentés, les responsabilités et la théorie des dommages¹⁹⁸. Le tribunal arbitral peut décider à quelle partie incombe le paiement des frais ou dans quelle proportion ils seront partagés¹⁹⁹. Si les arbitres n'imputent pas les coûts au perdant, il est d'usage que chacune des parties prenne ses charges et assume la moitié des frais divers de l'instance, indépendamment de l'issue du litige²⁰⁰. Les effets du contrat sont donc tributaires de l'issue du litige et engagent les parties en conflit.

¹⁹⁴ J MAÎTRE EL AHBAD, « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage », (2014) (à paraître) *Fédération Cent. Arbitr.*, en ligne : <<http://www.fca-arbitrage.com/publication-de-maitre-jalal-el-ahdab-vice-president-du-conseil-scientifique-du-centre-de-mediation-et-darbitrage-pres-la-ccfa/>>, p.35

¹⁹⁵ F. VILLA, préc., note 13., p.209-210

¹⁹⁶ *Id.*, p.209

¹⁹⁷ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172.,p.34.

¹⁹⁸ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.30

¹⁹⁹ COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE, *Règlement d'arbitrage Règlement de médiation*, ICC 865-0 FRA (2012), Chambre de Commerce Internationale., Article 37.4

²⁰⁰ J ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001., p.363

- En cas de succès de la partie financée

Dans plusieurs cas, le contrat n'échoit pas à l'entrée en vigueur de la sentence arbitrale, il peut couvrir toute la phase de recouvrement des créances. En cas de succès, la rémunération du bailleur peut dépendre du montant effectif recouvré par la partie financée et non seulement de la condamnation énoncée par le juge²⁰¹. Si la partie financée obtient gain de cause, elle partage le montant perçu avec le tiers financeur selon les dispositions du contrat. Le montant à payer au bailleur peut varier en fonction du temps nécessaire au recouvrement, de la valeur potentielle du litige ou encore du montant de fonds avancé²⁰². Dans la plupart des cas, le rendement maximum que perçoit le bailleur peut aller jusqu'à trois fois le montant investi, mais il se situe en général entre 20% et 40% de la somme empruntée²⁰³. La partie financée a la charge de la distribution du montant gagné. Un accord de priorité (*priority agreement*) souvent prévu en annexe au contrat de financement énonce qui sera payé préalablement aux autres. Pour citer un exemple, Calunius Capital LLP²⁰⁴ prévoit en général dans ses contrats de financement qu'en cas de succès le remboursement se fait en cascade. La partie en litige procède au paiement et le tiers financeur est remboursé en premier de son investissement et de ses intérêts. Par la suite, elle doit payer les assureurs puis ensuite les avocats avant qu'elle ne puisse jouir du reste du montant²⁰⁵.

- En cas de perte du procès

Si la partie financée est perdante, le bailleur paie généralement les frais du procès sans aucune obligation de remboursement. Il perd son investissement²⁰⁶. L'adage : *accessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le principal) s'applique dans le sens où la défaite dans le procès en arbitrage entraîne automatiquement le paiement des dommages

²⁰¹ F. VILLA, préc., note 13. p.2018

²⁰² US CHAMBER INSTITUTE FOR LEGAL REFORM, *Selling Lawsuits, buying trouble, third-party litigation funding in the United States*, octobre 2009, en ligne : <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>.

²⁰³ J. VON GOELER, préc., note 5., p.73

²⁰⁴ *Calunius Capital est une compagnie Londonienne spécialisée dans le financement de litige et d'arbitrage international* (<http://www.calunius.com/>).

²⁰⁵ J. VON GOELER, préc., note 5., p.34

²⁰⁶ *Id.*, p.73

et intérêts engendrés. En principe, le tribunal statue sur la responsabilité en fonction du sort du litige. L'exception est possible quand il y a une convention contraire signée entre les parties ou quand le tribunal estime qu'il y a besoin de dérogation pour la totalité ou une fraction des frais²⁰⁷. En présence de ces circonstances exceptionnelles, le tribunal n'aura plus à se prononcer sur les coûts. Toutefois, advenant la perte au procès, le tiers financeur peut aussi être appelé à payer les frais. C'est ce que l'on rencontre dans un *hopeless case*²⁰⁸ dans lequel le financeur est supposé avoir conscience du risque élevé de défaite de la partie financée, mais s'engage quand même de son plein gré à accorder le prêt. C'est pour s'en prémunir que le bailleur négocie habituellement une indemnité afin de compenser le risque. Autrement, le bailleur peut demander dans le contrat de financement à ne pas payer la partie adverse en cas de perte du procès et ainsi laisser la partie en litige à lui-même.

ii- Modalités de financement

1. Structure du financement

Fournir une structure définitive, précise et uniforme à tous les types de financement par un tiers peut se révéler incomplet. Selon le cas, le modèle peut être complexe et doté de plusieurs facettes²⁰⁹. La structure du financement est fixée en fonction de l'issue de la négociation du contrat de financement. Ce qui fait qu'elle peut revêtir plusieurs formes²¹⁰. Pour parler du NAMIC²¹¹ aux États-Unis, on distingue deux grandes catégories de financement²¹² en fonction de la personne financée. Il peut y avoir des requérants

²⁰⁷ ORTSCHIEDT, J., « La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international », Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, p.362.

²⁰⁸ Selon la qualification vue dans le cas *Excalibur ventures LLC v Texas Keystone Inc. and others*, 2014 EWHC. Ici, le financeur est considéré comme ayant financé un cas réputé perdant d'avance.

²⁰⁹ C.BOGART, « Third party funding in international arbitration », *Burford Capital* 22, Janvier 2013, www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration/#. Selon les termes de l'auteurs, il s'agit "[F]inancing (...) by third parties is neither new nor (...) black and white manner (...), the practice is complex and multi-faceted.

²¹⁰ F. STEFFEK, H. UNBEARATH, H. GENN, R. GREGER et C. MENKEL-MEADOW, *Regulating Dispute Resolution ADR and access to justice at the crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013., p.154

²¹¹ Le *National Association of mutual insurance companies* (NAMIC) est une société de financement de litige dont le montant de l'investissement dans un cas peut dépasser \$15 millions.

²¹² N ALLDREGE, R DETLEFSEN, J THESING, D REDDICK et M BROWN, *Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for profit*, National Association of Mutual Insurance

individuels et d'autres personnes ayant un statut de sociétés. Dans un cadre individuel, le financement couvre plus souvent les dommages personnels et est généralement de moins de 10 000 dollars. Dans la seconde catégorie, le montant est plus élevé. L'argent est souvent payé en avance et le montant des dommages-intérêts accordés est partagé au prorata. Ainsi, la structure dépend de la clientèle et de l'enjeu du litige. Pour le cas d'une personne privée, le modèle est plus simple et se caractérise par la connexion entre les acteurs (financier et financé) et l'objet du contrat qui est le financement. S'il s'agit d'un financement requis par une entreprise, les enjeux financiers sont plus élevés ; par conséquent, l'utilisation d'expertises additionnelles sera souvent requise, ce qui complexifie la structure du financement.

La structure du financement se concrétise par une relation entre le bailleur et l'emprunteur. Il y a donc un transfert de la responsabilité du paiement des frais du litige. En effet, la partie en litige ne paie pas directement les frais d'arbitrage. Le bailleur en a la charge. On parle d'une cession d'obligation en Droit civil ou de la doctrine d'*assignment* en Common law. Ce qui suppose qu'il y a un transfert de droit et de propriété d'une personne (*assignor*) à une autre (*assignee*)²¹³. En d'autres termes, on suppose que la partie financée qui est le cédant, et qui nécessite un financement, transmet le paiement des procédures arbitrales au financier, qui à son tour va acquérir le droit du cessionnaire par échange de consentement. Pour se référer au chapitre septième, section I du Code civil du Québec, on peut faire le lien avec la notion de cession de l'obligation d'acquitter les frais par l'entremise d'un contrat de financement²¹⁴.

2. Acteurs et relations entre eux

Selon l'auteure Lisa Bench, le financement par un tiers est caractérisé par une relation entre le client, son représentant et le bailleur. Cette relation entre les acteurs participant au financement change en fonction du bailleur et de son statut. Néanmoins,

Companies (NAMIC), State of Policy and Affairs Department, mai 2011, en ligne : http://www.namic.org/pdf/publicpolicy/1106_thirdPartyLitigation.pdf (consulté le 14 janvier 2015).

²¹³ T. CAIN, préc., note 135., p.19.

²¹⁴ *Code Civil du Québec*, L.Q., 1991

l'issue de la négociation entre le financeur et l'emprunteur peut changer cette relation. En synthétisant tout cela, on peut dire que : le contrat de financement est la base finale qui fixe, non seulement la relation entre ces acteurs, mais aussi l'attitude que le bailleur doit observer tout au long de la procédure²¹⁵ par rapport aux autres acteurs. La même auteure schématise cette relation de la façon suivante : le lien change si l'emprunteur est un simple prêteur ponctuel ou un professionnel (une banque ou une compagnie d'assurance).

Selon le schéma ci-dessous (Relationship between players involved in funding), la relation la plus simple est celle représentée en premier lieu, dans laquelle le client finance lui-même le procès. Dans les autres cas, le bailleur entre en jeu et son intervention est fixée en fonction de la situation. Quand le financeur est une banque, elle n'a pas de relation avec le représentant du client, lequel est, le plus souvent, l'avocat. Ce qui permet d'éviter d'aller à l'encontre des règles éthiques et professionnelles. Quand le financeur est une compagnie d'assurance traditionnelle, c'est cette dernière qui passe directement l'entente et paye le représentant; cela lui permet d'avoir un contrôle plus étendu²¹⁶ et un pouvoir plus complet, dans une procédure plus rapide. Ce changement de contrôle est justifié par le fait que le client délègue tous les détails de l'affaire à son représentant qui est désormais le seul acteur actif.

²¹⁵ Franco , p.209

²¹⁶ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.5

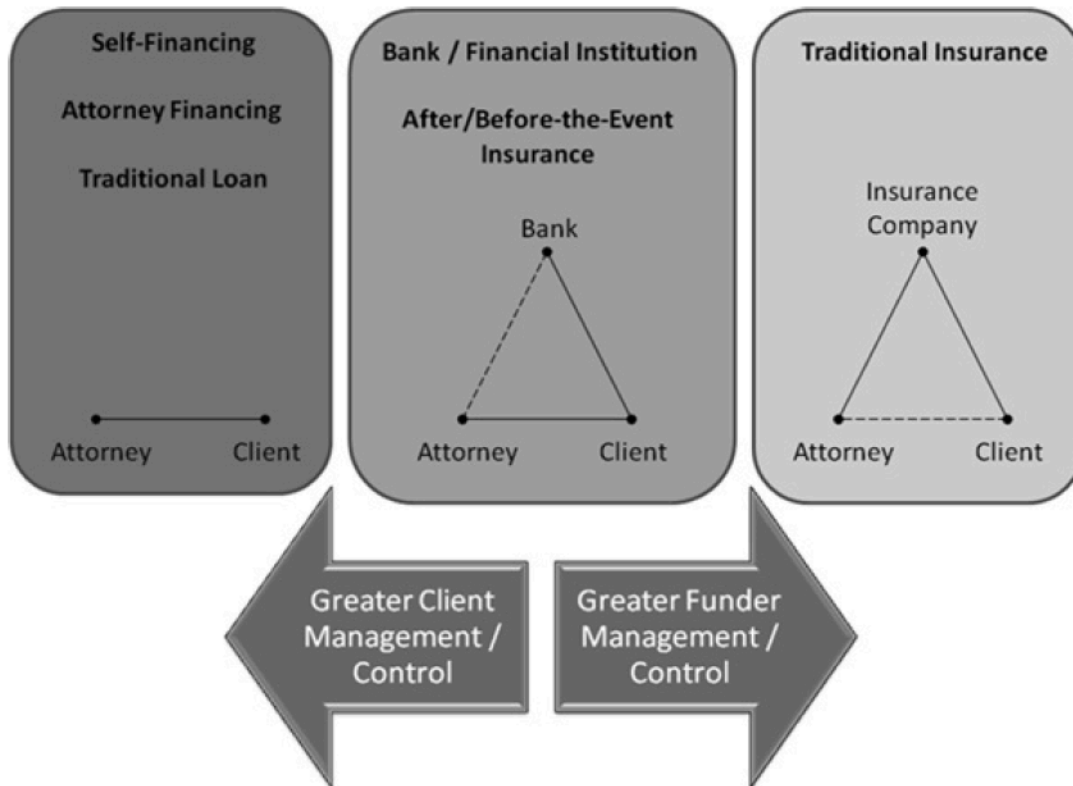


Figure: Relationship between players involved in funding

Avoir une idée de ces relations permet : d'une part, de comprendre le degré possible d'intégration entre chacun des acteurs, et d'autre part, d'avoir une vision de la limite de leurs capacités, en évitant l'ingérence. En comprenant ces relations, il est aisé de s'apercevoir qu'en tant que banque, le bailleur ne peut imposer le choix de l'avocat en charge ou dicter les procédures à suivre. Il ne peut non plus exiger de participer à la validation de tous les mémoires et échanges d'informations ni au choix de témoins ni au choix des questions à poser ou d'autres éléments importants pour le financement pour des raisons initiales d'éthique²¹⁷. Cela évite les intrusions et l'influence d'un tiers financeur sur les coûts réels facturés. L'intervention du tiers dans les détails du litige n'est justifiée que lorsqu'il s'agit d'une compagnie d'assurance qui a un mandat exprès de la part de son client pour agir en son nom. Ainsi, ces liens devraient être clairement délimités afin de protéger les parties et d'éviter toutes relations abusives pouvant nuire à la qualité du règlement du différend.

²¹⁷ F. VILLA, préc., note 13.p. 209

3. Équilibre de pouvoir

Le financement est le spectacle d'une relation de contrôle et de pouvoir de gestion du litige entre l'emprunteur et le bailleur. L'analyse de cet équilibre de pouvoir révèle la distance que devrait respecter chacun d'entre eux durant la procédure arbitrale. Le principal risque est que le bailleur, soucieux de son financement, désire intervenir dans le contrôle du litige. Dans le modèle classique, quand le financement vient d'un emprunteur traditionnel ou d'un simple représentant, le client garde la main mise sur les procédures et le financeur se contente d'acquiescer les frais (cf. case en bas et à droite du schéma *Balance of Power to Manage and Control the Handling of the Case*). Dans ce cas, le client sollicite le financement du bailleur selon les conditions que le client, lui-même, propose préalablement.

Quant au bailleur, il peut se désintéresser de la sentence arbitrale rendue, puisqu'il ne s'intéresse qu'au financement et au remboursement qui viendrait avec les intérêts rattachés au prêt perçu à l'issue de la résolution du litige. Il n'intervient pas dans les procédures de résolutions du différend et ne possède pratiquement aucun pouvoir de gestion ni de contrôle de la situation. Il se cantonne à la réclamation de son dû en cas de manquement au remboursement. Le pouvoir décisionnel quant à la gestion de l'instance revient intégralement au client²¹⁸. En somme, cette relation plus simpliste est similaire à ce que l'on rencontre quand le client finance lui-même le litige²¹⁹.

Toutefois, des variations de ce modèle sont envisageables selon la négociation du contrat de financement. Ces situations requièrent, toutefois, l'accord mutuel des parties ; en notant que, la participation du bailleur ne puisse être considérée comme une ingérence²²⁰ par le tribunal et/ou les autres acteurs impliqués dans l'arbitrage. Si le client accorde une plus grande marge de manœuvre à l'emprunteur, la gestion et le contrôle de la procédure d'arbitrage sont partagés avec ce tiers financeur. Quand le pouvoir bascule en faveur du client, le bailleur se trouve défavorisé et inversement.

²¹⁸ A. (ed. . DIMOLITSA et R. (ed. . CREMADES, préc., note 12., p.39

²¹⁹ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.3-5

²²⁰ M STEINITZ, « Whose Claims is this anyway? », *Minn Law Rev.* 2011.95., p.1324-1325

Dans le même schéma, l'auteure Bench présente les variations possibles du pouvoir en fonction du modèle de financement. Cette présentation fait état de tous les scénarios possibles dans le cas du financement par un tiers en matière d'arbitrage international²²¹. Elle illustre à quels niveaux et dans quelles circonstances le contrôle du litige bascule vers le client ou à l'opposé vers le financeur. Selon ce schéma, le contrôle est partagé, effectivement, entre le bailleur et le client lorsque le financement est assuré par une banque, une institution financière ou dans le cas d'une assurance (before-the-event ou after-the event)²²². Chaque partie possède, à parts égales, un certain droit décisionnel sur les procédures. C'est la situation dans laquelle le client et l'emprunteur ont le meilleur contrôle du litige dans les conditions optimales. La gestion de l'instance est toujours à la charge du client malgré que l'emprunteur puisse aussi s'attribuer un rôle de conseiller selon son expertise²²³. À l'opposé, quand le client et le bailleur n'arrivent à aucune entente, il n'y a automatiquement aucun pouvoir ni de l'un ni de l'autre sur le litige. Ici, le contrat n'est pas signé et le financement n'a pas lieu.

Dans le cas où le financeur agit en assurance traditionnelle ou quand le client concède tous ses droits sur le litige au tiers, ce dernier a le contrôle des procédures ; mais il ne détient néanmoins qu'une faible portion du pouvoir décisionnel et d'action dans le règlement du litige. Pour mieux aborder cette cession de droit, on peut faire référence au Code civil allemand qui aborde dans ce sens, en prévoyant que le bailleur agisse et prenne le contrôle du litige cédé par le client (art. 398), tout en acceptant de subir tous les effets de la cession (art. 409)²²⁴. Par un commun accord, le client perd ainsi une partie ou la totalité de son pouvoir de contrôle en faveur du bailleur qui gère la procédure²²⁵. En conséquence, le degré de contrôle du tiers dans l'arbitrage peut changer en fonction de la négociation entre le bailleur et le requérant, et aussi selon le contrat de financement. Toutefois, à la demande de l'autre partie en litige ou tout simplement si la séparation des pouvoirs n'est pas prévue,

²²¹ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8.

²²² Cas de la Grande-Bretagne

²²³ A ROSS, « The dynamics of third-party funding », 24 *Glob. Arbitr. Rev.* 2012.

²²⁴ *Code civil allemand*, promulgué le 18 août 1986 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900

²²⁵ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.9-11

le tribunal peut se prononcer et constater un abus au niveau du fond ou de la forme de l'implication du tiers.

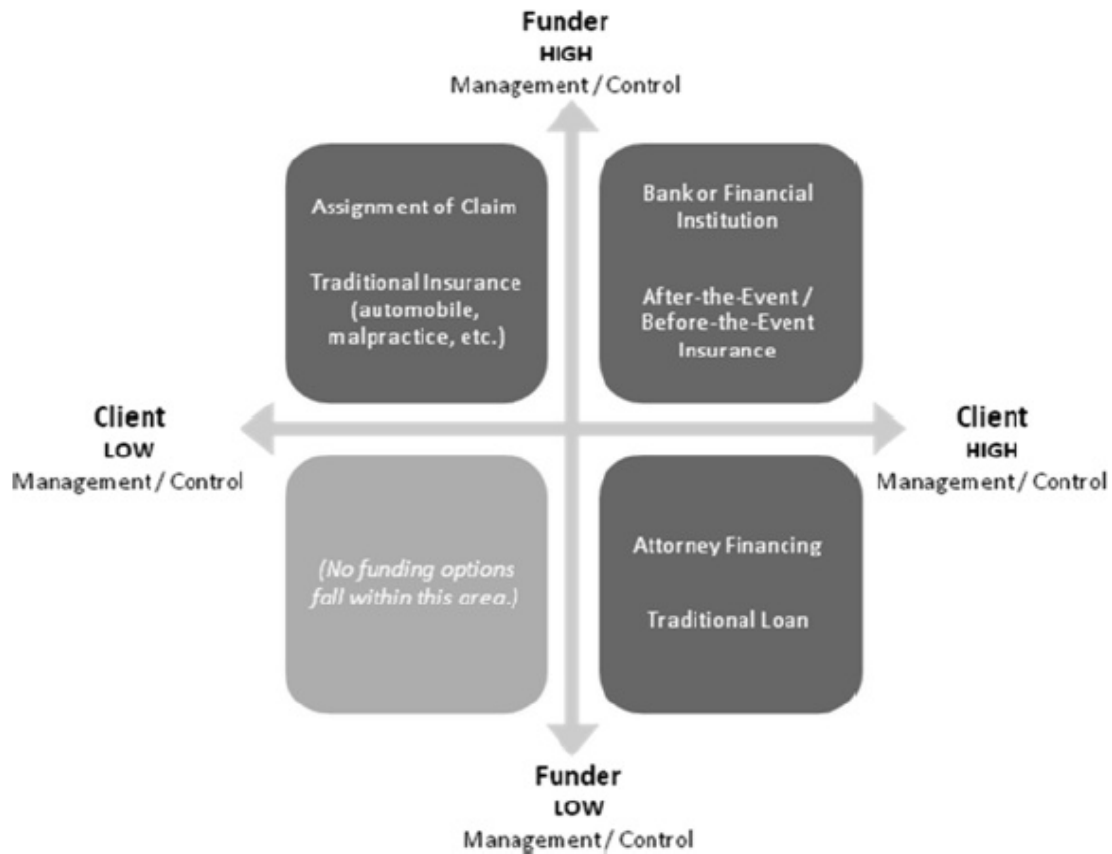


Figure A: Balance of Power to Manage and Control the Handling of the Case.

Le professeur Shannon contribue au débat sur cet équilibre en soulevant le rôle important que détient le tiers financeur. Son article soutient que si le financement par un tiers n'est pas reconsidéré et est laissé sans régulation, il constituerait une déstabilisation ou une menace. Cela se manifesterait à l'interne au sein même de la partie requérante du financement et ses collaborateurs (son avocat et son bailleur). Sans cette reconsidération, l'auteur parle d'un risque au niveau des transactions de financement, mais en réalité, le

risque peut se rencontrer sur tous les éléments qui peuvent complexifier le financement par un tiers et son encadrement²²⁶.

Selon l'analyse du professeur Shannon, l'équilibre est rompu quand les relations entre le cabinet d'avocat, le financeur et le client qui requiert le financement peuvent être schématisées par un triangle. En effet, selon les diagrammes A et B ici-bas, on assiste à une sorte de relation court-circuitée. Les lignes pleines représentent un contrat formel signé entre les acteurs apparaissant à chaque extrémité de la ligne tandis que les pointillés symbolisent un contact informel entre les parties qu'ils rejoignent²²⁷.

Ainsi quand une partie en arbitrage veut financer les procédures par un tiers, il est confronté à deux situations. Dans le diagramme A, le client signe successivement un contrat en bonne et due forme avec le bailleur financeur, d'un côté, et l'avocat qui défend sa cause, de l'autre. Dans le diagramme B, c'est l'avocat ou la firme d'avocat qui est l'intermédiaire entre le client et le bailleur, et les contrats sont signés avec chacun d'eux. Le risque est alors rencontré quand le statut du tiers financeur n'est pas prévu contractuellement. Il peut de façon informelle (symbolisé par les pointillés) avoir un quelconque échange avec une partie sans qu'il n'y ait aucun contrat signé²²⁸. Les relations interférentes entre les parties « reliées par les pointillés » peuvent ainsi engendrer des troubles éthiques et des conflits d'intérêts²²⁹.

²²⁶ *L'extraterritorialité, la divulgation/confidentialité du financement, l'éthique et les conflits d'intérêts sont les difficultés observées dans le présent travail qui peuvent complexifier le financement par un tiers et son encadrement. Ces derniers éléments sont d'ailleurs les plus souvent mentionnés dans les études portant sur le sujet.*

²²⁷ V. S. SHANNON, préc., note 161., p.418

²²⁸ *Id.*, p.419

²²⁹ *Difficultés discutés dans la partie III a du présent travail.*



Diagrammes A et B ²³⁰

Pour conclure, le rétablissement de l'équilibre dans le déroulement du financement nécessite une reconfiguration de la place du financeur dans tous les modèles de financement par un tiers. À cette fin, le professeur Shannon propose une relation en « T » (dans le diagramme C) pour éviter le modèle triangulaire et ses revers²³¹. On peut alors croire que l'équilibre est retrouvé si le tiers financeur se rallie à l'une des parties, et que la relation initialement tripartite est évitée. Concrètement, les deux lignes du « T » (la ligne horizontale et verticale) représentent chacun un contrat. L'article du professeur Shannon fait état de deux interprétations possibles de diagramme C. Dans la première interprétation, la ligne horizontale représenterait un contrat de joint-venture entre le tiers financeur et le client qui ne forment plus qu'une seule et unique partie²³². Ainsi, la ligne verticale serait l'équivalent d'un contrat signé entre la partie « tiers financeur-client » et l'avocat. Dans la deuxième interprétation, la ligne horizontale serait plutôt un partenariat spécial « financeur-avocat » signant un contrat de financement avec le client²³³.

²³⁰ V. S. SHANNON, préc., note 161., p.415

²³¹ *Les revers de ce modèle triangulaire soulevés dans ce travail sont : le financeur peut vouloir influencer la conduite des procédures. le financement en l'espèce encourage les recours frivoles et non-justifiés, le conflit d'intérêt possible entre le financeur et le client, le financement se désiste du financement.*

²³² R. BUNNELL, *Utah Auto Law*, 1st ed., New York, LexisNexis, 2016. p.10. Selon la définition du joint-venture de l'auteur Bunnell, le bailleur et le financeur s'associent et travaillent conjointement sur un même pied d'égalité en mettant ensemble leurs moyens et ressources pour gagner le procès.

²³³ V. S. SHANNON, préc., note 161., p.433

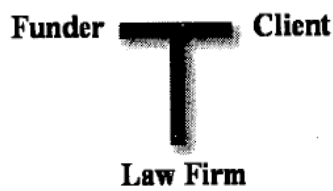


Diagram C

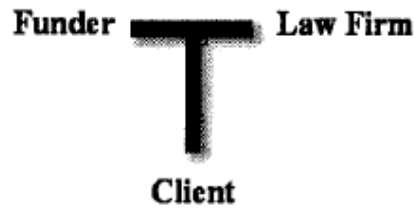


Diagram D

Diagramme C ²³⁴

En somme, réfléchir sur l'équilibre de pouvoir dans le financement par un tiers est important pour la confiance que la communauté commerciale internationale l'accorde. Dans le premier modèle développé par les auteurs Nieuwveld et Shannon, l'équilibre est à son meilleur quand le financement se fait par une banque ou une institution financière alors quand dans le deuxième modèle proposé par le professeur Shannon dans son article, cet équilibre est atteint quand le financeur s'assemble avec l'une des parties pour former une seule entité. Dans ces derniers cas qui peuvent être considérés comme des idéaux dans l'exercice du financement, l'ingérence, les risques de conflits d'intérêts et les troubles à l'éthique sont totalement évités. Ainsi, le tiers doit fournir le financement en restant « hands-off »²³⁵ ou doit être régularisé ou divulgué aux autres parties à l'arbitrage.

iii- Pratiques courantes du financement

1. Les grandes tendances

Le financement par un tiers n'a cessé d'évoluer depuis les premières apparitions du champerty et du soutien délictueux bien que son encadrement formel ne soit encore qu'en phase de construction. De manière générale, il est perçu comme un prêt avec un intérêt convenablement calculé, pour éviter l'usure²³⁶; et qui est convenu entre le bailleur et le client. De manière spécifique, chaque financement peut avoir sa particularité selon les modalités de sa réalisation. Les variations sont conditionnées par : tout d'abord, la volonté

²³⁴ *Id.*, (Diagramme C p.435, Diagramme D p.444)

²³⁵ L'approche hands-off est soulevée parmi les spécificités du rôle du bailleur vu dans la deuxième partie du travail.

²³⁶ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.16

des parties à recourir à ce service ; ensuite l'intégrité du bailleur, la validité de la convention de financement, ainsi que les conditions de réalisation du financement ; et enfin, le taux d'intérêt appliqué au prêt. En principe, ces éléments communs et spécifiques énoncés sont régis par les juridictions nationales qui prévoient les bonnes pratiques en matière de financement par un tiers pour que les intérêts réciproques du client financé, du bailleur, ainsi que du système juridique soient protégés.

Concrètement, chaque pays possède sa propre approche selon sa tradition juridique et son expérience du financement par un tiers. Les pays de tradition civiliste optent majoritairement pour une approche exceptionnellement flexible en raison du manque de dispositions explicites dans le Code. En outre, les pays de Common law y sont plus ouverts, et sont influencés par la doctrine du soutien délictueux et du champerty connus dans l'histoire britannique²³⁷. Des compagnies de financement qui œuvrent de façon professionnelle existent, aussi bien dans les pays de Common law que dans certains pays de droit civil. Ces compagnies reçoivent un très grand nombre de requêtes de sollicitation de financement. Pour souligner l'existence réelle de l'offre ainsi que de la demande, des études montrent que ces compagnies rejettent même jusqu'à 90% des cas qui leur sont soumis²³⁸.

Malgré les spécificités que possède chaque juridiction, la manière d'aborder le financement connaît une uniformisation progressive, et de grandes tendances émergent. Quelques arrêts clés ont marqué le tournant de l'interdiction du champerty et du soutien délictueux vers l'acceptation conditionnelle du financement par un tiers. Le premier bouleversement de la pratique est survenu dans *Cannonway Consultants Ltd v. Kenworth Engineering Ltd*²³⁹. Dans cet arrêt, la Cour suprême de Hong Kong a estimé que, même si la doctrine du Champerty était condamnable et couvrait les procédures de règlement de litige sur le territoire de Hong Kong, elle ne s'appliquait pas aux procédures d'arbitrage. La raison

²³⁷ *Id.*, p.226

²³⁸ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, *Cyprus arbitration and mediation centre*, Oct., 14th, 2013, (http://www.cyprusarbitration.com.cy/userfiles/files/Seminars/Oct2013/A_Quick_Way_To_Justice_Seminar_14-03-2013_Official_Programme.pdf)

²³⁹ *Cannonway Consultants Ltd v. Kenworth Engineering Ltd*, 1994 High Court of Hong Kong.

principale est que cela impliquerait l'extension et l'application d'une disposition légale publique vers une situation strictement privée, qui est l'arbitrage réservé exclusivement aux parties impliquées.

Par la suite, *Arkin v. Borchard Lines Ltd*²⁴⁰ a aussi largement influencé les perceptions sur le financement par un tiers. Dans cet arrêt, la Cour d'appel n'a fait référence ni au champerty ni au soutien délictueux pour qualifier le financement par un tiers. Il a même admis l'implication du bailleur et a conclu que lorsqu'il agit à titre professionnel, il pourrait être tenu garant de paiement à un accès à la justice et peut être tenu responsable des frais de la partie adverse à celle qu'il finance.

Il y a également *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd*, aussi connu par « Décision fostif »²⁴¹. Dans ce cas-ci, le tiers financeur, Firmstones, est accusé d'avoir orchestré un abus de procédure et de trouble à l'ordre public. L'accusation n'a pas été retenue. La Haute cour de l'Australie rappelle qu'il n'existe aucune régulation quelconque contre le financement par un tiers. De plus, au moment où le crime de champerty et le soutien délictueux étaient abolis, le trouble à l'ordre public a subi le même sort. Donc, le financement par un tiers n'est ni champerty, ni soutien délictueux, mais au contraire facilite l'accès à la justice qui est un droit fondamental.

Récemment dans *Essar Oilfield Services Ltd. v. Norscot Rig Management PVT Ltd*²⁴², la Haute cour de l'Angleterre et du Pays de Galles a estimé que les arguments dénonçant le financement de l'arbitrage par un tiers comme étant un soutien délictueux ou un champerty sont obsolètes et peut être aisément ignoré. La Cour a même approuvé que Norscot, le financeur soit dédommagé en considérant qu'il était raisonnable compte tenu du fait que cette indemnité incluait les coûts normaux de l'arbitrage (other costs of the parties). Ces décisions ont largement influencé les pays de Common law et ont contribué à la reconnaissance du financement par un tiers.

²⁴⁰ *Arkin v Borchard Lines Ltd*, (2005), EWCA, Civ. 655, 3 All ER 613.

²⁴¹ *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd*. (2006), HCA, 229 CLR 386

²⁴² *Essar Oilfield Services Limited vs. Norscot Rig Management PVT Limited*, 2016 EWCH.

2. Cas du Canada

Le champerty et le soutien délictueux sont les principales doctrines applicables au financement par un tiers au Canada. Comme la plupart des pays de Common law, le Canada considère ces derniers invalides sur la base de l'ordre public²⁴³. Ainsi, le financement n'est possible que lorsqu'ils ne sont pas qualifiés de champerty ou de soutiens délictueux. Chaque province part de cette même base, même si chacune d'entre elles a sa propre expérience par rapport au financement²⁴⁴. Par exemple, en Ontario, la Cour supérieure a considéré dans l'arrêt *Operation 1 inc. v. Phillips*²⁴⁵ que le financement par un tiers était un arrangement qualifié de tentative flagrante de trafiquer le litige en constatant clairement un champerty tandis que dans *Nantais v. Teletronics Proprietary (Canada) Ltd*²⁴⁶, le financement a été jugé raisonnable. Dans sa décision, la Cour supérieure n'avait aucune objection à la légitimité de l'intervention du bailleur. Il a été remboursé et indemnisé en respectant le contrat de financement. La Cour a justifié sa validation du financement par le fait que même si le bailleur a accepté de ne rien recevoir en cas de perte, il a convenu d'investir dans le procès en échange d'un taux d'intérêt annuel de plus de 20%. En faisant cela, la Cour estime que les lois en matière de valeurs mobilières étaient respectées et que le montant de l'investissement et le taux d'intérêt étaient raisonnables.

Un autre cas où le financement a été jugé raisonnable, serait celui dans *Hobsbawn v. ATCO Gas and Pipelines Ltd*²⁴⁷ (Calgary), ainsi que celui dans *MacQueen v. Sydney Steel Corporation et al.*²⁴⁸ (Nouvelle-Écosse). Dans ces derniers, les décisions du juge ne sont pas connues parce que l'ordonnance ex parte a été prononcée. En Colombie-Britannique,

²⁴³ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.194

²⁴⁴ *Id.*, p.187-196

²⁴⁵ *Operation 1 Inc. v. Phillips*, (2004), OJ, No. 5290 (Sup. Ct. J.) Dans cet arrêt, le plaignant n'a pas pu payé l'hypothèque à temps et a demandé le recours du tiers pour financer la procédure en contrepartie d'une promesse de partage de l'indemnisation gagné de la vente de la propriété. Le défendeur se sentant lésé, a invoqué le champerty.

²⁴⁶ *Nantais v. Teletronics Proprietary (Canada) Ltd.*, (1995), 129 D.L.R. (4th) 110 (Ont. S.C.J.), 28 O.R., (3d) 523

²⁴⁷ *Hobsbawn v. ATCO Gas and Pipelines Ltd.*, (Mai 2009), Calgary 0101-04999 (QB), Ici, Les raisons ne sont pas connues parce que l'ordonnance ex parte a prononcée.

²⁴⁸ *MacQueen v. Sydney Steel Corporation et al.*, Oct., 19, 2010, Halifax 218010 (SC)

le financement par un tiers est admis dans le cas où le financement est structuré comme un prêt dont le taux d'intérêt respecte la législation. Cette position a été consolidée dans *Payday Loans Regulation and the Business Practices and Consumer Protection Act*. En observant la jurisprudence, la Cour semble ne voir aucun inconvénient quant au financement par un tiers. La décision rendue dans *Dugal v. Manulife Financial Corporation*²⁴⁹ illustre le fait que le financement par un tiers n'est nullement un inconvénient étant donné qu'il n'y a pas eu de preuve d'incitation abusive de la part du financier. Il y est entendu que l'intérêt espéré n'est pas déraisonnable par rapport au risque encouru.

De ce fait, l'intervention du tiers est jugée comme une assistance à la résolution de litige commercial international. Cependant, la Cour supérieure de l'Ontario a ajouté dans l'arrêt *Bayens v. Kinross Gold Corporation*²⁵⁰ qu'il est important de dévoiler le recours au financement pour assurer la légitimité de l'acte. En plus de cette nécessité de divulgation, la jurisprudence indique que le financement devrait aussi avoir un caractère raisonnable et surtout avoir une compensation juste et sans exagération pour le bailleur, comme ce qui a été invoqué dans *Metzler Inv. GMBH v. Gildan Activewear Inc*²⁵¹. C'est en 2015, que l'Ontario a ouvert la voie en reconnaissant le financement de l'arbitrage par un tiers. Les financeurs peuvent financer des litiges commerciaux unilatéraux en Ontario, pourvu qu'ils ne prennent pas plus de 50% du dommage perçu au terme de l'arbitrage²⁵².

²⁴⁹ *Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011, ONSC, 1785. Dans cet arrêt, le demandeur a signé un contrat de financement pour que le financeur paie les indemnités de réparation en contrepartie d'un intérêt de 7% du montant perçu sous réserve d'un plafond de 5 millions de dollars avant le procès et de 10 millions de dollars par la suite. Le Juge Strathy a approuvé l'accord de financement dans la mesure où il a été réglé raisonnablement avec ce plafond.

²⁵⁰ *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013, ONSC 4974

²⁵¹ *Metzler Inv. GMBH v. Gildan Activewear Inc*, (2009), O.J., No. 3315 (Sup. Ct. J.)

²⁵² *Schenk v Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC, en ligne :

<<http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2015/2015onsc3215/2015onsc3215.html>>., Désirant poursuivre Valeant Pharma., le demandeur a réclamé 40 millions de dommages et intérêts. Le financement du litige était conditionnel à l'approbation de la Cour. Le Juge McEwan a ainsi noté que le financement était approprié dans le litige commercial en considérant le fait qu'il était assujéti à un Code de conduite clair.

En somme, à travers *Schenk v Valeant Pharmaceuticals International Inc.*²⁵³, l'acceptation du financement par un tiers a connu une nette progression dans le contexte du litige commercial international. Depuis la crainte du champerty et du soutien délictueux, le Canada admet le financement par un tiers à condition qu'il existe un minimum de règlements qui régissent le contrat de financement. On cite notamment la fixation d'un plafond de retour sur l'investissement que perçoit le bailleur, pour éviter l'usure et la distance raisonnable que doit garder le tiers par rapport à l'arbitrage. Ainsi, les abus sont mieux maîtrisés.

3. Cas des États-Unis

Le premier cas de financement de litige par un tiers a été soulevé dans les années 1990 avec la fourniture d'avance de fonds par des bailleurs²⁵⁴. L'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers n'est pas couvert par la loi fédérale. Les États ont leurs propres manières de le gérer²⁵⁵. Vis-à-vis du financement de l'arbitrage par un tiers, les États-Unis se distinguent par la puissance des sociétés de financement de litige (*Litigation Finance Companies*). Pour parler de leur ampleur, les chiffres avancent que ces derniers peuvent assurer le financement de litiges à hauteur de \$100 millions par année et peuvent avoir un total d'investissement dépassant un milliard²⁵⁶.

Les deux principales sociétés sont *Juridica Capital Management* et *Burford Capital Limited*. La société Burford Capital Ltd limite ses investissements aux procès commerciaux en arbitrage international²⁵⁷, mais demeure malgré cela un bailleur compétitif. La difficulté se situe toujours au niveau de l'encadrement. Le financement n'est régi par aucune législation spécialisée et n'appartient à aucun ordre professionnel comme au Royaume-Uni. Face à ces difficultés, l'auteur Terence Cain propose d'attribuer une protection aussi

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ NEW YORK CITY BAR, « Third Party litigation financing: Opinion, the Association of the Bar of the City of New York Committee of Professional Ethics », (2011) 2011-2 *Form. Opin.*

²⁵⁵ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.130

²⁵⁶ B.Appelbaum, « Investor put money on Lawsuits to get payouts », *New-York Times*, Nov. 14, 2010, (En ligne)

http://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html?pagewanted=all&_r=1

²⁵⁷ Michele BOARDMAN, « Insurers defend and third parties fund: A comparaison of litigation participation », (2012) 673-8 *J Econ Poly.*, p.676-676

bien au bailleur qu'à celui qui requiert l'assistance financière²⁵⁸. Concrètement, il propose la nécessité d'avoir une régulation claire au niveau des calculs des emprunts et des compensations perçues par le bailleur. Bien que ces avis ne sont pas contraignants, la chambre de commerce est l'entité la plus influente ayant pris position contre ce type de financement constitué en industrie :

*In a typical (...) fund, acting on behalf of already wealthy investors, will seek to accumulate yet more money—not by investing in business enterprise or wealth creation—but by gambling on the outcome of a legal action for damages. They have no interest in the justice (...) only in the chances of success—as they will demand a share of the damages awarded in return for putting up the stake money*²⁵⁹.

Pour ces mêmes raisons, ces sociétés n'offrent du financement que dans une trentaine de juridictions. Celles qui le réprouvent le qualifient de préjudice d'ordre personnel en raison de la présence de transfert infondé du droit de poursuite²⁶⁰. Néanmoins, la législation aux États-Unis n'est pas uniforme face au financement par un tiers. En écartant de rares cas comme dans *Miller UK Ltd v Caterpillar Inc.*²⁶¹ dans lequel le financement est jugé comme illégal, sa légalité est la plupart du temps reconnue. C'est ainsi que dans *In re Gilman's Administratrix*²⁶², le juge Gardozo de la Cour d'appel de New York écrit que le soutien financier à caractère bénévole ou à titre de charité doit être distingué d'un service onéreux prévoyant un intérêt quelconque et ne devrait donc constituer aucun préjudice. La pratique du financement peut changer en fonction de l'État. Il est autorisé en Arizona, au Colorado, au Connecticut, en Floride, en Illinois, au Massachusetts, au Missouri, au New Hampshire, au New Jersey, au Nouveau-Mexique, à New York, en Caroline du Sud et au Texas²⁶³.

Malgré cette expansion du financement, par un tiers, l'ombre du champerty plane toujours. Dans *Justinian Capital SPC v. WestLB AG*, la Cour suprême de New York a qualifié le

²⁵⁸ T. CAIN, préc., note 135., p.37-38

²⁵⁹ Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009, p.3,
<http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>

²⁶⁰ T. CAIN, préc., note 135., p.22

²⁶¹ *Miller UK Ltd. v. Caterpillarr Inc*, 2014 Northern District of Illinois.

²⁶² *In re Gilman's Administratrix*, 167 N.E. 437 (N.Y. 1929),

²⁶³ HARBOUR LITIGATION FUNDING, *Country Summary: United States of America*, 2014, en ligne : <<http://www.harbourlitigationfunding.com/funding-map/US>>.

financement de champerty dans les termes de l'art.489 du *New York Judiciary Law*²⁶⁴ qui prévoit :

[N]o corporation or association, directly or indirectly, itself or by or through its officers, agents or employees, shall solicit, buy or take an assignment of a bond, promissory note, bill of exchange, book debt, or other thing in action, or any claim or demand, with the intent and for the purpose of bringing an action or proceeding thereon.

4. Cas du Royaume-Uni

Le financement de l'arbitrage par un tiers a été le sujet de débats au Parlement en 2012. Il a été observé que la régulation serait à réexaminer seulement si la pratique s'étendait. Ainsi, le marché du financement de litige n'a cessé de se développer avec une meilleure organisation. En plus de la forme directe de financement, le Royaume-Uni a exploité plusieurs formes d'arrangements possibles pour les clients nécessiteux. Tout d'abord, on a les formes d'assurances « *before-the-event (BTE)* » et « *after-the-event (ATE)* »²⁶⁵. Dans le premier cas, le financeur couvre les coûts légaux d'un événement hypothétique lié à un litige si on se trouve confronté à un recours. Dans le deuxième cas, le financement est relié à une somme d'argent qui est injectée seulement à la survenance du recours en arbitrage. Ensuite on a le *Conditional Fee Agreements (CFA)* qui fait souvent référence au « no win, no fee ». Dans ce cas-ci, le paiement est conditionnel au succès de la résolution du litige²⁶⁶.

Le Royaume-Uni s'est aussi outillé d'un Code de conduite à l'usage des bailleurs de litige (*Code of Conduct for Litigation Funders*). Publié par le Ministère de la Justice en novembre 2011 et révisé en 2016²⁶⁷, cet ensemble de règles a été mis en place afin d'assurer que les services offerts soient de qualité et se déroulent dans un environnement régulé. Ainsi, de nombreuses initiatives ont découlé de celles-ci à l'exemple de l'apparition de l'association

²⁶⁴ *Justinian Capital SPC v. WestLB AG*, 2016 N.Y. Sup. Ct. La Cour suprême a conclu que le seul motif du financeur était d'intenter l'action en justice, en violation de l'article 489 (1) sur la base d'une mauvaise foi, ce qui confirme le champerty.

²⁶⁵ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.95

²⁶⁶ *Id.*, p.98

²⁶⁷ ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS, *Code of Conduct for Litigation Funders*, (2016 2011), England and Wales, en ligne : <<http://associationoflitigationfunders.com/documents/>>.

des financeurs de litige (*Association of Litigation Funders*) qui a été instaurée pour encourager l'autorégulation des bailleurs. Ce Code offre une protection aussi bien pour la partie en litige que pour le financeur, en insistant sur le fait qu'une Convention de financement (*Litigation Funding Agreement*) doit prévoir les compensations financières et les attributions de chacune de ces deux parties.

5. Cas de l'Asie et de l'Océanie

Le financement par un tiers n'est très courant ni en Asie ni en Océanie. Seulement quelques cas ont été recensés à Hong Kong, en Malaisie au Singapour et en Nouvelle-Zélande. Pour le modèle chinois, le principe du « perdant-payant » est favorisé en arbitrage pour l'acquittement des frais d'avocat. C'est par la suite que le tribunal saisi collecte par lui-même les dommages et intérêts venant de la partie perdante et l'attribue à la partie lésée²⁶⁸. En Chine, le financement par un tiers n'est pas vraiment pertinent, car l'accès à la justice y est favorisé par les coûts diminués des frais liés aux procédures étatiques. Toutefois, les moyens alternatifs de règlement des différends hors judiciaire sont encouragés selon la pertinence du cas²⁶⁹.

Un peu plus au sud, à Hong Kong, le financement par un tiers est autorisé même si des restrictions relatives au champerty et au soutien délictueux sont toujours interdites²⁷⁰. Cette approche hongkongaise a été largement influencée par la culture juridique britannique et par la doctrine de maintenance et champerty²⁷¹. L'arrêt le plus considéré sur le sujet est *Cannonway Consultant Ltd v. Kenworth Enginirreeing Ltd.*, dans lequel la Cour d'appel a confirmé la condamnation du soutien délictueux et le champerty. Elle a toutefois admis que le financement par un tiers était une exception et n'était pas condamnable sur la base du fait que le financement était dans l'intérêt des parties. Le financement est donc considéré dans sa nature comme étant légal et ne restreint aucunement l'ordre public.

²⁶⁸ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p226

²⁶⁹ *Id.*, p.225

²⁷⁰ P STARR et D BATESON, « Third-party funding snapshots: Hong Kong », *Hong Kong Glob. Arbitr. Rev.* 2012, en ligne : <<http://globalarbitrationreview.com/article/1031177/third-party-funding-snapshots-hong-kong>>.

²⁷¹ *Cannonway Consultants Ltd. v. Kenworth Enginieering Ltd.*, The Court of Final Appeal, (1995), 1 HKC. 179, para.89-93

L'Australie possède sans doute la juridiction la plus encline au financement de l'arbitrage dans le monde. Il est approuvé dans les États et régions qui connaissent les plus grandes activités commerciales, même si à l'ombre du Common law, le champerty et le soutien délictueux sont toujours répréhensibles²⁷². En fonction de la personne qui finance, l'Australie connaît deux modèles bien distincts de financement de l'arbitrage. D'un côté, il y a le financement offert par les banques qui investissent littéralement dans le litige, et d'un autre côté, il y a les fonds privés d'origine domestique ou internationale²⁷³. Ainsi, le financement par un tiers n'y est pas interdit et est même fortement encouragé.

En résumé, les juridictions en Asie et en Océanie s'ouvrent aussi progressivement au financement par un tiers. Le cas de Singapour est représentatif de ces régions. Le 10 janvier 2017, le parlement a aboli le champerty et le soutien délictueux²⁷⁴, emboitant les pas de la Cour d'appel dans *Jane Rebecca Ong & Lim Lie Hoa*²⁷⁵. Néanmoins, la suppression de ces délits n'affecte pas la règle selon laquelle les contrats de financement ne doivent être contraires à l'ordre public²⁷⁶. Ainsi, le financement est reconnu d'utilité, et est acceptable sans toutefois troubler l'ordre public et le bon déroulement du commerce international.

²⁷² L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.71

²⁷³ *Id.*, p.72

²⁷⁴ *Civil Law (Amendment) Act 2017*, (février 2017), No.2 of 2017, en ligne : <[http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%227a00a183-8e1a-4cbb-898f-](http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%227a00a183-8e1a-4cbb-898f-bca5c1fbdf4e%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0%20TransactionTime%3A20170303000000;rec=0)

[bca5c1fbdf4e%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0%20TransactionTime%3A20170303000000;rec=0](http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%227a00a183-8e1a-4cbb-898f-bca5c1fbdf4e%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0%20TransactionTime%3A20170303000000;rec=0)>., L'article 5A(1) précise l'abolition de la champerty et du soutien délictueux.

²⁷⁵ *Lim Lie Hoa v. Ong Jane Rebecca*, 2005 SGCA 51., Le tribunal a jugé que l'entente de financement n'était pas un champerty car le financeur n'était pas excessif. Il avait un intérêt honnête à financer le litige dans l'espoir que la partie en litige recouvre les fonds réclamés pour pouvoir le rembourser. Ce qui a été confirmé par la Cour suprême

²⁷⁶ *Civil Law (Amendment) Act 2017*, préc., note 274., L'article 5A (2) en fait la prévision.

III- Émergence d'un régime de la *lex mercatoria* dans l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers

a- Encadrement difficile du financement par le droit national

Du point de vue pratique, les penseurs du financement de l'arbitrage par un tiers affirment qu'il n'y a que de faux problèmes inutiles et continuellement soulevés, mais que le fond de toutes les discordes serait l'argent²⁷⁷. Selon cette affirmation, les difficultés seraient donc contournables par des moyens financiers. Le professeur Shannon dénonce cette forme de généralisation en invoquant que les initiatives étatiques de régulation de ce financement tombent également dans cette erreur de généralisation du modèle de financement²⁷⁸. Elle parle de régulation *one-size-fits-all* qui serait une façon de penser trop hâtive et imposant des catégorisations strictes à tout ce qui concerne le financement par un tiers alors que plusieurs spécificités peuvent apparaître. D'où, l'importance d'une approche personnalisée adéquate pour chaque encadrement du financement par un tiers.

L'encadrement du FAT est également difficile en raison de son caractère d'extranéité. Plusieurs éléments intervenant dans le financement ne peuvent être régis par une seule juridiction nationale. L'extraterritorialité du financement est le principal obstacle au droit national. Les juridictions nationales n'ont pas la capacité de prévoir la divulgation ou la confidentialité du financement. Cela, malgré le fait que ces dernières aient un impact chez les autres acteurs impliqués dans le règlement du différend et sur le marché national. Entre le tiers bailleur et la partie financée, les difficultés liées au financement apparaissent quand le contrat est flou ou interprété d'une mauvaise façon. On peut, par exemple, citer le désistement. Si le contrat ne prévoit aucune disposition le concernant, il arrive que le financeur se désiste du paiement du montant convenu en cours de procédure²⁷⁹. On rencontre cette situation quand la résolution du litige se complique et réclame un montant qui dépasse les prévisions. Le client aussi peut se désister du paiement de la somme due, surtout en cas de victoire. Malgré que le droit du contrat soit du ressort du droit domestique,

²⁷⁷ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.35. Ici, on insiste sur le fait que le tiers financeur est principalement intéressé par son investissement et non par l'issue du litige.

²⁷⁸ V. S. SHANNON, préc., note 161., p.411

²⁷⁹ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.36

l'encadrement de cette situation est difficile pour le législateur national. Dans le même ordre d'idées, d'autres problématiques peuvent apparaître dans la pratique du financement de l'arbitrage par un tiers. La littérature soulève notamment l'éthique et les conflits d'intérêts. Face à toutes les difficultés et défis du financement, la juridiction nationale se prononce incompétente, dans la plupart des cas. En conséquence, les initiatives privées internationales prennent le relais avec une structure de régulation qui est celle du marché.

i- Extraterritorialité

La discussion sur l'extraterritorialité de l'encadrement de l'arbitrage et de son financement par un tiers fait partie des plus grandes difficultés pouvant être rencontrées. L'extraterritorialité est ici comprise comme le processus de création d'un droit qui fait référence à l'extension du droit domestique outre-mer²⁸⁰. Cette extension de l'encadrement du financement ou sa restriction par rapport au siège de l'arbitrage pose ainsi le problème du choix de la juridiction compétente. Tout comme la validité de la sentence arbitrale, le financement de l'arbitrage par un tiers doit se faire en conformité avec la législation, même s'il jouit d'un détachement vis-à-vis du droit étatique. Ainsi, les lois du siège de l'arbitrage et aussi du pays qui en connaît l'exécution s'appliquent²⁸¹. Toutefois, l'exigence légale étatique peut être incompatible avec les besoins du Commerce international. Ce qui a donné lieu à bon nombre d'initiatives internationales. Entre autres, la Chambre de commerce international a présenté devant les Nations-Unies, dès les années 50, un principe réduisant la rigueur de la territorialité de l'arbitrage en faveur de la liberté contractuelle des parties²⁸².

Cette intervention vise à procurer aux parties en litige, le choix des modalités de procédure arbitrale pour le règlement de leur litige²⁸³. Par une clause contractuelle, les parties peuvent, de ce fait, choisir le droit applicable au fond du différend. Elles ne sont pas

²⁸⁰ *Regina v. Keyn*, 1876 Cr. Cas. Res.

²⁸¹ Yu HONG-LI, « A theoretical overview of the Foundations of International Commercial Arbitration », (2008) J.255 1 2 *Contemp. Asia Arbitr.*

²⁸² *L'exécution des sentences arbitrales internationales: rapport et avant-projet de Convention adoptés*, 174, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 1953. La Chambre de commerce internationale a présenté en 1953 à l'ONU un avant-projet s'inspirant du principe de la liberté contractuelle, et entendait assurer à tout homme d'affaires le libre choix des modalités de procédures.

²⁸³ *Id.*

attachées obligatoirement à une juridiction particulière. La territorialité et l'extraterritorialité auxquelles est confronté l'arbitrage sont des éléments clés qui écartent l'exclusivité du droit étatique sur l'arbitrage et son financement. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international²⁸⁴ prévoit que le tribunal arbitral décide en conformité aux stipulations contractuelles et tient compte des usages du commerce applicable à la transaction. C'est ce qui est prévu à son article 28 (4).

Malgré cette liberté contractuelle accordée aux parties, l'arbitrage international ainsi que le financement de l'arbitrage n'est pas *prima facie* lié à un for juridique. Il n'est pas immédiatement attaché à une juridiction même s'il doit respecter les dispositions légales du sol de l'arbitrage²⁸⁵. Son statut particulier complique même l'encadrement international et uniforme du financement. Par ailleurs, la territorialité de l'arbitrage et du financement n'est pas seulement fondée sur le contrat. Excepté la volonté des parties, il est aussi important d'obtenir l'acceptation délivrée par l'État du siège²⁸⁶ et par les pays dans lesquels la sentence devra être reconnue et exécutée. Conséquemment, même si le droit du for accepte la validité de la convention et la procédure arbitrales, et que les parties à l'arbitrage puissent se référer à un droit d'arbitrage étranger pour trancher, le professeur Paulsson énonce qu'il n'en demeure pas moins que ceci résulterait d'une *règle admise par le for* qui serait en faveur de l'autonomie des parties²⁸⁷.

Toute tentative de rattachement de l'arbitrage international à une juridiction étatique débouche sur une réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage²⁸⁸, ce qui est identique pour le financement. L'indépendance du système d'arbitrage international n'est cependant justifiable que si son autonomie et sa fiabilité sont reconnues par les pays concernés par le

²⁸⁴ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, (amendement en 2006 1985), Commission des nations unies pour le droit commercial international.

²⁸⁵ B GOLDMAN, « Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé », (1963) tome 109 *R.C.A.D.I.*, p.367

²⁸⁶ R LUZZATTO, « International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States », (1981) 1977 IV *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law* 52.

²⁸⁷ Jan PAULSSON, « La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI », (1990) 1990-1 *Rev Darb.*, p.61

²⁸⁸ Mann F.A., « Lex Facit Arbitrum: Liber Amicorum for Martin Domke », *Int. Arbitration Haye Mar. Nijhoff* 1967.157., p.157

litige. Il est possible d'affirmer qu'initialement l'arbitrage est contrôlé par la *lex arbitri*²⁸⁹ puisque la juridiction étatique du territoire de l'arbitrage prime en l'absence d'une disposition contractuelle contraire. Les décisions rendues par le tribunal arbitral doivent être en accord avec la *lex arbitri* et la *lex fori*²⁹⁰. Les droits du tiers financeur dans l'arbitrage suivent la même logique. En effet, il peut être convenu dans une entente contractuelle, mais doit être conforme à la législation de la juridiction domestique. Le règlement du litige se rattache toujours à un territoire national et doit respecter la législation du siège choisi pour l'arbitrage.

L'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers est donc difficile à mettre en place, aussi bien au niveau national qu'international, en raison des particularités contractuelles auxquelles sont confrontés l'arbitrage et son financement. Les possibilités envisageables à l'encadrement de ce financement peuvent être comprises à travers la représentation de l'arbitrage soulevée par le professeur Emmanuel Gaillard²⁹¹. Dans un premier temps, le professeur fait état de l'approche monolocalisatrice, qui correspond à une assimilation de l'arbitre à l'ordre juridique du siège de l'arbitrage. Dans ce cadre, le respect du droit domestique de l'État de siège doit être assuré par le financeur, même si celui-ci provient d'un autre ordre juridique que le siège de l'arbitrage. La deuxième approche dite multilocalisatrice ou polyadique énonce la pluralité de juridiction à laquelle est rattaché l'arbitrage et ainsi le financement de l'arbitrage par un tiers. L'encadrement du financement ne répond donc pas à un seul ordre juridique. Selon cette approche, toute juridiction qui entre en contact avec l'arbitrage peut se prononcer compétente sur le sort du tiers financeur et de son financement. Ce qui fait que toutes les parties concernées sont susceptibles de soulever le droit de son sol par rapport au financement. Enfin, la troisième approche qui dérive des deux susmentionnées, met en exergue l'existence d'un encadrement qui dérive d'un ordre légal qui n'est pas celui des lois du siège de l'arbitrage, mais plutôt celui d'un ordre juridique arbitral construit sur la *lex mercatoria* transnationale.

²⁸⁹ *Id.*, p.157

²⁹⁰ *Id.*, p.159

²⁹¹ E GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Brill Nijhoff Publ. Leiden Boston* 2008.152., p.46-47

ii- Divulgence et confidentialité du financement

Selon les études recensées en 2015²⁹², 76% des praticiens affirment que la divulgation du financement devrait être obligatoire et 63% veulent une mesure qui identifie le bailleur. Toutefois, 71% croient que les détails du contrat de financement ne seraient pas pertinents à partager. La divulgation d'un contrat de financement d'un litige par un tiers est alors une difficulté puisqu'elle n'est ni automatique ni contraignante. Le droit étatique ne peut avoir la pleine compétence pour l'encadrer d'autant plus que la juridiction domestique peut ne jamais connaître son existence. Mises à part les parties ayant un rapport économique dans le règlement du litige, nul n'a intérêt à connaître l'existence d'un tel contrat.

En théorie, la divulgation du financement n'est pas obligatoire : que ce soit sur une base volontaire de la part des parties, légale ou encore d'équité²⁹³. Les institutions œuvrant dans le financement (compagnies de financements, banques, assurances) n'ont aucun engagement à dévoiler leurs activités²⁹⁴. De plus, les parties signataires désireuses d'empêcher la publication des détails de leurs affaires peuvent garder la confidentialité et en faire une mention expresse dans le contrat de financement²⁹⁵. De son côté, la jurisprudence appuie la légitimité de la confidentialité des échanges entre le client et ses collaborateurs²⁹⁶, en incluant les informations qui concernent le financement. Sur ces bases, le droit d'accès à l'information sur le financement est toujours un sujet de débat que le droit étatique ne peut régler.

Toutefois, les législations prévoyant cette rupture de confidentialité ne font pas l'unanimité dans la pratique globale actuelle. D'ailleurs, la régulation stricte de cette divulgation peut, non seulement alourdir la pratique, mais aussi compliquer les procédures et créer un conflit

²⁹² QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON et SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION, préc., note 10., p.48

²⁹³ ADMIN, « Third party funding in international arbitration », *Burford Blog* (22 janvier 2013).

²⁹⁴ *Id.*,

²⁹⁵ F. VILLA, préc., note 13., p.210

²⁹⁶ *Energie Capital Corp. v. United States* 45 Fed. D1. 481 (Fed C1.2000) *Esso Australia Resources Ltd and others v. The Hon Sidney James Plowman, Minister for Energy and Minerals and others*, 1995, Commonwealth Law Reports 1

d'intérêts²⁹⁷. Dans les faits, il y a des situations où la confidentialité est rompue sans obligation. On peut citer en guise d'exemple, une divulgation du financement sur la base de la volonté²⁹⁸ des parties ou à la suite d'une concertation²⁹⁹. Il y a également le devoir de transparence qui incite à cette divulgation quand l'une des parties impliquées dans le litige opère dans un domaine qui a un impact sur l'intérêt général³⁰⁰.

Cependant, quelques rares juridictions nationales ont abordé ce rapport entre la divulgation et la confidentialité³⁰¹. Dans plusieurs situations, le financement du litige n'a pas à être divulgué, même si les questions liées aux finances doivent être communiquées³⁰². Par exemple, l'Australie a promulgué des mesures visant à réclamer la divulgation du financement devant la Cour³⁰³. Pour sa part, le modèle de l'Angleterre se caractérise par la reconnaissance que les bailleurs de litiges peuvent se constituer en industrie spéciale qui possède des mesures d'autorégulations. On peut par exemple parler du Code spécialement établi et reconnu³⁰⁴ par les financeurs actifs dans l'industrie.

Aux États-Unis, la Cour suprême se positionne pour encourager la divulgation des intérêts financiers. En effet, dans la règle 29.6 de la Cour suprême, il est prévu que dans les sociétés mères, tous les actionnaires qui détiennent plus de 10% des actions doivent être identifiés et divulgués³⁰⁵. De ce fait, si le financeur détient ce pourcentage dans le règlement du litige, il rentre dans la catégorie de ces actionnaires contraints à l'identification et à la divulgation. Au Canada, on peut constater une certaine contradiction parmi les différentes provinces en

²⁹⁷ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172.,p.36

²⁹⁸ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1673

²⁹⁹ *Oxus Gold PLC v. Republic of Uzbekistan et al.*, UNCITRAL, 31 August 2011 in which the claimant (Oxus Gold) voluntarily stated in a press release that it obtained TPF to fund their dispute with Uzbekistan. The press release is available at:

www.reuters.com/article/2012/03/01/idUS101378+01-Mar-2012+RNS20120301;

³⁰⁰ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.34

³⁰¹ D. KALDERIMIS, C., TRIPP, P.GIBBS, *Third party funding in international arbitration – Lessons from litigation?*,

³⁰² ADMIN, préc., note 293.

³⁰³ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1656

³⁰⁴ *Code of Conduct for Litigation Funders*, préc., note 267.

³⁰⁵ *Rules of the Supreme Court of the United States*, (avril 2013), Supreme Court.

ce qui concerne la confidentialité du financement par un tiers³⁰⁶. En Ontario, une notification visant à approuver le financement par un tiers doit être faite au défendeur et doit être rendue publique³⁰⁷. En Alberta, en Saskatchewan et en Nouvelle-Écosse, ces notifications de la présence du financement par un tiers doivent être faites sous réserve d'un ordre de la Cour³⁰⁸.

À l'international, l'article 22(3) du Règlement d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce international³⁰⁹ admet qu'à la demande des parties, le tribunal peut rendre des ordonnances relatives à la confidentialité de la procédure ou de toute autre question afférente. À cette fin, la Cour peut demander la divulgation du financement au même titre qu'il peut aussi prendre toutes les mesures pour en protéger la confidentialité. Selon cet article, la divulgation d'un contrat de financement est accessoire, même si certains auteurs suggèrent qu'elle devrait être exigée par les institutions arbitrales³¹⁰. Pour appuyer ce besoin de divulgation, on peut citer l'importance pour les parties de connaître la solvabilité de la partie adverse. Autrement, cette divulgation est aussi importante pour préserver la loyauté des parties et éviter les conflits d'intérêts entre l'arbitre et le tiers³¹¹. Ensuite, il permet de récuser l'arbitre au bon moment, dès l'apparition d'un conflit d'intérêts³¹². Avant de siéger, l'arbitre devrait être le premier à divulguer ce genre de relation qu'il entretient, ou a entretenue, préalablement avec le bailleur afin d'éviter toute forme de conflits d'intérêts.

³⁰⁶ A. RODGERS, P. SCOTT, A. SANZ et M. BROWN, « Emerging issues in third-party litigation funding » (décembre 2016), en ligne : <<http://www.fulbrookmanagement.com/emerging-issues-in-third-party-litigation-funding-what-antitrust-lawyers-need-to-know/>>.

³⁰⁷ *Fehr v. Sun Life Assurance Company Of Canada*, 2012 ONSC, en ligne : <<http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2012/2012onsc2715/2012onsc2715.pdf>>.

³⁰⁸ *Schneider v Royal Crown Gold Reserve Inc.*, 2012 SKQB, en ligne : <<http://canlii.ca/en/sk/skqb/doc/2012/2012skqb111/2012skqb111.html;jsessionid=1D62CB037EB090FBD5B1297A257CC742>>.

³⁰⁹ *Règlement d'arbitrage Règlement de médiation*, préc., note 199.

³¹⁰ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1673

³¹¹ A GOLDSMITH et L MELCHIONDA, « Third-Party Funding: Everything you every wanted to know », (2012) n.2 *Rev. Droits Aff. Int.*

³¹² F. VILLA, préc., note 13., p.210

Dans tous les cas, il importe de reconnaître les limites de la divulgation et de la confidentialité. Il faut admettre que le non-respect de la transparence peut nuire au règlement, mais aussi que l'arbitrage est réputé pour son caractère privé et ses vertus confidentielles³¹³. Il est impératif que le tribunal soit mis au courant de l'existence d'un financement par un tiers, même si cela ne devrait pas l'influencer dans ses fonctions³¹⁴. Dans la pratique, la tendance va vers la régulation du financement par un tiers. C'est ainsi que les institutions internationales et les organisations professionnelles commencent à se prononcer en proposant de grandes lignes d'encadrement du financement par un tiers. On peut notamment citer les dispositions du *IBA Guidelines on conflicts of interest*³¹⁵, qui énonce que les parties devraient divulguer leurs relations avec l'arbitre. C'est ce qui a aussi été confirmé par l'arrêt *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The plurinational state of Bolivia*³¹⁶ et par la Chambre de commerce international en février 2016. Pour sa part, la CCI se prononce d'avis favorable à cette divulgation³¹⁷.

Ce qu'il faut retenir c'est que l'encadrement de la divulgation ou de la confidentialité du financement demeure particulièrement délicat, et les mesures pour le régir sont prises au niveau transnational ou bien au sein des institutions arbitrales multilatérales. La divulgation de la contribution de ce tiers financeur a été invoquée dans l'article 7a du guide du *International Bar Association* qui l'incite formellement « dans le meilleur délai » afin d'éviter les conflits d'intérêts³¹⁸. Dans le domaine de l'investissement, de nombreux tribunaux ont dernièrement reconnu l'importance de la divulgation et de l'identité du tiers

³¹³ A. (ed. . DIMOLITSA et R. (ed. . CREMADES, préc., note 12., p.40

³¹⁴J. TRUSZ, préc., note 191., p.1673

³¹⁵ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration*, (23 octobre 2014), en ligne :

<http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>., Standard 6a, 7a

³¹⁶ Case No. 2011-17, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The plurinational state of Bolivia*, en ligne : <<http://www.italaw.com/cases/518>>.

³¹⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, « ICC Court Adopts Guidance Note on conflict disclosures by arbitrators », *Press Release* 2016, en ligne :

<<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-adopts-Guidance-Note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/>>.

³¹⁸ *IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration*, préc., note 315.

financier³¹⁹. En Nouvelle-Zélande, la partie qui se fait financer doit divulguer automatiquement le prêt avec le contrat de financement³²⁰ alors que le dévoilement des clauses précises de cette convention n'est pas obligatoire³²¹.

Ainsi, la tendance générale actuelle tend vers la divulgation si on devait juger le cas de l'Union européenne³²². En janvier 2016 par exemple, le traité de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam souligne la nécessité de divulguer la présence d'un tiers financeur sans pour autant divulguer les clauses du contrat du financement. Ce qui est identique à l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne qui en février 2016, encourage cette divulgation. Même si c'est dans le domaine de l'investissement, le chapitre final envoyé en novembre 2015 par l'Union européenne aux États-Unis dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis invoque aussi la nécessité de la divulgation du tiers financeur. Pour sa part, *Singapore International Arbitration Center* aborde dans le même sens en publiant en 2016 son nouveau règlement en matière d'arbitrage qui confère au tribunal la capacité d'exiger la divulgation du financement par un tiers. En février 2016, la CCI a également adopté un guide pratique³²³ qui encourage les arbitres à divulguer toutes relations ayant un caractère économique direct dans le litige ou créant une obligation d'indemniser une partie. Même si dans certains cas, la divulgation du financement par un tiers n'est pas expressément prévue, le financement connaît une attention croissante³²⁴.

³¹⁹ M. N. LLIESCU, « A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact », *Kluwer Arbitr. Blog* 2016, en ligne : <http://kluwarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>. L'auteur nous rappelle *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No. 13 of February 21, 2013; *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3 of June 12, 2015; *South American Silver v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10 of January 11, 2016.

³²⁰ *Waterhouse v Contractors Bonding Ltd*, 2013 NZSC.

³²¹ *Excalibur Ventures LLC v Texas Keystone Inc & Ors*, préc., note 190.

³²² M. N. LLIESCU, préc., note 319., p.3

³²³ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, préc., note 317.,

³²⁴ M. N. LLIESCU, préc., note 319.

iii- Éthique

Des problématiques d'ordre éthique peuvent devenir un enjeu entravant l'efficacité du financement, et les juridictions nationales en sont conscientes, mais n'ont pas la capacité d'y remédier. Dans un modèle linéaire où le bailleur et le client interviennent seuls, le débat éthique est moindre. Un autre cas de figure se présente dans une relation triangulaire, impliquant d'autres acteurs tel le tiers financeur. Le paiement des honoraires peut poser problème dans un premier temps. Autrement dit, la provenance de la rémunération peut soulever un enjeu éthique et susciter une incompatibilité avec les règles de déontologie³²⁵. Pour citer le code qui régit la profession d'avocat, une disposition respectée dans plusieurs pays prévoit que le paiement des honoraires doit provenir exclusivement du client³²⁶. Et en contrepartie, le client a un droit de regard ainsi qu'un droit de fournir des instructions. Cela est prévu aussi bien dans le contentieux judiciaire que dans le cadre des procédures arbitrales internationales³²⁷. Dans le financement par un tiers, l'entrave à l'éthique peut surgir quand l'avocat travaille pour le compte d'un client qui n'est pas le débiteur direct des frais.

Des discussions éthiques peuvent aussi être soulevées quand on pense au rôle des acteurs impliqués dans l'arbitrage et l'influence qu'ils ont entre eux. Le premier risque est le pacte *quota litis*. Cela se manifeste quand les frais seront déterminés uniquement en fonction du résultat d'une action. Le barreau français interdit cette pratique pour des raisons éthiques³²⁸. Dans le financement de l'arbitrage, le client et le bailleur peuvent passer une telle entente pour accélérer le déblocage des fonds et le début de l'arbitrage. Ensuite, l'autre risque est que : par pression, l'avocat sacrifie les intérêts du client au profit du bailleur acquittant ses honoraires³²⁹. Ce qui est à l'encontre du Code de déontologie de la profession d'avocat. En effet, le bailleur peut être porté à solliciter un accord anticipé dans son propre

³²⁵ Loi n.71-1130 du 31 décembre 1971, Article 10, cf aussi Règlement intérieur national, Article 11.3, Le cas de la règle déontologique de la profession d'avocat en France.

³²⁶ F. VILLA, préc., note 13., p.210

³²⁷ J. MAÎTRE EL AHBAD, préc., note 194. p.23

³²⁸ *Décision du 14 janvier 2016 portant réforme du règlement intérieur national de la profession d'avocat*, JORF, 0039 du 16 fév. 2016, texte n.15., Art.11.3

³²⁹ C'est légitime que *an attorney's primary loyalty will, as a practical matter, rest with the person or entity who pays him* (*Oliver v. Board of Governors*, 779 SW 2d 212, 215 (Ky, 1989))

intérêt; celui-ci, juste pour son avantage, peut contraindre le client à faire une concession ne répondant pas à ses réelles attentes³³⁰. En outre, le tiers financeur peut être tenté d'interférer dans la relation entre l'avocat et la partie financée car dans les faits : il est doté du « *power of purse* ». À tout moment, il peut suspendre le paiement³³¹ et risquer une rupture unilatérale du contrat. Ainsi, si le bailleur rompt le financement, les procédures peuvent être ralenties ou même suspendues³³² et ainsi créer une autre complication dans la résolution du litige. De plus, sachant l'intervention d'un tiers professionnel dans le procès, l'éventualité que l'avocat ou l'arbitre réclame des frais plus élevés ne doit pas être écartée³³³. Devant ces dépravations possibles du financement par un tiers, l'État n'a pas la capacité de remédier à ces menaces à l'éthique dans la mesure où le contrat de financement entre le tiers financeur et la partie en litige est conclu sous seing privé.

Ensuite, l'État ne peut garantir que le financement soit attribué à toutes les parties en litige qui en ont besoin. En effet, les détracteurs du financement soulèvent que d'un point de vue éthique, le financement est efficace pour rétablir l'équilibre entre les parties, uniquement si le différend implique un enjeu financier important. Pour eux, le financement n'est pas fait pour les simples litiges courants et de moindre coût puisque ceci demeure inaccessible pour les particuliers ou les petites et moyennes entreprises³³⁴. À cet égard, ces derniers ne seront généralement pas financés, dans la mesure où ils n'offrent que des profits modestes. Selon cette perspective, le financement par un tiers ne procure alors aucun équilibre entre les parties. Il n'est pas ouvert à tous les justiciables³³⁵. Il constitue, bien au contraire, une

³³⁰ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.36

³³¹ On pourrait citer l'exemple de « *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania* », CIRDI No. ARB/07/13. Ici, le bailleur a arrêté le financement. Ce qui a du même fait mis fin aux procédures.

³³² E DE BRABANDERE et J LEPeltak, « Third-Party Funding in international investment arbitration », (2012) 27-No.2 *ICSID Rev.*, p.385

³³³ S. BREKOULAKIS, préc., note 163., p.8. Ces auteurs mentionnent le contraire en affirmant que le financement par un tiers ne devrait pas faire de différence quant aux décisions concernant la répartition des coûts sur les résultats de l'arbitrage. De même, en ce qui concerne le montant à recouvrer, seules les redevances qui seraient normalement recouvrées devraient être recouvrées, c'est-à-dire qu'une partie financée ne devrait pas pouvoir recouvrer ses coûts de financement, car ce ne sont pas des frais juridiques normaux engagés dans l'arbitrage.

³³⁴ F. VILLA, préc., note 13., p.209

³³⁵ *Id.*, p.210.

forme de discrimination sur les litiges qui sont portés en justice, sur la base de l'anticipation des avoirs financiers. La juridiction étatique ne peut y pallier même si la situation est flagrante.

Par la suite, il est difficile pour le droit national d'éradiquer les « fonds vautours » qui constituent, sans équivoque, une entrave à l'éthique³³⁶. Dans ce cas de figure, la pertinence du financement se trouve entachée, dans la mesure où il est considéré comme un investissement abusif, attribué par un tiers qui est uniquement motivé par la recherche d'un profit. Le bailleur peut alors être perçu comme un acteur qui ne fait que s'approprier les créances impayées d'une partie endettée afin d'en retirer un avantage démesuré. En raison du caractère privé du contrat de financement, le droit national se trouve impuissant malgré le constat que les réelles motivations des bailleurs pourraient ne pas contribuer à l'harmonisation du commerce international ni le développement du marché commercial du pays à l'échelle globale.

En outre, le financement par un tiers peut être minimisé comme étant un simple moyen d'accéder à une cour arbitrale,³³⁷ peu importe les possibilités de succès du recours. Les opposants au financement affirment à cette fin que : le financement par un tiers encourage les litiges non fondés par l'assistance qu'il offre aux litiges frivoles et abusifs. Selon cette perspective, le financement par un tiers est une pratique néfaste qui rallonge les procédures arbitrales. Il augmente le volume de litiges et des requêtes non pertinents pour les échanges commerciaux d'un pays et pour le développement de son marché à l'international³³⁸. Cette critique est régulièrement mentionnée même si l'on peut admettre que le bailleur agit comme un investisseur poursuivant un gain financier et qu'il ne s'engagerait que dans une procédure fondée³³⁹. En sachant, que le financement est offert sans moyen de recours

³³⁶ P ORDONNEAU, « Fonds "Vautour" (vulture funds) », *Echosfr* 2010.20 novembre 2010.

³³⁷ Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009, p.4, <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>

³³⁸ A. RODGERS, P. SCOTT, A. SANZ et M. BROWN, préc., note 306., p.3 Pour ces auteurs, le financement par un tiers prolonger les litiges car les « règlements raisonnables » peuvent devenir des « offres moins attractives » en raison d'une exigence supplémentaire possible de l'investisseur dans la procédure.

³³⁹ *Id.*, p.4

possible³⁴⁰ et que les chances de succès sont moindres, aucun bailleur n'investirait dans un cas futile, dès lors qu'une consultation préalable de l'avis de spécialistes serait en défaveur³⁴¹. Cette position est réfutée en prenant pour acquis que l'engagement du financeur est le résultat d'un processus réfléchi et que la décision de financer est justifiée par des faits concrets. La décision rendue dans *Anglo-dutch Petroleum v. Haskell* soutient cela³⁴². Mais encore une fois, la juridiction étatique n'est pas l'entité adéquate pour prendre les mesures visant le respect de l'intégrité du bailleur et pour contrôler les réelles intentions motivant le financement.

Les enjeux éthiques susmentionnés font aisément ressentir la difficulté de l'encadrement du financement de l'arbitrage par un tiers. Malgré le fait que les États pourraient légiférer sur le fond des contrats de financement par un tiers dans l'arbitrage, les dispositions légales nationales ne semblent pas pouvoir le régir effectivement pour l'instant. De la même façon, les normes internationales existantes sont non-contraignantes et ne peuvent pas non plus fournir un système d'encadrement strict. Par ailleurs, le contrat de financement entre les parties ne peut pleinement prévoir tous les détails de la subvention. En dépit de ce vide apparent, si aucune mesure n'est prise pour l'encadrement de cette pratique, l'intégrité du financement par un tiers peut être contestée et entacher les vertus de l'arbitrage commercial international sur le long terme.

iv- Conflits d'intérêts

Les conflits d'intérêts sont tout aussi difficiles à encadrer et ébranlent même l'estime que l'on peut porter sur le financement par un tiers. Ces conflits peuvent remettre en cause la neutralité et l'impartialité de chacun des acteurs impliqués dans la résolution du conflit. Cette affirmation peut se justifier par le constat que l'intérêt personnel du

³⁴⁰ Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009, p.5,
<http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>

³⁴¹ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172..p.35

³⁴² *Anglo-dutch Petroleum v. Haskell*, 2006 Court of Appeals of Texas, Houston., Selon la cour :
« Presumably, prior to making an investment pursuant to a similarly structured agreement, an investor would consider the merits of the suit and make a calculated risk assessment on the probability of a return on its investment. An investor would be unlikely to invest funds in a frivolous lawsuit, when its only chance of recovery is contingent upon the success of the lawsuit»

bailleur ou de l'arbitre ou de ces deux, peut être contradictoire à leur mission initialement convenue. Non seulement les conflits d'intérêts entravent la bonne foi et les valeurs déontologiques, mais ils peuvent aussi bouleverser l'atteinte d'une issue à l'amiable qui est pourtant l'un des avantages de l'arbitrage commercial. Concrètement, le conflit d'intérêt fait surface quand une des parties en litige est financée par un tiers et que ce bailleur avait ou continue d'avoir une relation d'affaire avec l'arbitre. Du fait de la proximité entre l'arbitre et le financeur, les intérêts de la partie en litige peuvent différer de ceux du bailleur qui est supposé lui être loyal.

À cet égard, une friction peut naître entre le client et le bailleur. Cette situation peut se manifester dans le cas où une proposition transactionnelle ne plait pas à ces deux parties. Ainsi, l'atteinte d'un accord préalable ou encore la réussite d'une résolution à l'amiable peut devenir plus compliquée. L'une des deux peut vouloir maintenir et contraindre l'autre à l'acceptation ou au refus de cet accord qui arrêterait les procédures avant l'échéance initialement prévue³⁴³ pour ses propres intérêts. Et cela, même si l'accord constitue une issue avantageuse au vu du fond du différend. Le conflit d'intérêts soustrait au client un avantage qui profite au bailleur³⁴⁴ ou vice versa. Ce risque est accentué surtout si le contrat de financement ne prévoit pas une nette délimitation de pouvoir. Le financeur peut s'ingérer dans le contrôle des décisions stratégiques relatives à l'issue du litige³⁴⁵ et introduire un élément de complexité additionnel dans le règlement du différend. De son côté, le client peut aussi être porté à réclamer le maximum de profit en étirant les procédures à son avantage sans prendre en compte les intérêts du financeur. C'est justement pour remédier à cela que les professionnels du financement par tiers expriment ouvertement le besoin d'intervenir dans le procès. Ils justifient cela en invoquant une optimisation de leur investissement et de son retour³⁴⁶. Toutefois, que ce soit du côté du

³⁴³ Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009, p.2, <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>

³⁴⁴ E. DE BRABANDERE et J. LEPILTAK, préc., note 332., p.385.

³⁴⁵ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.36, Ce cas a été aussi vu dans *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Ltd* [2006] HCA 41

³⁴⁶ M BYRNE, « World's largest dispute financier, target US litigation market uptick », *The Lawyer* 2010, en ligne : <<http://www.thelawyer.com/'world's-largest-dispute-financier'-targets-us-litigation-market-uptick/1006248.article>>., Pour citer l'exemple du *Budford Capital*, son DG

financeur ou de l'emprunteur, l'effet néfaste du conflit d'intérêts est donc de troubler en même temps le déroulement des procédures et l'issue raisonnable au conflit. Régir ces conflits d'intérêts demeure de ce fait une difficulté de l'encadrement du financement par un tiers que ni le droit étatique ni les normes internationales ne peuvent adéquatement encadrer.

b- Apparition d'un régime de lex mercatoria dans le financement

Le recours à la lex mercatoria dans le cadre de l'arbitrage international a été admis depuis le début des années 1980³⁴⁷. Dans le financement de l'arbitrage par un tiers, les opérateurs internationaux ont la possibilité d'y recourir pour encadrer l'extraterritorialité, la divulgation ou la confidentialité du financement, l'éthique et les conflits d'intérêts (qui sont les principales matières à difficulté énoncées dans ce travail) dans le financement de l'arbitrage par un tiers, en sachant que son encadrement par le droit national est contestable. Le droit international éprouve également de la difficulté à se prononcer sur ces enjeux malgré le fait que les initiatives se déroulent dans plusieurs juridictions de différentes nationalités. Le constat que l'ordre existe quand même dans ce milieu révèle la présence d'un régime. Des règles non contraignantes se rencontrent et font l'objet d'une approbation spontanée et même formelle au sein des institutions ou organismes internationaux actifs dans l'arbitrage.

i- Caractéristiques d'un régime international dans l'arbitrage international

1. Paramètres d'un régime international

Plusieurs définitions et délimitations de ce que constitue un régime sont disponibles dans la littérature. Selon nous, la plus influente est celle produite par le professeur Krasner qui avance que le régime international est un ensemble implicite de principes, normes, règles et de processus de décision autour desquels les attentes des acteurs convergent sur un sujet donné des relations internationales³⁴⁸. Le professeur Young apporte une précision

soutient : « *We are fundamentally a capital provider. We take a share of the ultimate recovery, having taken the risk of funding (...) we are providing risk funding ...* »

³⁴⁷ G. CUNIBERTI, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, préc., note 22., p. 199 (en considérant le cas de la France).

³⁴⁸ S. KRASNER, préc., note 18., p.185

en affirmant qu'il s'agit d'une entente particulière spécifique à un domaine précis et qui est rattachée aux activités de certains membres d'une communauté internationale³⁴⁹. Ces explications portant sur le régime offrent définitivement des éléments complémentaires. Elles réunissent les mêmes bases qui permettent d'affirmer que le régime est un regroupement de principes convenus par des adhérents issus de différents pays et que ceux-ci s'y joignent volontairement pour l'atteinte d'un objectif commun.

Le régime international sur le plan international est donc une structure ou une institution établie par les acteurs de différents pays. Il est composé d'un réseau complexe de contrats privés internationaux et de mesures organisées autour de principes et normes informels et autonomes par rapport au pouvoir judiciaire étatique³⁵⁰. Cette institution est responsable de dicter les actions de ses membres agissant dans un système international³⁵¹. La solidité du régime est bâtie par la contribution des États à son établissement et par l'acceptation des membres qui y adhèrent. C'est à partir de cette auto-organisation et de cette interaction volontaire que les attentes convergent³⁵². Le régime se fixe initialement pour objectif de régulariser et de contrôler le comportement de ses membres pour que toutes les actions s'agencent vers un but précis et uniforme³⁵³. Ce régime servirait non seulement les intérêts de chacun de ces adhérents, mais surtout de la structure en entier.

2. Régime en matière d'arbitrage commercial international

En l'absence de source unique de droit commercial commun à tous les commerçants internationaux, il n'y a aucun système autonome et exclusif de résolution des litiges entre particuliers sur le plan international. Aucun instrument ne peut avoir cette prétention. En réaction, la juridiction nationale essaie tant bien que mal de réguler leurs transactions commerciales internationales dans les limites de son territoire. Par le même fait, il n'existe actuellement aucune disposition ou règle en matière d'arbitrage portant sur

³⁴⁹ O. YOUNG, « International cooperation: building regimes for natural resources and the environment », *Ithaca Cornell Univ. Press* 1989., p.13

³⁵⁰ K. LYNCH, préc., note 109., p.86

³⁵¹ S. KRASNER, préc., note 18., p.93

³⁵² V. RITTBERGER, et P. MAYER, « Regime theory and international relations », *Oxf. Univ. Press.*, p.396

³⁵³ R. KEOHANE et J. NYE, *Power and interdependence*, Little Brown, Boston, 1977., p.19

le financement de l'arbitrage international³⁵⁴. Malgré cela, l'arbitrage commercial international ainsi que les procédures de résolution incluant le financement de l'arbitrage par un tiers se déroulent en partie hors de la juridiction domestique. En faisant ce constat, des auteurs comme Lynch affirment que les résolutions de litige par voies arbitrales se font par voie extra juridictionnelle privée³⁵⁵. Il est alors reconnu que ni le droit étatique ni les normes internationales n'ont l'exclusivité sur le règlement du différend même si celui-ci s'en inspire.

C'est dans ce contexte que le régime international en matière d'arbitrage apparaît comme une forme consensuelle entre le droit national et international. D'où, l'affirmation que l'arbitrage commercial international ainsi que son financement connaissent une dualité. Ce double caractère « national et international » ramène à la théorie centrée et multicentrée du régime par rapport à l'État. Cité par le professeur Lynch, le professeur James Rosenau est le tenant de l'affirmation qualifiant le régime de : « bifurcation et de distinction » entre sa « nature centrée et multicentrée » face à l'État³⁵⁶.

Dans une approche centrée, selon l'auteur Rosenau, et repris par le professeur Lynch, le régime d'arbitrage international est une plateforme sur laquelle s'illustre une relation réciproque entre les États vis-à-vis d'une institution internationale arbitrale. Dans les faits, le régime peut alors être composé d'un traité bilatéral signé entre deux États, accompagnés par une institution arbitrale. Dans une approche multicentrée, le régime se manifeste par un réseau qu'entretiennent les acteurs transnationaux avec les organisations et institutions internationales. Concrètement, il peut s'agir ici de formes de multilatéralismes négociés. L'essentiel est de voir que dans les deux cas, centré et multicentré, l'État reconnaît la légitimité et l'autonomie des institutions arbitrales, même s'il possède un contrôle sur la conformité des procédures à la législation domestique³⁵⁷. Le financeur jouit de cette flexibilité accordée par le droit domestique au même titre que l'arbitre. Cette concession

³⁵⁴ S. BREKOULAKIS, préc., note 163.

³⁵⁵ K. LYNCH, préc., note 109., p.84

³⁵⁶ *Id.*, p.84

³⁵⁷ *Id.*, p.85

est importante étant donné qu'elle procure une indépendance au marché du commerce international en constante autorégulation.

L'observation de l'arbitrage commercial international et de son financement par un tiers à travers un régime permet de mieux comprendre comment ce modèle d'arbitrage est construit autour d'une multitude de sous-régimes qui sont en réalité les divers traités et conventions aussi bien bilatéraux que multilatéraux. La convention de New York³⁵⁸ procure quelques éléments centraux de ce régime international en matière d'exécution universelle de sentences arbitrales³⁵⁹. Ce texte officiel peut être cité en guise d'exemple pour démontrer comment plusieurs acteurs composés d'institutions, d'organisations et de divers centres d'arbitrage s'attèlent à proposer des normes de pratiques exemplaires qui visent le bon déroulement de l'arbitrage³⁶⁰. Le régime d'arbitrage est en fin de compte une structure de normalisation qui assure la pérennité et l'évolution constante du règlement de différend arbitral international en matière commerciale. Toutefois, il demeure également un moyen pour l'arbitrage de prouver sa pertinence au regard de l'État et des acteurs commerciaux internationaux.

Afin de démontrer que l'arbitrage commercial international forme un régime international, on peut décortiquer la définition énoncée par Krasner³⁶¹ mentionnée plus haut. Dans un premier temps, l'auteur souligne que le régime est un ensemble de principes, de normes, de règles et de procédures de prise de décision implicites. On peut dégager de cette définition que le régime est une standardisation de la pratique. Appliqué à l'arbitrage, il s'agit d'un ensemble de procédures convenues par plusieurs acteurs commerciaux internationaux, qui vise la réalisation d'un objectif commun. L'objectif est de fournir un règlement alternatif de litige taillé par les parties et qui se distingue par son caractère privé, rapide et confidentiel. En outre, le régime se veut être non seulement une base internationale d'encadrement et d'exécution, mais aussi un moyen pour les adhérents de

³⁵⁸ *New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, préc., note 9.

³⁵⁹ K. LYNCH, préc., note 109., p.80

³⁶⁰ *Id.*, p.79

³⁶¹ S. KRASNER, préc., note 18., p.185

prendre des décisions communes de régulation. C'est dans ce sens que l'on peut affirmer que le régime est un ensemble de procédures convenues par plusieurs acteurs internationaux qui sont ici les États, l'arbitre, le financeur d'arbitrage et les parties en litige.

Dans un deuxième temps, le professeur Krasner avance que le régime est une structure autour de laquelle convergent les attentes des acteurs dans un domaine donné des relations internationales. Autrement dit, le but de l'établissement du régime est d'uniformiser les procédures en visant un idéal d'égalité entre ses acteurs même si dans la pratique les parties connaissent une hiérarchie. À travers cela, ce régime offre un encadrement afin que l'arbitrage international demeure un instrument fonctionnel pour atteindre les objectifs de ce moyen de règlement des différends. Par l'établissement du régime d'arbitrage commercial international, l'autorégulation est amenuisée et on assiste à une uniformisation progressive de la pratique admise non seulement par les parties impliquées et les États, mais aussi par les organisations spécialisées dans l'arbitrage. L'atteinte de cette uniformisation dans le marché de l'arbitrage rentre parfaitement dans ce que le professeur Krasner qualifie d'objectif commun aux adhérents au régime.

En outre, les parties en litige qui ont recours à l'arbitrage s'attendent à ce que le modèle alternatif de règlement comble les inconvénients et les faiblesses de la justice étatique³⁶². À cette fin, il est attendu que l'arbitrage offre des procédures neutres³⁶³, hors du cadre de compétence d'une juridiction domestique précise pouvant biaiser l'issue. Le caractère international du régime d'arbitrage vient pallier les limites territoriales du régime étatique de résolution de litige en offrant une structure non affiliée à un unique pays. Par la suite, le dernier élément de la définition du professeur Krasner qui permet de comprendre que l'arbitrage commercial international est véritablement établi en régime, est qu'il y a vraisemblablement un processus de prise de décision interne faite par un pays pour y rester ou tout simplement s'en défaire. À cet égard, le régime constitue un instrument parfait pour rassurer l'État signataire de la pertinence des normes instaurées par le régime d'arbitrage

³⁶² J.M JACQUET, P DELEBECQUE et S CORNELOUP, *Droit commercial international*, Dalloz, Paris, 2007., p.273

³⁶³ *Id.*, p.274

dans la mesure où le droit national n'est pas pleinement compétent. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les États édifient des régimes internationaux selon une approche libérale en relations internationales. Il y a conscience que le régime a une fonction de réduction d'incertitude et permet de résoudre à l'absence d'autorité centrale susceptible d'obliger les États à respecter leurs engagements³⁶⁴. Bien que les règles soient non contraignantes et sans sanctions exécutoires directes, le régime offre une plus grande garantie dans l'accompagnement de l'arbitrage et de l'exécution de la sentence.

3. Pertinence de la compréhension du régime international dans le financement

Le financement de l'arbitrage par un tiers est un composant de l'arbitrage commercial international. Par extension, la régulation qui lui serait la plus adéquate n'est pas le droit étatique, mais le même que celui de l'arbitrage dans le commerce international. Sans compter les normes internationales établies, chaque pays peut avoir sa position concernant ce modèle de financement. Soucieux de l'harmonie du marché international, chaque État peut développer son propre instrument d'encadrement du financement par un tiers. C'est ce qui incite les acteurs actifs dans le domaine de l'arbitrage à établir un régime qui puisse encourager les initiatives qui produisent des normes relatives au financement de l'arbitrage par un tiers. Ces actions ont pour but de fournir un mécanisme utile au commerce international qui puisse faciliter la réalisation du financement. Afin de gagner cette reconnaissance des États, ces initiatives ont été progressivement instituées en un régime international.

Pour commencer, la compréhension du régime international est appropriée dans l'encadrement du financement de l'arbitrage international en raison de quelques éléments. Tout d'abord, elle procure une méthode d'observation des éléments du financement en prenant pour acquis que le régime a été initialement étudié pour comprendre la gouvernance d'un enjeu international³⁶⁵ dans lequel des principes, des normes, des règles et des processus de décision sont liés. Le constat que l'on peut faire dans le financement

³⁶⁴ D. BATTISTELLA, préc., note 4., p.415

³⁶⁵ S. PAQUIN, préc., note 30., p.152

de l'arbitrage par tiers est qu'on est en présence d'un enjeu international spontané qui implique un encadrement auto-organisé de la part des acteurs participants. L'enjeu principal est de veiller à ce que sa pratique ne tombe pas dans l'abus (Champertie, soutien délictueux, usure ou autres) sans pour autant qu'il y ait besoin de régulation étatique, stricte et contraignante. Ce qui a été soulevé dans la première partie en survolant le cas du Canada, des États-Unis, du Royaume-Uni, de l'Asie et de l'Océanie. Il est ainsi prouvé que le financement par un tiers est de nos jours encadré par la complémentarité et la coopération du droit domestique et des régimes internationaux. C'est de cette façon que les pays qui reconnaissent son application se dotent d'instruments juridiques et encouragent la signature d'ententes internationales qui peuvent baliser le financement.

Partant de cela, la théorie du régime offre un outil d'analyse de la pertinence et du rôle de l'État dans le système commercial international d'arbitrage évoluant dans l'économie globalisée actuelle³⁶⁶. Comme l'émergence du tiers financeur dans l'arbitrage est propulsée par la mondialisation, avoir une image de ce modèle de financement par un tiers à travers un régime permet de comprendre comment son efficacité n'est possible que par une assistance offerte par les juridictions nationales. La reconnaissance de cette émergence du financement de l'arbitrage avec le développement des échanges mondiaux permet de réaliser à quel point l'État a un besoin constant d'ajustement. Même si on assiste à une certaine rivalité entre les États pour définir les termes des régimes internationaux selon le professeur Krasner³⁶⁷, le parallèle fait avec la compréhension du régime dans son ensemble apporte une vision de la tension qui peut exister entre la mondialisation et la force locale nationale³⁶⁸ pour l'encadrement de ce financement en matière d'arbitrage.

Dans un premier temps, le régime facilite la compréhension des relations qu'il établit entre les éléments qui le constituent³⁶⁹. Par conséquent, l'observation du financement de l'arbitrage par un tiers à travers le régime explique les relations qu'entretiennent les acteurs impliqués dans le processus. Ce qui signifie qu'il éclaire sur les rôles et attributions du

³⁶⁶ K. LYNCH, préc., note 109., p.81

³⁶⁷ S. KRASNER, préc., note 111., p.336-366.

³⁶⁸ K. LYNCH, préc., note 109., p.77

³⁶⁹ S. PAQUIN, préc., note 30., p.152

financeur vis-à-vis du règlement du litige, des parties en conflits et de la juridiction qui régit les procédures. À travers le régime, les relations entre ces derniers sont plus claires et on peut réaliser comment le financement est en phase de former une structure harmonisée pour l'atteinte d'un objectif précis à savoir la bonne marche du commerce international à travers l'assistance financière offerte à ceux qui ont un droit à faire valoir. C'est ainsi que la théorie du régime met en exergue la présence de multiples couches complexes de l'arbitrage commercial international en tant que système, et aussi le rôle de l'État en tant qu'acteur commercial souverain dans le commerce international³⁷⁰, accordant une autonomie au marché. Comme le régime a pour objectif d'assister la régulation des relations internationales dans plusieurs sphères d'activités³⁷¹, le financement par un tiers est inclus parmi ces domaines régulés par l'entremise de l'arbitrage commercial international.

Le financement de l'arbitrage fait partie de la sphère d'échange international de telle sorte que les limites territoriales ne proposent pas un encadrement efficace de la part de l'État. Tout comme les autres outils à la disposition du commerce international, ce type de financement a besoin d'un encadrement spontané, reconnu et élaboré par les acteurs, sans pour autant être contraignant. Le régime répond convenablement à ce besoin. D'ailleurs, Susan Strange en fait état en mentionnant qu'un régime n'est pas un simple rassemblement d'égaux (États mutuellement adhérents à un régime), mais est le résultat d'une stratégie élaborée par un État qui se manifeste simplement comme étant un processus d'harmonisation. Et dans ce processus volontaire, les autorités nationales et acteurs du commerce international acceptent de faire des concessions³⁷² pour une meilleure coordination de leurs intérêts commerciaux communs. Dans l'arbitrage commercial international et dans le financement de l'arbitrage par un tiers, le régime prend pour base les différentes pratiques du marché et les uniformise par l'intermédiaire de principe et de normes transnationales touchant la pratique commerciale internationale³⁷³.

³⁷⁰ K. LYNCH, préc., note 109., p.84

³⁷¹ J. BAYLIS, S. SMITH et P. OWENS, préc., note 31., p.295

³⁷² S. PAQUIN, préc., note 30., p.279

³⁷³ K. LYNCH, préc., note 109., p.86

Enfin, cette compréhension du régime est pertinente pour l'encadrement du FAT, car il connaît la participation et surtout la reconnaissance des États et des autres acteurs internationaux sur une base volontaire ; ses adhérents ont donc une obligation de l'honorer. De ce fait, un régime consacré dans le FAT possède ce rôle conciliateur qui est requis par l'arbitrage par l'intermédiaire du principe de la gouvernance sans gouvernement. Ainsi, par la force des choses, quand le FAT est constitué en régime, il est accepté de par la légitimité de ses normes et par la validité de ses processus de prises de décision. Les États l'institutionnalisent et respectent l'utilisation de ses modèles de résolution de litige³⁷⁴ en étant conscients que ses homologues feront pareil et le mettront en œuvre sur leurs territoires.

ii- Lex mercatoria régime international en matière d'arbitrage

1. Contours de la lex mercatoria

La littérature offre plusieurs définitions de la lex mercatoria. Parmi les principales, on peut citer celle de Schmitthoff qui réfère à un phénomène de règles uniformes servant les besoins des affaires commerciales internationales et de la coopération économique³⁷⁵. Elle répond alors au besoin du commerce international parce que les règles qui y sont élaborées s'accordent aux besoins de ses membres de manière empirique³⁷⁶. En matière d'arbitrage, l'auteur Lando, définit le concept comme étant des règles de droit qui regroupent tout ou la plupart des États engagés dans un commerce international. Pour ce dernier, ces règles ne sont pas spontanées et les arbitres optent pour celles qui apparaissent les plus appropriées et équitables par rapport aux lois des autres systèmes légaux disponibles³⁷⁷. Un autre auteur, Goldman, qui est un défenseur de la lex mercatoria avance que c'est un ordre légal tiers qui regroupe un ensemble de principes et règles coutumières spontanément mentionnées ou élaborées dans le cadre du commerce international sans faire référence à un système de droit en particulier³⁷⁸.

³⁷⁴ M. KARNs et K. MINGST, préc., note 117., p.12

³⁷⁵ C. SCHMITTHOFF, préc., note 77.

³⁷⁶ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.410

³⁷⁷ C. STOECKER, préc., note 78.

³⁷⁸ B. GOLDMAN, préc., note 80., p.116

La *lex mercatoria* prend source à l'époque médiévale. Ces règles régissaient les échanges commerciaux et étaient essentiellement des coutumes suivies par la communauté internationale des marchands. Ces traditions commerciales étaient indépendantes des législations nationales et étatiques³⁷⁹ dans la mesure où elles couvraient des domaines complexes liés aux nouvelles habitudes du commerce local³⁸⁰. Actuellement, la *lex mercatoria* connaît une tendance vers l'universalisme. Son émergence est irréversible surtout dans le domaine de l'arbitrage en matière commerciale internationale et on peut prévoir qu'elle tendra vers la construction progressive d'un ordre juridique propre au commerce international.

Dans la théorie, la *lex mercatoria* peut être cernée à travers trois conceptions. Il s'agit tout d'abord d'un ordre juridique autonome, ensuite d'un corps de règles suffisantes pour régir un contrat et enfin d'un reflet de corpus d'usage ou de principes généraux du commerce international³⁸¹. En utilisant ces conceptions, on peut dessiner les contours de la *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* est alors dans un premier temps, un ordre juridique autonome dans la mesure où elle devrait être générée par les pratiquants dans un domaine précis. Son développement se fait en parallèle aux initiatives des systèmes juridiques étatiques³⁸² et elle fait suite à une nécessité de régulation manquante de la part de ce droit national qui ne peut couvrir en totalité le domaine. L'intervention de l'État et du gouvernement est donc à écarter³⁸³.

En revanche, certains auteurs affirment que comme toutes les lois internationales, la *lex mercatoria* devrait être assujettie à la régulation nationale, donc devrait être mise en place par l'État. Ces derniers prétendent que les usages du commerce international acquièrent

³⁷⁹ C. SCHMITTHOFF, préc., note 77.

³⁸⁰ BERGER, « The New Merchant and the Global Market place: A 21st century view of transnational commercial law », 3-4 *Int. Arbitration Law Rev.*, p.92

³⁸¹ « La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI », *Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1990-1 (1990), p.55-100

³⁸² C SCHMITTHOFF, « Nature and evolution on the transnational law of Commercial transactions », (1982) 2 *Transnatl. Law Int. Commer. Trans. Stud. Transnatl. Econ. Law.*, p.22

³⁸³ N HORN, *The transnational law of international commercial transactions v.2 (Studies of transnational economic law)*, Ed. 1, Springer, 1983., p.22

seulement le titre de règle lorsqu'ils sont incorporés dans le système de droit national, soit tacitement, soit explicitement.

C'est ainsi que la *lex mercatoria* est juste considérée comme un « concept synthétique qui regroupe les similarités qui existent dans les règles de droit commercial de différentes nations³⁸⁴ ». Pour répondre à cette affiliation au droit national, Goldman signale que la *lex mercatoria* est issue de pratiques internationales qui, en devenant fréquentes, ont formé un droit coutumier³⁸⁵, même si sa source est le droit national. On peut alors en déduire que la *lex mercatoria* est tout simplement un droit accommodant différents acteurs regroupés dans la communauté internationale. Ce droit provient des droits nationaux de tous ces individus réunis. Elle devrait tout de même être reconnue par le système légal national³⁸⁶. Il y a même des cas où il est choisi en priorité sur le droit national en raison de son caractère plus précis et adéquat par rapport au cas. Pour illustrer cela, on peut citer *DST v. The Government of Ras al Khaimah and Rakoil*³⁸⁷ dans lequel le tribunal a appliqué « les principes de droit internationalement reconnu » et *Pabalk Ticaret v Norsolor*³⁸⁸, où les arbitres ont appliqué le principe de la bonne foi inspirée par la *lex mercatoria* internationale³⁸⁹. Bien qu'elle puisse provenir de différentes sources, son autonomie devrait être indiscutable.

³⁸⁴ H BERMAN et F DASSER, *Lex mercatoria and arbitration*, Transnational Juris Publications Inc, NEW YORK, 1990., p.22

³⁸⁵ B. GOLDMAN, préc., note 80., p.125

³⁸⁶ H. BERMAN et F. DASSER, préc., note 384., p.32

³⁸⁷ *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v The Government of Ras al Khaimah and Rakoil*, Lloyd's Rep.257. Selon les commentaires recueillis dans la note 113, Rakoil a contesté La *lex mercatoria* comme étant le principe de droit internationalement reconnu et a soutenu que l'exécution de la sentence serait contraire à la politique publique anglaise parce que les principes appliqués par le tribunal étaient «non précisés et éventuellement mal définis». La Cour d'appel a rejeté cet argument et a estimé que les parties n'avaient pas à limiter le choix du droit applicable et les arbitres ont agi dans le cadre de leur mandat en vertu des Règles de la CPI lorsqu'ils appliquent des principes généraux.

³⁸⁸ *Pabalk ticaret Ltd. sirketi v. norsolor S.A*, 1984 Cour de Cassation, Chambre Civile 2. Le tribunal a obligé Norsolor à payer des dommages-intérêts qui a ensuite intenté une action en vue d'annuler la sentence en soutenant que le tribunal a appliqué l'équité plutôt que la loi dans sa décision. Il a été confirmé que les arbitres n'avaient pas dépassé leur mandat parce qu'ils appliquaient « un principe émanant du droit privé » en recourant à l'équité sous la base de la *lex mercatoria*.

³⁸⁹ O. TOTH, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017., march 2017, p.20

Une autre spécificité de la *lex mercatoria* est qu'elle peut régir un contrat. Par un agencement de règles en un ensemble cohérent et adapté aux opérations du commerce international, elle a le privilège de former une loi propre pour sa communauté³⁹⁰. Pour faire partie de la *lex mercatoria*, un usage ou une règle devrait être suffisamment cohérent pour susciter la création d'une norme et en assurer l'application. En outre, une *lex mercatoria* doit être le reflet d'un corpus d'usages ou de principes généraux du commerce international. C'est dans ce sens que la théorie sur la *lex mercatoria* énonce qu'elle se compose essentiellement de règles d'usage et de principes généraux, spontanément introduits dans le cadre des échanges internationaux³⁹¹. Pour mettre en exergue cette idée d'ensemble de règles, l'auteur Lando fournit une liste non exhaustive d'éléments contenus dans la *lex mercatoria*. Il cite notamment le droit public international, le droit uniforme ainsi que les droits et coutumes régissant les échanges internationaux, les principes généraux du droit, les standards du contrat et les sentences arbitrales³⁹². On peut constater que ce corpus se compose de droit coutumier commercial et inclut aussi une variété d'autres normes commerciales qui sont respectées par les acteurs internationaux³⁹³. Cette liste des composantes de la *lex mercatoria* se retrouve également dans les principes d'Unidroit. À partir de l'accumulation de ces normes de source internationale, elle forme un agrégat de normes de source internationale ou un ordre juridique autonome adapté au droit commercial international³⁹⁴.

Pour avoir une meilleure conception du sujet, la littérature distingue la nouvelle et l'ancienne *lex mercatoria*. La nouvelle est, par nature, un droit qui est plus autonome et qui tente de fournir sa propre régulation informelle et flexible sans ne faire référence à un aucun système de droit³⁹⁵. À la différence de l'ancienne qui n'était pas planifiée, la nouvelle est une création faite par délibération par les divers acteurs et institutions internationales

³⁹⁰ B. GOLDMAN, préc., note 17., p.320

³⁹¹ B. GOLDMAN, préc., note 80., p.116

³⁹² O LANDO, « The Lex Mercatoria in international commercial arbitration », (1985) 34-4 *Int. Comp. Law Q.*, p.751

³⁹³ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.371

³⁹⁴ C SCHMITTHOFF, *The sources of the Law of International Trade*, Stevens & Sons, London, 1964.

³⁹⁵ C. SCHMITTHOFF, « International business law: a new merchant », (1962) 129 2 *Curr. Law Soc. Probl. Univ West. Ont.*, p.44

œuvrant dans les échanges internationaux³⁹⁶. Cette nouvelle lex mercatoria est associée à l'émergence de l'arbitrage international structuré et codifié avec un ensemble de règles dirigé par les Principes d'Unidroit du droit commercial international et par les cours arbitrales internationales institutionnalisées³⁹⁷. De plus en plus de litiges la prennent en référence et son efficacité est attestée par sa validation croissante de la part du droit national. L'encadrement fourni par la lex mercatoria est de ce fait adéquat dans la mesure où l'arbitrage commercial qui inclut le financement a un caractère global et n'est pas étroitement lié à un système national particulier.

En somme, les règles de la lex mercatoria sont uniques aux transactions commerciales internationales. Additionnées aux stipulations contractuelles acceptées par les parties, les prévisions de la lex mercatoria permettent de combler les lacunes du droit domestique et offrent une régulation ajustée et plus adaptée aux besoins du commerce international³⁹⁸. Sur cette base, les arbitres jouissent d'une flexibilité pour trancher les différends qui leur sont présentés sans avoir aucune contrainte ni obligation de soumission intégrale à une juridiction particulière. À travers la lex mercatoria, les arbitres rendent des sentences taillées au litige avec une grande possibilité de mise en vigueur. Plusieurs jugements illustrent cette insuffisance de la législation nationale et la justification du choix de la lex mercatoria comme moyen de régulation dans l'arbitrage commerciale internationale.

Entre autres, on peut citer *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mgh v. Ras Al Khaiman National Oil Co.*³⁹⁹. Dans cet arrêt, le tribunal arbitral a admis dans sa sentence que le droit applicable dans la résolution du litige est : “*internationally accepted principles of law governing contractual relations*”. Le tribunal faisait certainement référence à la lex mercatoria en invoquant les principes du droit régissant les relations contractuelles admises dans les pratiques internationales. Il y a aussi le cas de l'affaire *Mexican Construction Co.*

³⁹⁶ *Id.*, p.21

³⁹⁷ Y FORTIER, « New Trends in governing Law: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future », (2001) 17-2 *ICSID Rev. - Foreign Invest. Law J.*, en ligne : <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/16/1/10.full.pdf>>.

³⁹⁸ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.393

³⁹⁹ *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft M.B.H. v. Ras Al Khaimah National Oil Co.*, 1987 Court of appeal England and Wales.

v. *Belgian Co.*⁴⁰⁰ dans lequel les arbitres ont appliqué ces mêmes principes internationaux acceptés en matière de droit commercial en ne faisant référence à aucun système de droit en particulier.

2. Régime de la *lex mercatoria* dans l'arbitrage commercial international

Selon l'approche des auteurs Puchala et Hopkins, la *lex mercatoria* s'applique à l'arbitrage commercial international en tant que régime international. Ces derniers ont mis à l'évidence qu'un régime distingue cinq (5) caractéristiques à partir desquelles on peut le reconnaître et confirmer sa présence. Ils parlent de comportement, de phénomène, d'une attitude. Ces derniers découlent de l'adhésion aux principes, aux normes ou aux règles qui reflètent un caractère juridique. Pour eux, le régime agit comme l'arrangement des attentes ou des convictions des participants sur un comportement légitime, approprié ou moral. D'après ces auteurs, un régime international comprend des principes concernant les procédures appropriées pour la prise de décisions. De cette façon, ils assurent qu'un régime doit être décrit de façon à inclure une caractérisation des grands principes qu'il défend. Pour ces derniers, non seulement un régime devrait être composé d'un ensemble d'élite qui sont les acteurs clés en son sein, mais aussi qu'il devrait évoluer dans un domaine clé des relations internationales⁴⁰¹. Ainsi, on peut constater que l'arbitrage commercial international possède complètement les spécificités d'un régime de *lex mercatoria*.

On peut premièrement reconnaître la présence du régime international de *lex mercatoria* en matière d'arbitrage à travers les multiples instruments utilisés dans les pratiques arbitrales de résolution de litige. Ces arrangements se reflètent à travers les accords de régulations de l'arbitrage instaurés pour régir l'activité qui commence dès que les parties optent pour l'arbitrage jusqu'à l'exécution de la sentence arbitrale. Deuxièmement, cette présence est confirmée par le constat que l'arbitrage commercial international est un régime incluant des procédures établies spécialement pour parfaire la prise de décision. De ce fait, ces procédures sont acceptées par les parties et par la pratique uniforme arbitrale

⁴⁰⁰ COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE, *Mexican Construction Co. v. Belgian Co.*, ICC 3267 (14 juin 1979), Chambre de Commerce Internationale.

⁴⁰¹ D PUCHALA et R HOPKINS, « International regimes: lessons from inductive analysis », (1982) 36-2 *Int. Regimes MIT Press.*, p.62 et 63

préalablement établie par la communauté. Ces normes veillent d'ailleurs au respect des grands principes défendus par le régime. C'est ce qui rejoint le troisième point soulevé par Puchala et Hopkins. En quatrième point, l'arbitrage commercial international en tant que régime possède à sa disposition des institutions arbitrales pouvant être considéré comme élites et ayant un rôle de produire des normes et principes sur la scène internationale. Cinquièmement, on peut affirmer qu'à la lumière de cette délimitation, cette branche de l'arbitrage entre intégralement dans le commerce international qui est considéré comme un domaine central des relations internationales.

Selon sa composition, l'arbitrage commercial international est un régime international de *lex mercatoria* en raison de la présence de constituante exactement identique dans les deux modèles. Tout d'abord, l'arbitrage commercial international constitue un régime international tant que les usages, les principes et les règles, c'est-à-dire leurs sources, sont indiqués comme base de régulation d'un enjeu arbitral international. Autrement dit, toutes les actions qui y sont spontanément entreprises se coordonnent pour l'atteinte des objectifs de règlement du litige et de pérennisation du système arbitral international. Ensuite, l'observation des buts et attributions permet également de constater que l'arbitrage commercial international possède les spécificités d'un régime international.

Au premier abord, le régime de la *lex mercatoria* est composé de régulations qui sont importantes dans la constitution d'une entité internationale visant l'atteinte d'une meilleure harmonie et surtout pour satisfaire un intérêt commun qui est la bonne marche du commerce international à travers l'arbitrage⁴⁰². De cela, on peut constater une grande similarité avec la source principale du régime international selon la définition de l'auteur Krasner qui mentionne qu'il s'agit d'un ensemble de normes, de principes, de règles et de processus de décision.

Ce qui importe principalement de mentionner dans la *lex mercatoria* rencontrée dans l'arbitrage commercial international c'est qu'elle est construite à partir d'usages et de

⁴⁰² *Id.*, p.1 , p.194

pratiques, qui, à la suite d'un processus précis se sont transformés en convention ou en une entente en matière d'arbitrage. L'article 17(1) de la règle de la Chambre de commerce international⁴⁰³ fait état des mesures arbitrales internationales qui sanctionnent la Lex mercatoria. La liberté des parties d'opter pour la règle de droit qu'elle considère adéquate y est prévue, et le choix de la loi du marché sur le droit domestique est priorisé. La forte prise en compte de ces usages du commerce international ou plus précisément de la lex mercatoria en tant que règle juridique pour régir les litiges, est l'une des particularités essentielles de l'arbitrage commercial international. Pour appuyer cela, l'article 28(4) de la loi type de la CNUDI prévoit que le tribunal arbitral doit juger conformément aux stipulations du contrat et doit tenir compte des usages du commerce applicables à la transaction. L'exemple que l'on peut citer en termes de codification des usages est l'utilisation des INCOTERMS dans le transport maritime. Cette pratique est issue de la standardisation dans les différents pays ayant différents modèles de droit. En définitive, les règles issues du régime résultent ainsi d'un processus d'autorégulation initié par les acteurs dans l'arbitrage et dans le commerce international.

Le régime commercial international en matière d'arbitrage est effectivement construit à partir de pratiques. À l'issue d'un processus d'uniformisation, ces usages sont institués en normes par l'intermédiaire des traités et des conventions spécialisés, rattachés aux activités de la communauté commerciale internationale. En plus des principes élaborés à travers la jurisprudence arbitrale, la régulation provient concrètement d'institutions comme la Chambre de commerce international (CCI), l'Institut International pour l'Unification du Droit privé (Unidroit) ou encore de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international. De surcroît, les sentences rendues dans le cadre de ces conventions démontrent qu'elles prennent largement en considération les usages du commerce international et non les régulations étatiques. Les usages sont alors les bases de ces conventions et contribuent incontestablement à l'émergence d'un droit global. Dans l'arbitrage international, on a commencé à constater cette émergence dès lors que le mode de règlement des différends international a été favorisé⁴⁰⁴. En parallèle à cela, les besoins

⁴⁰³ *Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, (1998).

⁴⁰⁴ F. OSMAN, préc., note 62., p.265

du commerce international ont incité les États à promouvoir, par le biais d'une législation interne ou de conventions internationales, le recours à l'arbitrage comme mode de règlement des différends. C'est l'apparition d'une régulation transnationale pour régler les litiges, ainsi que l'établissement d'initiatives d'uniformisation qui ont fortement contribué à l'émergence de la *lex mercatoria*⁴⁰⁵ dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

Pour compléter cela, on peut assurer que le régime est un moyen de sécuriser ses adhérents. Ce qui est identique à la *lex mercatoria* qui procure une sécurité juridique à l'arbitrage commercial international. D'où la préférence attribuée à ces règles issues de la pratique internationale, qui facilitent par le même fait la réalisation des intérêts commerciaux communs et l'instauration des normes de comportements souhaitables⁴⁰⁶, visant la bonne marche du commerce international et des modes de règlement alternatifs des différends. Même s'il n'est pas à écarter que certains pays en voie de développement considèrent la *lex mercatoria* comme un outil mis en place par les pays développés pour accroître leurs propres échanges⁴⁰⁷, les lois nationales sur l'arbitrage l'admettent dans les faits. C'est le cas en Europe et aux États-Unis. La France, la Suisse et la Grande-Bretagne, quant à elles, l'ont amendée en permettant une liberté sur le choix du droit applicable par les parties dans les procédures en matière d'arbitrage commercial international. Cette liberté de choix a majoritairement conduit à la reconnaissance par la juridiction étatique des sentences arbitrales basées sur la *lex mercatoria*⁴⁰⁸.

Selon leurs objectifs, le régime d'arbitrage commercial international et de la *lex mercatoria* possède un même but initial qui est de répondre aux attentes de leurs adhérents, en comblant un besoin du commerce international qui ne peut être prévu par le droit national. En tant que régime, l'arbitrage international vise de ce fait la formation d'un corpus de jurisprudence arbitrale qui constitue une source formelle de la *lex mercatoria*⁴⁰⁹. Dans ce

⁴⁰⁵ *Id.*, p.266

⁴⁰⁶ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.371

⁴⁰⁷ K. LYNCH, préc., note 109., p.327.

⁴⁰⁸ *Id.*, p.324

⁴⁰⁹ F. OSMAN, préc., note 62., p.335

modèle de règlement de différend, le régime est donc mis en place afin de renforcer la légitimité de la sentence rendue par les arbitres. Elle permet ensuite, par consensus, d'éviter qu'une loi étrangère ne soit appliquée sur un territoire national. De cette façon, les arbitres évitent de trancher sur la base d'une loi étrangère qu'ils ne maîtrisent pas forcément. Selon l'auteur Mayer, le régime a effectivement ce rôle de coordination⁴¹⁰ qui se retrouve dans l'arbitrage international.

La précision est également importante à faire sur la responsabilité d'autorégulation du régime⁴¹¹. À travers cette autorégulation, l'objectif ultime d'un régime est aussi la satisfaction des intérêts communs de ses acteurs⁴¹² qui devraient volontairement et spontanément adapter leurs comportements selon un accord décidé au sein de la structure⁴¹³. De façon identique, dans le régime de la *lex mercatoria* et dans l'arbitrage commercial international, il n'y a aucun besoin de rappeler que l'objectif principal est de fournir une régulation spéciale et inévitable avec l'évolution du marché. La qualification que la *lex mercatoria* est en fin de compte une loi du marché appuie cette autorégulation. Ensuite, la satisfaction et l'adhésion des acteurs ne sont pas discutables tant dans la *lex mercatoria* que dans l'arbitrage commercial international.

En somme, le régime de la *lex mercatoria* dans l'arbitrage a pour désir de codifier les pratiques. L'UNIDROIT est l'initiative la plus connue et a permis de rehausser l'estime accordée à la *lex mercatoria*. On peut ainsi dire que le droit commercial international n'est plus le concept ultérieurement qualifié d'abstrait. Il est dorénavant capable d'être codifié à travers des principes et des règles précises⁴¹⁴. De ce fait, cette codification a alors servi à trois objectifs qui sont : la vérification des considérations théoriques à partir d'une perspective pratique, la livraison d'instruments pour appliquer le droit économique transnational dans le cadre légal courant pour l'arbitre et les autres acteurs impliqués dans l'arbitrage, et enfin pour clarifier le manque de prévision écrite rencontré par la doctrine

⁴¹⁰ P. MAYER, A. HASENCLEVER et V. RITTBERGER, préc., note 113., p.396

⁴¹¹ S KRASNER, *International regimes*, Ithaca, Corneille University Press, 1983.

⁴¹² S. KRASNER, préc., note 18., p.93

⁴¹³ D. PUCHALA et R. HOPKINS, préc., note 401., p.246.

⁴¹⁴ K. LYNCH, préc., note 109., p.332

de la *lex mercatoria*⁴¹⁵. L'objectif de cette normalisation à travers la codification de la *lex mercatoria* en tant que régime international vise à établir un idéal de relations entre les acteurs de l'arbitrage international, afin que ceux-ci puissent contribuer volontairement à la formation de règles matérielles communes pertinentes dans le cadre du commerce international.

3. Lex mercatoria dans le financement

Sachant que les transactions commerciales internationales ainsi que l'arbitrage y afférent ont, par définition, des liens de rattachement avec plus d'un système juridique, la *lex mercatoria* est la loi applicable au fond qui offre le meilleur cadre juridique. Elle répond au besoin du commerce international. Les règles qui y sont élaborées correspondent empiriquement aux attentes de ses membres⁴¹⁶. Dans le financement de l'arbitrage par un tiers, tout porte à croire qu'on est en présence d'un régime de *lex mercatoria* ou au moins de sa formation graduelle. L'élément le plus probant qui le justifie est que les composantes de la *lex mercatoria* vues dans les délimitations ultérieures sont aperçues dans le financement de l'arbitrage par un tiers. L'apparition de règles et de principes à travers l'usage fréquent par des sujets non étatiques sur la scène internationale en fait foi. Aussi bien dans la *lex mercatoria* que dans le financement de l'arbitrage commercial par un tiers, on assiste clairement à cette émergence de régulations issues de l'expérience.

Au niveau de son élaboration, le financement de l'arbitrage par un tiers est identique à la *lex mercatoria*. Ces derniers possèdent essentiellement une base légale et une base sociologique. Du point de vue légal, la *lex mercatoria* ainsi que le financement de l'arbitrage par un tiers se fondent sur le principe de la liberté contractuelle et du *Pacta sunt servanda*. Selon la pratique, il est prévu que les pays reconnaissant la *lex mercatoria* l'appliquent, et aucun n'objecte sur la liberté des parties dans le choix du droit applicable, même si c'est hors du système étatique.

⁴¹⁵ *Id.*, p.334.

⁴¹⁶ F. OSMAN, préc., note 62., p.410

Du point de vue sociologique, on peut revenir aux concepts socio-institutionnels de la Loi qui invoquent que, si les acteurs commerciaux internationaux ayant un financeur tiers dans leurs litiges acceptent la *lex mercatoria*, il y a un désir de respecter la tendance suivie par la communauté internationale commerciale. Autrement dit, une norme instituée par un groupe de personnes et reconnue par les autres peut constituer un ordre légal. Cet ordre légal particulier produit alors une régulation poursuivant un intérêt commun qui est celle de ceux qui l'ont instauré. Dans notre cas, il s'agit de la production d'un encadrement du financement par un tiers. Des auteurs comme Bonell énoncent dans ce sens que le but d'une communauté d'affaire internationale regroupée dans la *lex mercatoria* est d'ériger un véritable ordre international privé distinct, et indépendant de différents États⁴¹⁷. Ce constat s'observe définitivement quand les acteurs confrontés au financement par un tiers se regroupent autour de principes et usages efficaces au financement, pour encadrer la pratique du FAT. Ces normes issues de la pratique ne proviennent pas de l'État, mais de la *lex mercatoria* qui s'est formée progressivement sur le marché du financement par un tiers.

Dans ce contexte, il faut alors spécifier l'existence de l'intérêt international autour du FAT et du rôle de la communauté arbitrale internationale en tant que créateur de règles⁴¹⁸. L'émergence du financement de l'arbitrage par un tiers apporte de nouvelles situations qui, si négligées, peuvent compliquer le règlement du différend commercial. Cela motive le besoin de normalisation et de régulation non contraignante du financement. L'élaboration de ces mesures suffisamment flexibles qui établissent les comportements souhaitables est une source formelle non négligeable de la *lex mercatoria*, considérée comme une norme⁴¹⁹ spontanée qui contrecarre les abus dans l'exercice du financement par un tiers⁴²⁰.

Devant l'impossibilité de l'État de régler unilatéralement les relations commerciales internationales, les professionnels du financement font acte de collaboration en rédigeant

⁴¹⁷ M. J. BONEL, « The relevance of courses of dealing, usages and customs in the interpretation of international commercial contracts », (1977) 107 *1 UNIDROIT New Dir. Int. Trade Law.*, p.114

⁴¹⁸ F. OSMAN, préc., note 62., p.407

⁴¹⁹ *Id.*, p.283

⁴²⁰ *Id.*, p.284

des codes constitutifs de véritables réglementations professionnelles, et visent ainsi une normalisation de la branche par l'énoncé de « principes d'éthique professionnelle »⁴²¹. Dans la mesure où un régime est fait pour permettre une progression dans le milieu des affaires transnationales comme le commerce⁴²², le financement de l'arbitrage par un tiers actuel s'inscrit dans ce cadre par l'élaboration de Codes de conduite. Ces codes apparaissent sur le plan formel comme des documents à caractère exclusivement incitatif. Ils peuvent progressivement acquérir un caractère obligatoire, notamment en remplissant les fonctions de standards qui permettraient aux juges étatiques et aux arbitres internationaux d'apprécier le comportement de financeur d'arbitrage en tant qu'opérateurs du commerce international⁴²³.

iii- Lex mercatoria du FAT : Régime complémentaire au droit national

Même si la justice nationale est toujours présente, on a un système à part entière de législation mondiale spécifique au droit commercial international. Il y a toujours une interdépendance entre les deux, et les traités internationaux en matières commerciales ont continuellement besoin de la ratification de la part des États. La *lex mercatoria* pour sa part n'est surtout pas indépendante. Elle est systématiquement connectée aux autres normes juridiques classiques⁴²⁴. Il n'est pas à écarter que les décisions adoptées par les diverses organisations internationales doivent toujours être adoptées par un instrument juridique domestique avant leur application sur un territoire national. Pour les régulations du FAT, l'idéal serait l'instauration d'un droit global d'application, identique aux lois nationales, et qui lierait tous les acteurs étatiques et non étatiques confrontés au financement, quel que soit leur degré de consentement⁴²⁵.

La *lex mercatoria* agit de cette manière et se constitue en régime à part entière. Elle agit en complémentarité avec le droit national dans l'encadrement du FAT. En matière arbitrale,

⁴²¹ *Id.*, p.284

⁴²² A. SENS et P. STOETT, préc., note 35., p.19

⁴²³ F. OSMAN, préc., note 62., p.286

⁴²⁴ J. H. DALHUISEN, préc., note 46.

⁴²⁵ J KARTON, « Global law: The spontaneous, gradual emergence of a new legal order », (2012) 17 *Tilburg Law Rev.*, p.278

c'est le tribunal qui décide du droit applicable en fonction des stipulations du contrat d'arbitrage. L'article 17(1) des règles de l'ICC ainsi que l'article 28 (4) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international va dans ce sens. L'arbitre est toujours libre de choisir les lois qui vont régir le litige en accordant une attention particulière aux usages du commerce qui s'appliquent à la transaction. Quand il est confronté au financement par un tiers, il est évident que l'arbitre peut juger de la validité du financement en fonction du cadre légal existant avant d'apprécier le contexte réel dans lequel le financement a été spécifiquement fourni. Comme relaté dans *Cannonway consultants Ltd v. Kenwort Enginering Ltd*⁴²⁶, la Cour supérieure a basé son raisonnement sur le champerty avant de trancher en faveur de la validité du financement par un tiers. Ainsi, même si la régulation nationale est considérée, l'encadrement efficient du FAT devrait prioriser les normes offertes ultérieurement par la *lex mercatoria* qui se rapprochent plus de la réalité du commerce international et de l'arbitrage.

Dans l'arbitrage, le droit applicable est choisi par les parties. Cependant, bien que la *lex mercatoria* ne possède pas d'autonomie juridique et que l'existence d'un ordre légal transnational commercial est souvent niée par les penseurs⁴²⁷, les arbitres internationaux en charge de régler un litige n'hésitent pas en général à se référer aux pratiques commerciales internationales pour baser leurs sentences. Dans cette complémentarité, la *lex mercatoria* est plus souvent prise en référence, et non la législation nationale⁴²⁸, dans le cas où le tribunal tient compte des usages du commerce qui s'appliquent à la transaction. C'est ce qui est recommandé dans l'article 28(4) de la Loi-modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Dans la sentence de la CCI No. 1859⁴²⁹, les principes généraux et usages du commerce international sont priorisés, car le contrat était silencieux sur le droit applicable. Dans cette sentence, il était clair que les parties avaient manifestement accepté de se référer aux principes généraux et usages du commerce international, dans la mesure où le contrat a été exécuté dans trois différents pays. La

⁴²⁶ *Cannonway Consultants Ltd v. Kenworth Engineering Ltd*, préc., note 239.

⁴²⁷ P. LAGARDE, préc., note 74.

⁴²⁸ H. BERMAN et F. DASSER, préc., note 384., p.33

⁴²⁹ COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE, *Le statut des usages du commerce international*, projet de loi n°CCI No.1859 (1973), Rev. Arb., p.133-134

confiance accordée aux principes généraux et aux usages dans le commerce international est transposable ainsi dans le FAT bien que ces principes sont en cours de formation comme il est discuté dans la deuxième partie de travail.

Pour parler du rapport entre la *lex mercatoria* et la juridiction étatique, il est clair que la *lex mercatoria* est autonome et totalement indépendante de toute législation nationale. Elle possède ses propres principes et règles coutumières spontanées se rapportant aux échanges internationaux⁴³⁰. Dans sa démarche, l'auteur Goldman considère seulement comme source de la *lex mercatoria* : les usages du commerce international et les principes généraux du droit. De cette perspective, les usages codifiés font partie de la *lex mercatoria* seulement s'ils sont considérés comme pertinents et que les commerçants y font référence à une forte fréquence. Pour faire le lien avec le FAT, cette codification de la pratique se manifeste déjà par les divers codes de conduite et de déontologie du financeur qui apparaît sur le plan national en influençant les pratiques à l'internationale.

Toutefois, la complémentarité de sources nationales et anationales que possède la *lex mercatoria*⁴³¹ peut indiquer qu'il y a aussi une idée d'indépendance et non d'autonomie. Par opposition, il existe également une conception qui prétend la totale dépendance de la *lex mercatoria* au droit national. Selon cette position, la *lex mercatoria* est définie comme un corps de règles, d'origine transnationale et qui existe seulement en vertu du droit national qui lui donne ses effets. En raison du manque de substance de la *lex mercatoria*, cette approche indique qu'il est toujours nécessaire de se tourner vers le droit national pour l'exécution des sentences et surtout pour que celles-ci soient efficaces⁴³². Vis-à-vis de cette indépendance de la *lex mercatoria* au droit national, le FAT montre exactement à quel point, les dispositions juridiques domestiques gardent leurs prépondérances. En guise d'exemple, dans les décisions rendues sur le financement, les arbitres ont à maintes reprises fait référence à la notion d'ordre public pour approuver ou non la légitimité du FAT.

⁴³⁰ B. GOLDMAN, préc., note 90., p.22

⁴³¹ F. OSMAN, préc., note 62., p.303

⁴³² H. BERMAN et F. DASSER, préc., note 384., p.37

Dans une position plus consensuelle, le débat entre l'autonomie et la dépendance est écarté. Ici, le professeur Gaillard suggère que la *lex mercatoria* devrait être considérée comme une méthode de prise de décision et non une liste de règles⁴³³ qui conduit à la conclusion qu'on a une séparation ou un rapprochement de la *lex mercatoria* et du droit national. La pertinence de discuter de l'autonomie ou de la dépendance ne se pose pas selon cet apport du professeur. La méthode qu'il propose est celle de qualifier la *lex mercatoria* comme un moyen de comparaison et de choix de solutions avancées par plus d'une législation nationale, et qui chacune a le potentiel d'apporter une résolution au litige. On peut croire en définitive que les normes de la *lex mercatoria* dans le FAT ne peuvent être proclamées comme étant un système de droit complet malgré l'accord de volonté des parties. Les normes de la *lex mercatoria* qui s'appliquent dans le financement ne jouent qu'un rôle modérateur ou complémentaire pour l'encadrement de la pratique⁴³⁴.

Afin de comprendre si le régime de la *lex mercatoria* dans le FAT existe réellement, il est possible de se baser sur l'approche du professeur Rigaud. Il propose trois critères pour souligner la présence ou non d'un ordre juridique à part entière⁴³⁵. Ainsi, pour pouvoir être qualifiées d'ordre juridique, toutes les normes doivent se composer de ces de trois éléments : les règles de conduite qui sont à observer par leurs destinataires, les règles de décision appliquées par le juge en charge et enfin un mécanisme de contrainte, qui assurent l'effectivité du système. Face à cela, il est certain d'affirmer que la *lex mercatoria* du financement de l'arbitrage par un tiers constitue un ordre juridique à part entière. Le professeur Jan Paulsson justifie pleinement cela en faisant état des conceptions théoriques de la *lex mercatoria* dans l'arbitrage. Ce dernier énonce exactement trois conceptions de la *lex mercatoria* en soutenant qu'elle constitue un ordre juridique autonome, détient des règles suffisantes pour régir un contrat et qu'elle est le reflet d'un corpus d'usages ou de principes généraux du commerce international.

⁴³³ Emmanuel GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », (1995) 122e année-1 *J. Droit Int. Ed Juris-Classeur.*, p.22-26

⁴³⁴ J. PAULSSON, préc., note 287., p.69

⁴³⁵ F RIGAUD, *Approche critique de la lex mercatoria, Études offertes à Berthold Goldman*, coll. Le droit des relations économiques internationales, Paris, Litec, 1982., p.279

L'essentiel est de voir que la *lex mercatoria* n'a pas vocation à gouverner la relation commerciale sous tous ses aspects juridiques. L'ordre juridique international perçu comme un droit anational, par opposition au droit national, obéit au principe de répartition des compétences qui délimite les domaines d'intervention. Cependant, cette division fonctionnelle entre les différents systèmes juridiques est conçue de manière souple afin que les relations entre ordre juridique national et anational soient perçues dans une perspective de complémentarité. Dans le FAT, l'essentiel est de voir que la *lex mercatoria* n'a pas vocation à produire une règle contraignante ni un format précis de modèle de financement. La complémentarité avec le droit national est toujours à prendre en compte, car il est fondé sur un pluralisme juridique et une structure interconnectée de la normativité, démontrant qu'un même sujet de droit est susceptible d'être gouverné par une multiplicité d'ordre juridique⁴³⁶. La *lex mercatoria* du FAT n'a pour sa part aucune dépendance totale ni une subordination dans la mesure où elle ne nécessite aucune intervention des autres ordres juridiques, même si ceux-ci sont pris en compte. Les mesures prises et applicables sont directement encadrées par la Convention de financement ou appréciées par les juges arbitrales en cas de litige sur sa validité.

À la base, l'efficacité du droit global, comme du droit anational, est incontestablement liée à l'existence inhérente de sanctions de la part du marché lui-même⁴³⁷. Cependant, même les partisans de la *lex mercatoria* admettent qu'elle ne procure pas de réponses à toutes les situations⁴³⁸. Il y a toujours besoin de se situer par rapport au droit national. À cet effet, l'auteur Cuniberti énonce que la *lex mercatoria* est en processus d'évolution, et que sur le long terme, l'évolution de sa codification pourra offrir la précision et l'intégralité manquantes actuellement⁴³⁹ de façon identique à ce qui est rencontré dans l'encadrement actuel du FAT. Toutefois, cette codification devrait être mieux structurée, et les initiatives

⁴³⁶ F. OSMAN, préc., note 62., p.431-432

⁴³⁷ *Id.*, p.435

⁴³⁸ R GOLDMAN, « Journal de Droit International (Clunet) », 1979., p.479.

⁴³⁹ G. CUNIBERTI, préc., note 64., p.392

devraient agir conjointement. L'auteur Lagarde fait le constat que ces codifications œuvrent actuellement en îlots et en organisations uniques non structurées⁴⁴⁰.

c- Applicabilité du régime de *lex mercatoria* dans le financement

i. Solutions proposées par la *lex mercatoria*

Face à cette pratique émergente, les dispositions relatives au financement par un tiers se font majoritairement sur le plan domestique, même si les litiges soumis à l'arbitrage sont de portée internationale. Aucune disposition explicite ne l'encadre sur le plan international, quoique des soucis communs apparaissent sur des enjeux comme l'éthique, l'obligation de divulgation ou non du financement, l'indépendance des acteurs ou les conflits d'intérêts. L'encadrement international ou du moins transnational est en processus de formation même s'il n'y a pas encore de données concrètes concernant l'utilisation du financement de l'arbitrage commercial par un tiers⁴⁴¹. Ainsi, des méthodes de régulation existent et sont déjà utilisées par les sociétés spécialisées dans le financement par un tiers. Cette intervention du tiers devrait toutefois être régulée pour la stabilité et la longévité de l'arbitrage en lui-même et à l'avantage de tous les acteurs qui y sont impliqués⁴⁴².

Sans revenir sur l'importance des sommes d'argent pouvant être investies par le financeur comme cela est mentionné dans la première partie, le financement par un tiers est de plus en plus prisé dans le commerce international. Les chercheurs académiques et les praticiens ont alors commencé à lui accorder une attention particulière⁴⁴³. Pour sa part, la communauté arbitrale en quête d'uniformité évolue pour aboutir à une normalisation de la pratique du financement par un tiers. Depuis les dernières années, le financement par un tiers constitue graduellement une *lex mercatoria*. C'est dans ce sens que diverses

⁴⁴⁰ P. LAGARDE, préc., note 74., p.139

⁴⁴¹ S KHOURRI., « Third party funding in international commercial treaty arbitration - A panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding », *Transnatl. Disp Mgmt* 2011..1

⁴⁴² M KANTOR, « Third party funding in international arbitration: An essay about new developments », Spring 2009-24(1) *ICSID Rev.*

⁴⁴³ S. KHOURRI., préc., note 441., 1-2

conférences et rencontres sont organisées pour échanger les pratiques et les expériences en la matière.

Plusieurs rencontres et conférences-débats portant sur le financement par un tiers sont organisées un peu partout dans le monde. Parmi les principaux, les premières conférences se sont tenues à New York, en juin 2011, organisées par l'association du Barreau de New York à l'Université de Fordham et ensuite en décembre 2011 à Madrid. Ces initiatives d'envergure ont été poursuivies par la suite en 2012. L'institut du droit des affaires internationales de la Chambre de commerce international y a tenu sa rencontre annuelle sur le thème : « Third party funding in international arbitration »⁴⁴⁴. Il y a eu, l'« International council for commercial arbitration », qui a été lancée par l'Université de Londres. À travers son expertise, ce groupe de réflexion s'est donné pour objectif d'étudier et de fournir des recommandations concernant l'arbitrage international. Le financement par un tiers fait partie des thèmes abordés en 2014 et 2015 par cette organisation non gouvernementale, lors de rencontres entre différents académiciens et praticiens intéressés par le financement par un tiers⁴⁴⁵. Un autre colloque portant sur l'« Arbitrage et partie faible » s'est tenu en mai 2016, organisé par le Centre d'Arbitrage et de Médiation de Paris⁴⁴⁶. Récemment, en janvier 2017, la firme italienne *Lombardi Segni e Associati* a accueilli à Milan, le *Young Arbitrators Forum* de la Chambre de commerce international. La dernière session s'est tenue à Shanghai en mai 2017 avec comme thème principal : « Legislation and practice on third party funding in international arbitration ». L'Université de McGill, au Canada a également organisé le 16 mars 2017, une conférence intitulée : « The mechanics of third-party funding in international arbitration ». La prochaine rencontre de grande envergure est la 14^{ème} conférence annuelle à Washington par l'*Institute for Transnational arbitration*, *American society of international law* et *International council for commercial arbitration* sous le thème : « Third-Party funding in international arbitration : Legal & ethical

⁴⁴⁴ CCI Siège, 32nd Annual meeting of the ICC institute of World Business Law : Third party funding in international arbitration, Paris, 26 novembre 2012,

⁴⁴⁵ L'évènement se tenait à Miami et en 2015, Frankfort était la ville hôte de l'ICCA, International council for commercial arbitration, <En ligne> http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html

⁴⁴⁶ Anne MOREAUX, « La partie faible dans l'arbitrage », *Affiches Parisiennes* 05/16.

considerations ». En somme, toutes ces rencontres s'accordent à dire que le financement par un tiers est un outil émergent à privilégier et qu'il y a place à amélioration dans sa pratique.

Pour parer aux soucis de conflits d'intérêts, le respect des normes déontologiques, le professionnalisme et la bonne foi devraient suffire. Cependant, l'encadrement avec un Code de conduite universel serait quand même pertinent. Ce dernier devrait être élaboré avec le temps et faire attention à ne pas alourdir la pratique par des réglementations inadéquates⁴⁴⁷. Du reste, quand le financement n'est pas spontanément divulgué, le conflit d'intérêts peut être difficile à détecter, et c'est la partie qui en fait le constat qui peut en soulever l'existence auprès de l'arbitre. Quand le conflit d'intérêts n'a pas été signalé et qu'il trouble le déroulement du règlement, la dénonciation de la part de la partie lésée permet d'y mettre fin. Après investigation, la Cour arbitrale peut ainsi déclarer si la présence ou non d'un tel conflit biaise le déroulement du règlement. C'est cette procédure de dénonciation ou d'autoproclamation de la présence d'un conflit qui serait à encadrer par l'intermédiaire de la nouvelle génération de droit global encadrant le financement par un tiers.

Ensuite, s'il y a une immixtion déplacée du financeur dans le recours, le trouble à l'ordre public est la disposition qui est l'une des plus fréquemment utilisées par les arbitres pour se défaire du tiers financeur. Mise à part la qualification de trouble à l'ordre, l'arbitre n'a souvent pas d'autres moyens de contrainte envers les parties⁴⁴⁸. L'atteinte à l'ordre public est prévue dans la convention de New York et peut porter la cour à décider si l'intervention du tiers constitue un trouble à cet ordre public ou non⁴⁴⁹. Excepté la dénonciation du trouble à l'ordre public, les conflits d'intérêts se résolvent généralement par anticipation. Ce qui veut dire que les parties concernées en font le constat avant même que le conflit ne se manifeste, bien avant que le risque ne se réalise.

⁴⁴⁷ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.36

⁴⁴⁸ Antonias (ed.) DIMOLITSA et Roman (ed.) CREMADES, *Third-Party funding in international arbitration*, Kluwer arbitration, coll. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 10, International Council for Commercial Arbitration/Kluwer Law International, 2013, p.70.

⁴⁴⁹ L. BENCH NIEUWELD et V. SHANNON, préc., note 8., p.14

Les acteurs commerciaux internationaux qui ont recours à ce financement anticipent alors les conflits d'intérêts directement en autoproclamant la présence d'un tiers financeur qui l'assiste. De façon identique, l'arbitre devrait divulguer toutes leurs relations antérieurement établies avec le bailleur⁴⁵⁰ si le cas se présente. Pour que toutes les parties soient mises au courant, la partie en litige recevant un financement devrait l'autoproclamer auprès de l'institution arbitrale en incluant dans la déclaration tous les risques de conflits d'intérêts envisageables⁴⁵¹. Sinon, un échange d'informations transparentes et fluides est aussi un moyen de contrecarrer les conflits d'intérêts. Le client doit être de bonne foi et doit veiller constamment à ce que par son entremise, il y ait une distance raisonnable entre le bailleur et l'avocat. Les informations à divulguer à chacun ne doivent pas être mélangées⁴⁵². C'est alors que la gestion de ces informations devrait être prévue dans les ententes signées. C'est la meilleure façon de veiller à ce que la confidentialité d'un bailleur soit abordée exhaustivement d'un commun accord et que les informations relatives à la conduite des procédures soient sincèrement divulguées au bailleur qui, de toutes les façons, est en droit de connaître les frais payés par son financement.

Cependant, cette divulgation est impossible en présence d'une clause de confidentialité dans le contrat de financement. Pour remédier à cela, les institutions arbitrales devraient réguler la divulgation totale de la présence d'un tiers financeur⁴⁵³. Les normes institutionnelles en matière d'arbitrage devraient minimalement prévoir que la durée du contrat de financement soit dévoilée⁴⁵⁴. En connaissant cette durée, on peut s'assurer que le bailleur est engagé dans le litige pendant une certaine période raisonnable et qu'en parallèle, il n'y a aucun risque de conflit d'intérêts avec un autre litige financé dans lequel soit le même arbitre, soit le même avocat intervient.

⁴⁵⁰ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1674

⁴⁵¹ *Id.*, p.1675

⁴⁵² F. VILLA, préc., note 13., p.211

⁴⁵³ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1673

⁴⁵⁴ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, *Cyprus arbitration and mediation centre*, Oct., 14th, 2013,

Pour résumer ces solutions proposées par la pratique, on peut mettre en exergue quatre points invoqués par l'auteur Trusz⁴⁵⁵. Selon lui, les dispositions concernant l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre devraient inclure premièrement des prévisions concernant les relations entre l'arbitre et la compagnie de financement. C'est par la suite que deuxièmement, la partie financée doit signaler la présence du financement aux autres acteurs impliqués dans le litige. Ce signalement devrait donc contenir les risques de conflits probables avec d'autres financements offerts par le bailleur. Troisièmement, si une partie reçoit un financement, l'institution arbitrale doit automatiquement remplir un document relatant le niveau de risque de conflit. Au besoin, elle doit s'assurer que la confidentialité des informations concernant le tiers venant de la partie financée est respectée et ne soit exploitée qu'à toutes fins utiles à la procédure de règlement. En dernier point, cet auteur suggère que la régulation contienne une disposition interdisant la reconsidération des coûts après la divulgation du financement par un tiers.

ii. ii. Financement : lex mercatoria utile pour l'arbitrage international

1. Réponse à un besoin existant

L'arbitrage est fortement sollicité pour régler les litiges commerciaux internationaux. Ainsi, la communauté d'arbitrage s'efforce de fournir constamment aux utilisateurs des outils pour gagner du temps et pour sauver des coûts en notant qu'un bon arbitrage peut exiger des frais plus élevés⁴⁵⁶. Le financement par un tiers dans l'arbitrage est la solution toute faite à cela. De plus, l'encadrement du financement par un tiers en tant que *lex mercatoria* contourne les restrictions offertes par la juridiction nationale et s'avère être plus rapide et plus facile à mettre en œuvre sur la base de la convention de New York⁴⁵⁷. Le financement de l'arbitrage par un tiers accompagne cette croissance de l'arbitrage. Le marché du financement croît avec la confiance accordée à l'arbitrage et devient un commerce alléchant pour les investisseurs spécialisés dans le financement des

⁴⁵⁵ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1673-1674

⁴⁵⁶ J. VON GOELER, préc., note 5., p.1

⁴⁵⁷ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, *Cyprus arbitration and mediation centre*, Oct., 14th, 2013, (http://www.cyprusarbitration.com.cy/userfiles/files/Seminars/Oct2013/A_Quick_Way_To_Justice_Seminar_14-03-2013_Official_Programme.pdf)

litiges commerciaux. Ces bailleurs offrent une réponse réelle à un besoin important de financement en proposant une assistance professionnelle à coût concurrentiel avec des risques réduits. Le résultat de certains bilans concrets en apporte la preuve⁴⁵⁸. Par ailleurs, l'ouverture du droit national sur la possibilité de soumettre le commerce international et les litiges commerciaux internationaux à la *lex mercatoria* débouche à cette uniformisation du droit du financement par un tiers que les États ne sont pas en mesure de fournir par les voies juridiques domestiques classiques⁴⁵⁹.

Les multiples avantages du financement ont un effet positif chez les acteurs impliqués dans le litige et sur le modèle international de résolution en lui-même. La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Gulf Azov Shipping Co Ltd v. Idisi*⁴⁶⁰ est un exemple qui fait une bonne publicité des bénéfices du financement par un tiers. Dans cette décision, la capacité du financement à offrir une assistance à ceux qui sont dans le besoin est mise en exergue. Dans d'autres cas, la participation du tiers est appréciée comme étant un moyen conforme aux législations permettant de sécuriser financièrement le recours arbitral⁴⁶¹. La doctrine énonce que le financement par un tiers a pour avantage de promouvoir un plus large accès à la justice⁴⁶². Le client en litige peut faire valoir son droit sans pour autant injecter une charge financière supplémentaire dans le recours, ni même entraver le déroulement de l'arbitrage par un manque de fonds. Pour les parties signataires du contrat de financement, l'intervention d'un tiers constitue également une garantie que les représentants du client, incluant les avocats, soient payés correctement et puissent offrir un service de qualité, quelle que soit l'issue de la procédure.

L'efficacité du financement par un tiers est étroitement liée à l'efficacité de l'arbitrage international qui est en phase d'expansion sur le plan international. Le marché du

⁴⁵⁸ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1662

⁴⁵⁹ G. CUNIBERTI, F. (dir) OSMAN et L. (dir) CHEDLY, préc., note 22., p.198

⁴⁶⁰ *Gulf Azov Shipping Co Ltd v. Idisi*, EWCA.2004, la Cour avance que : « *Public policy now recognizes that it is desirable, in order to facilitate access to justice, that third parties should provide assistance designed to ensure that those who are involved in litigation have the benefit of legal representation.* »

⁴⁶¹ *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Limited*, 2006 HCA.

⁴⁶² *Review of Civil Litigation Costs : Final Report* (Norwich : the Stationary Office , 2009, 117.

financement augmente avec la confiance accordée à l'arbitrage, et devient un commerce qui attire les investisseurs spécialisés dans le financement des litiges commerciaux, offrant une assistance professionnelle à coût concurrentiel avec des risques réduits. Le bilan de sa pratique est positif⁴⁶³ dans un contexte où l'arbitrage nécessite d'importantes ressources financières. Pour souligner cette importance de l'argent dans l'arbitrage, on peut citer le cas de la Chambre de commerce international. Sur environ 800 requêtes en arbitrage qu'elle a reçues en 2015, seulement 23.2% avaient un enjeu inférieur à un million de dollars américains⁴⁶⁴. La division commerciale du Centre international de Résolution de Dispute, pour sa part, fait état d'une augmentation de cas traités comme ce qui est démontré ci-après dans le tableau.

Augmentation des cas traités ayant une valeur de plus d'un million US⁴⁶⁵.

Dossiers:	Pourcentage d'augmentation*
- liés aux franchises	92%
- soins de santé	53%
- énergie	29%

Différence notée entre le bilan de 2014 et 2013.

En effet, la demande est réelle pour un arbitrage de qualité, plus coûteux avec de meilleures expertises et un travail plus approfondi. Ce besoin entraîne une hausse aussi bien au niveau du nombre des cas qu'au niveau de leurs valeurs. Norton Rose Fulbright a par exemple enregistré que par rapport à l'année 2012, le nombre de petites entreprises qui dépensent 1 million ou plus dans un litige a augmenté de 15% à 32% en 2013, tandis que pour les

⁴⁶³ J. TRUSZ, préc., note 191., p.1662

⁴⁶⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Statistics*, en ligne :

<<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>.

⁴⁶⁵ American Arbitration Association, International Center for dispute resolution 2013 annual report & financial statements, May, 15, 2014, p.12 <En ligne> https://www.adr.org/cs/idcplg?IdcService=GET_FILE&dID=32481&dDocName=ADRSTAGE2021420

grandes entreprises, les dépenses en litige de plus de 10 millions ont augmenté de 33% à 43%⁴⁶⁶. Cette tendance laisse présager une augmentation future de la pratique. Les sociétés de financement se tiennent disponibles pour offrir leurs services face à ce besoin grandissant. Pour le cas de *Calunius Capital*, une société privée, elle a un capital de plus de 100 millions d'euros dédié exclusivement dans le financement des litiges et dans l'arbitrage commercial national et international⁴⁶⁷. Il y a également la société *Harbour Litigation Funding* qui offre un capital d'un peu moins de 600 millions⁴⁶⁸ dans le même domaine. Néanmoins, l'autorégulation est de mise pour encadrer la pratique⁴⁶⁹, surtout quand on réalise que toutes tentatives de réglementations ne feraient qu'ajouter une complexité dans la pratique du financement⁴⁷⁰.

2. Garantie pour une justice arbitrale de qualité

Le financement est tout d'abord une garantie que la procédure puisse être de qualité. En premier, cette garantie permet de diminuer les recours non fondés, ou encore les requêtes exigeant une compensation disproportionnée. La raison est que les litiges financés sont triés une nouvelle fois par le bailleur, qui, soucieux de son investissement ne financera que les recours fondés et dont les chances de succès sont meilleures⁴⁷¹. Le financement est alors une garantie d'une meilleure sécurité du système juridique face aux spéculations financières. Cela peut se justifier par le fait que les frais de procès sont certains d'être payés par un acteur externe acquittant la charge des frais, même en cas de faillite de la partie en litige. Ainsi, le contrat de financement signé entre le bailleur et le client constitue une assurance supplémentaire aussi bien pour la partie opposée que pour l'arbitre, en gardant à l'idée que les requêtes frivoles ne seront pas financées.

⁴⁶⁶ Norton Rose Fulbright, *Litigation trends Survey Report*, 2014, p.17, <En ligne> <http://www.nortonrosefulbright.com/files/20140415-norton-rose-fulbrights-10th-annual-litigation-trends-115113.pdf>

⁴⁶⁷ Site internet du Calunius <En ligne: <http://www.calunius.com> >

⁴⁶⁸ Site internet du harbour litigation <En ligne: <http://www.harbourlitigationfunding.com> >

⁴⁶⁹ Lord Justice Jackson, dans le cas du Royaume-Uni, avance que :

« I accept that the third-party funding is still nascent (...) in first instance what is required is a satisfactory voluntary, to which all litigation funders subscribe. (...) In the future, however, if the use of third-party funding expands, then full statutory regulation may well be required . »

⁴⁷⁰ G. GHARAVI HAMID, W. BEN HAMIDA et T. (ed. . CLAY, préc., note 172., p.36

⁴⁷¹ A RONEN et A WICKELGREN, « Third party litigation funding a signaling model », (2014) Vol.63-233 *DePaul Law Rev.*, p.235

Le coût élevé de l'arbitrage peut contraindre une partie à ne pas entamer un procès même si l'action est légitime. En parallèle, le financement permet d'éviter le déni de justice pour cause d'insuffisance de fonds dans les procédures arbitrales internationales. Avec les fonds suffisants, toutes les parties peuvent jouir de ressources financières suffisantes. Ces dernières peuvent toutes accéder à une meilleure expertise et à une analyse plus spécialisée pour appuyer leur argumentation⁴⁷², vu que les cabinets qualifiés et réputés n'offrent leurs services qu'à ceux qui sont en mesure de les payer⁴⁷³.

De surcroît, le financement est un moyen éthique qui permet le rétablissement de l'équilibre et de l'égalité de droit de tous les acteurs commerciaux internationaux, par rapport à l'accès à une justice de qualité, quelle que soit sa capacité financière. Même s'il n'y a eu aucun fonds attribué au paiement des frais d'arbitrage, une partie défenderesse peut payer les coûts du litige par l'intermédiaire du financement⁴⁷⁴, ce qui réduit également les restrictions financières dans le choix de l'arbitre⁴⁷⁵ à recruter. On peut alors éviter qu'une des parties financièrement aisées puisse jouir de sa supériorité financière pour entraîner le procès dans une résolution volontairement rendue complexe et onéreuse, afin de dissuader la partie opposée à poursuivre. D'ailleurs, la jurisprudence souligne le fait que l'intervention de ce tiers dans le litige accélère l'arbitrage afin de minimiser les risques et de rentabiliser la procédure dans les meilleurs délais⁴⁷⁶.

3. En faveur des parties impliquées

Le financement par un tiers est aussi considéré comme un outil « gagnant-gagnant » pour la résolution du litige ainsi que la pérennisation du commerce international. Le requérant et le bailleur sont les premiers à en tirer directement profit. Par l'entremise du

⁴⁷² *Id.*, p.236

⁴⁷³ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, *Cyprus arbitration and mediation centre*, Oct., 14th, 2013, (http://www.cyprusarbitration.com.cy/userfiles/files/Seminars/Oct2013/A_Quick_Way_To_Justice_Seminar_14-03-2013_Official_Programme.pdf)

⁴⁷⁴ A. RONEN et A. WICKELGREN, préc., note 471., p.234

⁴⁷⁵ E. BERTRAND, « The brave new world of arbitration : Third-party funding », *Bull. ASA*, 2011, p.607,

⁴⁷⁶ DIMOLITSA, A (ed) et . CREMADES (ed), préc., note 12., p.34.

financement, les parties sont mises sur un même pied d'égalité en termes de ressources financières. Pour sa part, le client jouit d'une assistance financière partielle ou entière, payant les frais d'arbitrage. Il n'aura aucune difficulté de paiement. Ainsi, les risques et les coûts sont partagés avec le bailleur. En cas de succès, le client obtient la compensation venant de la partie adverse sans même avoir à payer directement les frais. Un autre avantage qui découle également du financement est que le client peut négocier un financement à moindre coût puisque les risques de pertes sont minimales⁴⁷⁷. Par ailleurs, il permet aussi à l'emprunteur de jouir de son monopole en ayant la possibilité de choisir entre plusieurs financeurs (banques, sociétés de financement, assurances ou particuliers) avant de choisir la meilleure offre de financement la plus convenable. Même si la partie qui désire avoir un prêt se trouve être refusée, dès le premier abord, le bailleur lui fait part généralement des raisons du refus. Sur ces bases, la partie en litige pourra mieux constater les failles dans sa requête et ainsi s'ajuster avant de recommencer la procédure.

Pour sa part, le bailleur perçoit comme avantage, l'intérêt accumulé sur l'investissement si on écarte les financements à titre gratuit. Si le financement requiert un coût plus élevé, les frais excédentaires peuvent être pris en charge par les actionnaires ou les différents portefeuilles de la société de financement⁴⁷⁸. C'est le même mécanisme en cas de défaite quand les pertes sont partagées entre les actionnaires de la société emprunteuse, ainsi qu'avec le client et les autres parties engagées⁴⁷⁹. En cas de succès du recours, le risque que le financeur ne soit pas remboursé est moindre étant entendu que le client est engagé par un contrat de financement qui est rarement conditionnel, et qui prévoit dès le début le partage des coûts et les modalités de rétribution.

En outre, le financement par un tiers procure une sécurité pour les parties. La partie qui emprunte jouit d'une protection financière et le financeur d'une garantie. On parle souvent d'un montant mis en séquestre dans un contrat de financement par un tiers. Cette prévision

⁴⁷⁷ A. RONEN et A. WICKELGREN, préc., note 471., p.236

⁴⁷⁸ Selling Lawsuits, Buying Trouble, Third-Party Litigation Funding in the United States, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, Octobre 2009, p.6, <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>

⁴⁷⁹ A. RONEN et A. WICKELGREN, préc., note 471., p.236

permet de se préserver d'un défaut de paiement. En général, si c'est la partie autre que celle qui est financée qui triomphe, on a une meilleure assurance du paiement de l'indemnisation au même titre que les frais de l'arbitre, puisque la responsabilité du paiement de l'arbitre incombe à un professionnel qui est le financeur⁴⁸⁰ et non seulement la partie en litige. Ce genre de protection vient s'ajouter aux protections classiques disponibles, comme celle prévue par la Convention de New York. En effet, cette dernière apporte un avantage dans le financement par un tiers dans la mesure où une très grande majorité de procès en arbitrage international la prennent comme base. Le procès soumis à la Convention de New York est assuré d'être plus rapide, et l'exécution de la sentence plus facile⁴⁸¹. Les enjeux de paiements seront, par le même fait, couverts par cette efficacité.

⁴⁸⁰ E. DE BRABANDERE et J. LEPILTAK, préc., note 332., p.384

⁴⁸¹ N.K, KERAMEUS, « Third party funding and international arbitration », Kerameus & Partners Law firm, *Cyprus arbitration and mediation centre*, Oct., 14th, 2013, (http://www.cyprusarbitration.com.cy/userfiles/files/Seminars/Oct2013/A_Quick_Way_To_Justice_Seminar_14-03-2013_Official_Programme.pdf)

Conclusion

Le commerce international, l'arbitrage commercial international et le financement de l'arbitrage commercial international n'échappent pas à la mondialisation. De cette mondialisation, perçue comme étant un mouvement d'internationalisation des pratiques, émerge de nouveaux acteurs spécialisés. L'État ajuste sa fonction régaliennne dans sa compétence juridictionnelle. Le financement de l'arbitrage commercial par un tiers (FACT) illustre bien cette concession faite par le droit domestique à un droit de tendance globale favorisé par la mondialisation. Ce type de financement prend de plus en plus d'ampleur en importance et se propage géographiquement dans les litiges commerciaux internationaux. La raison principale à cela est qu'il octroie une contribution financière souvent non négligeable dans l'arbitrage international. Jusqu'à présent, on observe des initiatives de régulations du financement qui commencent d'abord sur le plan national/régional (par l'intermédiaire de réflexions académiques, des codes de régulations professionnels ou autres) avant de se répandre graduellement sur la sphère internationale du fait de la mondialisation et de ses effets.

Le FACT ne peut être régulé exclusivement par un droit national ; plusieurs juridictions de divers pays et de différentes traditions juridiques doivent être prises en compte. C'est dans ce contexte que le droit qui régit l'arbitrage commercial doit être flexible et accorder plus d'importance aux sources de droit non conventionnelles, dont la *lex mercatoria*. Dans ce travail, il est avancé que la *lex mercatoria* est l'ensemble de règles adéquat pour encadrer le FACT. Perçue comme un régime international, elle se dresse en système juridique complémentaire au droit national et international qui régularise le financement par un tiers, en étant ni contraignante, ni obstruant le bon déroulement de l'arbitrage. Elle demeure le meilleur outil envisageable et approprié pour l'encadrement de ce financement. On assiste alors à une *lex mercatoria* dans le financement de l'arbitrage par un tiers en examinant les fortes similarités qui existent entre les éléments constitutifs de ces deux (*lex mercatoria* et du FACT). En effet, le tiers financeur ne relève pas exclusivement et directement du droit positif (ni de l'État ni des conventions internationales). En tant que règle autonome issue de la pratique, les usages et les sentences arbitrales rendues en la matière s'imposent ou du

moins influencent les modalités de recours à un financement dans l'arbitrage par un tiers. Cependant, la *lex mercatoria* serait vaine sans la mondialisation, vecteur de son émergence. Ainsi, pour répondre à la problématique, la mondialisation peut effectivement justifier l'émergence d'une *lex mercatoria* dans la pratique du FACT. L'hypothèse est confirmée. La principale raison est que la mondialisation incite les pratiques (en commerce international incluant le financement de l'arbitrage) à s'uniformiser et à s'ajuster face aux frontières nationales devenues plus poreuses. Ensuite, cela est aussi justifié par le constat que la compétence de l'État dans le système juridique contemporain connaît une lacune prépondérante comblée dans la pratique par des initiatives d'auto régulation globale qui s'apparentent à la *lex mercatoria*. Selon l'auteur Saskia, on assiste à une globalisation du droit suite à une sorte de dérèglementation⁴⁸². En outre, l'émergence d'une *lex mercatoria* dans le financement peut encore être justifiée par la mondialisation, car le financeur apparaît en tant que nouvel acteur non étatique coopérant étroitement avec les États. Partant du fait que la coopération est une des principales caractéristiques de la mondialisation, les acteurs impliqués dans le financement de l'arbitrage par un tiers construisent le régime de la *lex mercatoria* sans nul besoin d'instituer une directive internationale formelle, licite et impérative.

De ce fait, la *lex mercatoria* est pertinente pour régir le FACT bien que les données collectées pour effectuer une étude empirique soient encore actuellement insuffisantes. L'observation de la façon dont le financement de l'arbitrage par un tiers est actuellement encadré permet de comprendre que ce financement est influencé par la mondialisation comme les autres domaines du droit. Il y a un besoin de droit global répondant à une situation juridique qui peut ne pas être de la compétence propre de l'État. Pour l'instant, la *lex mercatoria* répond à ce besoin. Elle accommode le financement en attendant d'envisager une possibilité incertaine d'aboutir à une Convention multilatérale en partenariat avec l'OMC ou d'autres organes arbitraux internationaux. Si ces efforts venaient à apparaître, ils seraient inspirés des pratiques suffisamment récurrentes pour pouvoir justifier son institutionnalisation en régime. Cependant, en considérant les

⁴⁸² S. SASSEN, préc., note 26., p.218

dissemblances de formes des systèmes juridiques dans le monde, la constitution de cette structure cosmopolite semble n'être qu'au stade de l'illusion.

Les sources documentaires

I- Législations

Code civil du Québec, L.Q., 1991

Corporations regulations, 7.6.01AB, Commonwealth Consolidated Regulations.

Government New South Wales, *Maintenance and champerty and barratry abolition Act*, Act 88 (1993), en ligne : <<http://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1993/88>>.

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, (amendement en 2006 1985), Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, (1998).

Règlement d'arbitrage Règlement de médiation, ICC 865-0 FRA (2012), Chambre de Commerce Internationale.

Republic of China, *Arbitration Law of the People's Republic of China*, projet de loi n°No.31 (aout 1994), Promulgated by Order No.31 of the President of the People's Republic of China, en ligne :<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182634>.

Rules of the Supreme Court of the United States, (avril 2013), Supreme Court.

PARLIAMENT OF UNITED KINGDOM, *Criminal Law Act 1967*, (juillet 1967)

II- Jurisprudences

Arkin v Borchard Lines Ltd & ORS, 2005 EWCA CIV.

Anglo-dutch Petroleum v. Haskell, 2006 Court of Appeals of Texas, Houston.

Bayens v. Kinross Gold Corporation, 2013, ONSC 4974

Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Limited, 2006 HCA.

Case No. 2011-17, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The plurinational state of Bolivia*, en ligne : <<http://www.italaw.com/cases/518>>.

Ch.199, 1963, CLY 2900, *Re Trepca Mines Ltd*, No.2.,

Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft M.B.H. v. Ras Al Khaimah National Oil Co., 1987 Court of appeal England and Wales.

Dugal v. Manulife Financial Corporation, 2011, ONSC, 1785.

Essar Oilfield Services Limited vs. Norscot Rig Management PVT Limited, 2016 EWCH.

Excalibur Ventures LLC v Texas Keystone Inc & Ors, [2014] 2 (England and Wales High Court (Commercial Court)).

Fehr v. Sun Life Assurance Company Of Canada, 2012 ONSC.

HKLRD, 2007, 414, *Unruh v. Seeberger*, 2.

Hobsbawn v. ATCO Gas and Pipelines Ltd., (Mai 2009), Calgary 0101-04999 (QB),

Hochster v. De la Tour, 1853 England and Wales High Court (Queen's bench division).

Jeffery and Katauskas Pty Ltd SST Consulting Pty Ltd, 2009 High Court of Australia.

Justinian Capital SPC v. WestLB AG, 2016 N.Y. Sup. Ct.

Key v. Vattier, 1823 Ohio Supreme Court.

MacQueen v. Sydney Steel Corporation et al., Oct., 19, 2010, Halifax 218010 (SC)

Mexican Construction Co. v. Belgian Co., ICC 3267 (14 juin 1979), Chambre de Commerce Internationale

Metzler Inv. GMBH v. Gildan Activewear Inc., (2009), O.J., No. 3315 (Sup. Ct. J.)

Mexican Construction Co. v. Belgian Co., ICC 3267 (14 juin 1979), Chambre de Commerce Internationale. COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE.

Miller UK Ltd. v. Caterpillarr Inc., 2014 Northern District of Illinois.

Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd., (1995), 129 D.L.R. (4th) 110 (Ont. S.C.J.), 28 O.R., (3d) 523

Operation 1 Inc. v. Phillips, (2004), OJ, No. 5290 (Sup. Ct. J.)

Pabalk ticaret Ltd. sirketi v. norsolor S.A., 1984 Cour de Cassation, Chambre Civile 2.

Primary Coal Inc. (USA) v Compania Valencia de Cementos Protland, 1988 International Court of Arbitration.

Quaskar de Valores SIVA V.S.A. et al. v The Russian Federation, 2012 Arbitration Institute

of the Stockholm Chamber of Commerce.

Regina v. Keyn, 1876 Cr. Cas. Res.

Schenk v Valeant Pharmaceuticals International Inc., 2015 ONSC, en ligne :
<<http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2015/2015onsc3215/2015onsc3215.html>>.

Schneider v Royal Crown Gold Reserve Inc., 2012 SKQB,

Waterhouse v Contractors Bonding Ltd, 2013 NZSC.

III- Doctrine

a. Traités et Conventions

Association of Litigation Funders, *Code of Conduct for Litigation Funders*, (2016 2011),
England and Wales, en ligne : <<http://associationoflitigationfunders.com/documents/>>.

Cour internationale d'arbitrage, *Le statut des usagés du commerce international*, projet de
loi n°CCI No.1859 (1973), Rev. Arb.

International Bar Association, *IBA Guidelines on conflicts of interest in international
arbitration*, (23 octobre 2014), en ligne :
<http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>

United Nations conference on international commercial arbitration, *New York Convention
on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, (10 juin 1958), en ligne :
<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

b. Monographies

Battistella, D., *Théories des relations internationales*, Sciences Po Les Presses, 2e ed., Paris, 2006, *Théories des relations internationales*, Paris : Presses de Sciences Po, 2012.

Baylis, J., S. Smith et P. Owens, *The globalization of world economics*, 6th ed, Oxford University Press.

Bench Nieuweld, L. et S. Victoria, *Third-Party funding in international arbitration*, Kluwer Law international, 2012, en ligne : http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Nieuwveld_2012.

Berman, H. et F. Dasser, *Lex mercatoria and arbitration*, Transnational Juris Publications Inc, NEW YORK, 1990.

BERGER, S., *Made in monde, Les nouvelles frontières de l'économie mondiale*, Seuil, 2006.

BUNNELL, R., *Utah Auto Law*, 1st ed., New York, LexisNexis, 2016

Craig, L., W. Park et J. Paulson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana TM Publication, New York, 1990.

Dimolitsa, A. (ed. . et R. (ed. . Cremades, *Third-Party funding in international arbitration*, Kluwer arbitration, coll. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 10, International Council for Commercial Arbitration/Kluwer Law International, 2013, en ligne : http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_ICC_Dossier_10.

Gharavi Hamid, G., W. Ben Hamida et T. (ed. . Clay, *L'argent dans l'arbitrage*, , Maison

du Barreau, Paris, Lextenso éditions, 2013.

Goldman, B., *Frontières du droit et lex mercatoria*, Arch. phil. droit, IX, 1964.

Goldman, B., *Lex Mercatoria*, Deventer: Kluwer law and taxation publ., 3, coll. Forum international 1(1983), 1983.

Hasenclever, A., P. Mayer et V. Rittberger, *Theories of international regimes*, Cambridge University.

Horn, N., *The transnational law of international commercial transactions v.2 (Studies of transnational economic law)*, ed.1 éd., Springer, 1983.

Jacquet, J. ., P. Delebecque et S. Corneloup, *Droit commercial international*, Dalloz, Paris, 2007.

Karns, M. et K. Mingst, *International organizations The politics and processes of Global governance*, Rienner Publisher, Colorado, 2004.

Keohane, R. et J. Nye, *Transnational relations and world politics*, Cambridge: Harvard University, 1971.

Keohane, R. et J. Nye, *Power and interdependance*, Little Brown, Boston, 1977.

Krasner, S., *International regimes*, Ithaca, Corneille University Press, 1983.

Levasseur, A., *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Paris, 1996.

Lynch, K., *The Forces of economic globalization challenges to the regime of international commercial arbitration*, Kluwer law international, 2003.

Mayer, P., *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence*, Brill,

Nijhoff Leiden, 217, coll. Collected courses of the Hague Academy of International Law, Boston, 1989.

Montesquieu, *L'esprit des Lois (1748)*, Garnier-Flammarion, tome 2, Paris, 1979.

M, S., N. T et M. D, *Liberalism and international reform*, Traditions of international ethics, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

O'Meara, A. et E. Dufault, *Relations internationales théories et concepts*, Athéna, coll. 2ème Ed., 2004.

Ortscheidt, J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

Osman, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1992.

OSMAN, F. et CHEDLY, L. , *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2015.,

Paquin, S., *La nouvelle économie politique internationale*, Armand Colin, Paris, 2008.,

Paquin, S., *Théories de l'économie politique internationale*, Paris, SciencesPo, Les Presses, coll. Références Économie politique, 2013.

RAINELLI, M., *Le commerce international, 10e éd.*, Collection Repères, La Découverte, 2009

Sassen, S., *Critique de l'État*, Demopolis, Paris, Le Monde Diplomatique, 2006.

Schmitthoff, C., *The sources of the Law of International Trade*, Stevens & Sons, London, 1964.

Sens, A. et Stoett, P., *Global politics Origins, currents, directions*, 3rd ed., Canada, Thomson Nelson, 2005.

STEFFEK, S., UNBEARATH, H. GENN, H., GREGER R. et C. MENKEL-MEADOW, *Regulating Dispute Resolution ADR and access to justice at the crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013.

c. Articles de revues et études de recueils

Anthony Sebok, J., « The inauthentic claim », (2011) 64-61 *Vanderbilt University Law School*.

Appelbaum B., « Investor put money on Lawsuits to get payouts », *New-York Times*, Nov. 14, 2010, (En ligne)

http://www.nytimes.com/2010/11/15/business/15lawsuit.html?pagewanted=all&_r=1

Belley, J. G., « Théorie général des contrats. Pour sortir du dogmatisme », (1985) 26-n.4 *Les cahiers de droit*, doi : 10.7202/042702ar.

Bench Nieuweld, L., « Third Party Funding - Maintenance and champerty - Where is it thriving? » (7 novembre 2011), en ligne : <http://kluwarbitrationblog.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/>.

Bentham, J., « Defense of usury », *Bowring ed.* 1843.19-20.

Berger, « The New Merchant and the Global Market place: A 21st century view of transnational commercial law », 3-4 *International arbitration law review*.

Berger, K. P., « The creeping codification of the lex mercatoria », *Kluwer Law International* 2010.

Berman, H. et C. Kaufman, « The Law of international commercial transactions (Lex Mercatoria) », (1978) 19 *Harvard international journal*.

Boardman, M., « Insurers defend and third parties fund: A comparaison of litigation participation », (2012) 673-8 *JL Econ & Poly*.

Bogard, C., « Third party funding in international arbitration » (22 janvier 2013), en ligne : <www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration/#>.

Bonel, M. J., « The relevance of courses of dealing, usages and customs in the interpretation of international commercial contracts », (1977) 107 1 *UNIDROIT: New Directions in international trade law*.

Brabandere, E. De et J. Lepeltak, « Third-Party Funding in international investment arbitration », (2012) 27-No.2 *ICSID Review*.

Burford capital, *2015 Annual Report*, 2015, *2016 Annual Report*, 2016.

Byrne, M., « World's largest dispute financier, target US litigation market uptick », *The Lawyer* 2010, en ligne : <<http://www.thelawyer.com/'world's-largest-dispute-financier'-targets-us-litigation-market-uptick/1006248.article>>.

Cain, T., « Third Party Funding of PErsonal injury Tort claims: Keep the baby and change the bathwater », (2014) 89-11 *Chicago Kent Law Rev*.

Calunius, C., « A market leader in large scale commercial litigation funding », en ligne : <<http://www.calunius.com>>.

CARBONNEAU, T., *Étude historique et comparée de l'arbitrage*, Revue internationale de droit comparé, 36, 1984

Charltons solicitors, « Hong Kong Law reform commission consults on third-party funding for arbitration », (2015) Issue 306, en ligne : <This is the html version of the file <http://www.charltonslaw.com/newsletters/hong-kong-law/en/2015/306/Hong-Kong-Law-Reform-Commission-Consults-on-Third-Party-Funding-for-Arbitration.docx>>.

Croff, C., « The applicable law in an international commercial arbitration: Is it still a conflict of Laws problem? », 16-4 (Falls 1982) *American Bar Association*.

Crozet, M., « Commerce et Géographie : La mondialisation selon Paul Krugman », (2009) 119-4 *Dalloz, Revue d'économie politique*.

Cuniberti, G., « Three theories of Lex Mercatoria », 52-2 *Columbia journal of transnational law*.

DALHUISEN, « Globalization and the transnationalization of commercial and financial law », (2105) 67-1 *Rutgers Univ. Law Rev.*,

DELZANNO, C., *Faire du contentieux un investissement financier* , (2013) n. 225 *Droit & Patrimoine.*,

El Ahbad, J., « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage », (2014) (à paraître) *Fédération des Centres d'Arbitrage*, en ligne : <<http://www.fca-arbitrage.com/publication-de-maitre-jalal-el-ahdab-vice-president-du-conseil-scientifique-du-centre-de-mediation-et-darbitrage-pres-la-ccfa/>>.

Fontmichel, M. De, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Revue des sociétés* 2012.

Fortier, Y., « New Trends in governing Law: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future », (2001) 17-2 *ICSID Review - Foreign investment law journal*, en ligne : <<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/16/1/10.full.pdf>>.

Friedman, L., « Erehwon: The coming global legal order », (2001) 37 *Stanford Journal of International Law*.

Gaillard, E., « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Brill, Nijhoff publishers Leiden, Boston* 2008.152.

Gaillard, E., « Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », (1995) 122e année-1 *Journal du Droit international, Ed. du Juris-Classeur*.

Gaillard, E. « Transnational law: A legal system or a method of decision making? », (2001) 17-1 *Arbitration international*.

Gilpin, R., « War and change in world politics », *Cambridge University Press* 1981.

Goldman, B., « Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé », (1963) tome 109 *R.C.A.D.I.*

Goldman, B., « *Journal de Droit International (Clunet)* », 1979.

Goldman, B., « The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria », *Julian D.M. Lew ed* 1987.

GOLDMAN, B, E GAILLARD et P FOUCHARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

Goldsmith, A. et L. Melchionda, « Third-Party Funding: Everything you every wanted to know », (2012) n.2 *Revue de droits des affaires internationales*.

HARBOUR LITIGATION FUNDING, *Country Summary: United States of America*, 2014, en

ligne : <<http://www.harbourlitigationfunding.com/funding-map/US>>.

Haggard, S. et B. Simmons, « Theories of international regimes, international organisation », (1987) 41-3 *Ed. Simmons, B.A.*

Hasenclever, A., P. Mayer et V. Rittberger, « Theories of international regimes », *London Cambridge University* 1997.

Hong-Li, Y., « A theoretical overview of the Foundations of International Commercial Arbitration », (2008) J.255 *1 (2) Contemporary Asia Arbitration.*

Kantor, M., « Third party funding in international arbitration: An essay about new developments », Spring 2009-24(1) *ICSID Review.*

Karton, J., « Global law: The spontaneous, gradual emergence of a new leg order », (2012) 17 *Tilburg Law Review.*

Keohane, R., « The demand for international regimes », 36-2 *International organization.*

Kerameus, N., *A quick way to justice*, , Chypres, Cyprus arbitration & Mediation Center in collaboration with the Chatered intstitute of arbitrators, 2013.

Khourri., S., « Third party funding in international commercial treaty arbitration - A panacea or a plague? A dicussion of the risks and benefits of third-party funding », *Transnational Disp. Mgmt* 2011.

Krasner, S., « Regimes and the limits of realism », (1982) 36-2 *International regimes.*

Krasner, S., « Structural causes and regime consequences: Regimes as intervening variables, International regimes », *Cornell University Press* 1983.

Krasner, S., « Global communications and national power: Life on the Pareto Frontier », (1991) 43-3 *World Politics*.

Krasner, S., « Structural conflict: The third world against global liberalism », *University of California Press* 1985.

Lagarde, P., *Approche critique de la lex mercatoria, Études offertes à Berthold Goldman*, coll. Le droit des relations économiques internationales, Paris, Litec, 1982.

Lando, O., « The Lex Mercatoria in international commercial arbitration », (1985) 34-04 *International and Comparative Law Quarterly*.

LLIESCU, M., « A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact », *Kluwer Arbitr. Blog* 2016, en ligne : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>

Luzzatto, R., « International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States », (1981) 1977 IV *Recueil des cours: Collected courses of the Hague Academy of international Law* 52.

Mann, F.A., « Lex Facit Arbitrum: Liber Amicorum for Martin Domke », *International arbitration, La Haye, Marinus Nijhoff* 1967.157.

Mayer, P., A. Hasenclever et V. Rittberger, « Integrating theories of international regimes », (2000) 26-1 *Review of international studies*, *Cambridge University Press*.

Mittleman, J., « Globalization, critical reflections », (1996) 9 *International Political Economy Yearbook*.

Moreaux, A., « La partie faible dans l'arbitrage », *Affiches parisiennes* 05/16.

New York City Bar, « Third Party litigation financing: Opinion, the Association of the Bar of the City of New York Committee of Professional Ethics », (2011) 2011-2 *Formal opinion*.

Nieuwveld, L. B. et V. Shannon, « Third-party funding in international arbitration », *Wolters Kluwer Law international* 2012.4.

Nye, J. et R. Keohane, « Transnational relations and world politics: A conclusion », (1971) 25-3 *Cambridge University Press*.

Ordonneau, P., « Fonds “Vautour” (vulture funds) », *Les echos.fr* 2010.20 novembre 2010.

Paulsson, J., « La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI », *Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 1990-1 (1990).

Paulsson, J., « La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI », (1990) 1990-1 *Rev. D.arb.*

Panagiotis, D., « A global law perspective of the WTO », (2012) 17 *Tilburg Law Review*.

Perry, S., « New Funder - and counsel - on board for uzbek claim », *Global Arbitration Review* 2012, en ligne : <<http://globalarbitrationreview.com/b/30214/>>.

Pinsolle, P., « Le financement de l'arbitrage par un tiers », *Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage* 2011-2 (2011).

Puchala, D. et R. Hopkins, « International regimes: lessons from inductive analysis », (1982) 36-2 *International regimes, MIT Press*.

Radin, M., « Maintenance by champerty », (1935) 24 *CAL-Law Review* 48.

Rigaux, F., *Approche critique de la lex mercatoria, Études offertes à Berthold Goldman*,

coll. Le droit des relations économiques internationales, Paris, Litec, 1982.

Rittberger, V. et P. Mayer, « Regime theory and international relations », *Oxford University Press*.

RODGERS, A, SCOTT, A. SANZ et BROWN M, « Emerging issues in third-party litigation funding » (décembre 2016), en ligne : <<http://www.fulbrookmanagement.com/emerging-issues-in-third-party-litigation-funding-what-antitrust-lawyers-need-to-know/>>.

Ronen, A. et A. Wickelgren, « Third party litigation funding a signaling model », (2014) Vol.63-233 *DePaul Law Review*.

Ross, A., « The dynamics of third-party funding », 24 *Global Arbitration Review* 2012.

Schmitthoff, C., « International business law: a new merchant », (1962) 129 2 *Current Law and Social Problems, Univ of Western Ontario*.

Schmitthoff, C., « International Trade Usages », (1987) 440/4 *Paris: ICC Publication*.

Schmitthoff, C., « Nature and evolution on the transnational law of Commercial transactions », (1982) 2 *The transnational law of international commercial transaction. Studies in transnational economic law*.

Schmitthoff, C., « The unification of the law of international trade », (1968) 105 *JBL*.

Schnakenbourg, E., « Les interactions entre commerce et diplomatie au début du XVIIIe siècle: L'exemple du traité de commerce franco-anglais de 1713 », (2004) 23e année *Armand Colin « Histoire, économie & société »*, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-histoire-economie-et-societe-2004-3-page-349.htm>>.

Seidel, S., « Third party capital funding of international arbitration claims: An awakening

and a future », (2012) 38 *Financier Worldwide*, en ligne : <www.financierworldwide.com/login.php?url=article.php%3Fid%3D9500>.

Snidal, D., « International political economy approaches to international institutions », (1997) 477 *Economic dimensions in international law*.

Starr, P. et D. Bateson, « Third-party funding snapshots: Hong Kong », *Hong Kong Global Arbitration Review* 2012, en ligne : <<http://globalarbitrationreview.com/article/1031177/third-party-funding-snapshots-hong-kong>>.

Steinitz, M., « Whose Claims is this anyway? », *Minn. Law Review* 2011.95.

Stoecker, C., « The Lex Mercatoria: To what extend does it exist? », (1990) 101-7 *International arbitration*.

Tenai, S. et Saint-Martin, « Third party funding of class actions », *Norton Rose Fullbright*, en ligne : <) <http://www.nortonrosefulbright.com/files/third-party-funding-of-class-actions-pdf-199kb-52204.pdf>>.

O. TOTH, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017., march 2017

Trusz, J., « Full disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration », (2013) Vol.101:1649 *The Georgetown Law Journal*.

Villa, F., « Le financement de contentieux par des tiers », (2014) 5 *Anwalts revue de l'Avocat*, en ligne: <https://www.sav-fsa.ch/en/anwaltsrecht/literatur/berufsregeln.html#titel_le-financement-de-contentieux-par-des-tiers-third-party-funding>.

VON GOELER, J., *Third-party funding in international arbitration and its impact on procedure*, coll. International Arbitration Law Library 35, Kluwer law international, 2016.

Young, O., « International regimes: Problems of concept formation, World Politics », (1980) 32-No.3 *Cambridge University Press*.

Young, O., « International cooperation: building regimes for natural resources and the environment », *Ithaca, Cornell University Press* 1989.

Admin, « Third party funding in international arbitration », *Burford Blog* (22 janvier 2013).

Yongshuang, M., « The design for the system of the third party's intervention in the arbitration process », (2005) Serial No.13-No.12 *US-China Law Review*, en ligne : <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uschinalrw2&div=44&g_sent=1&collection=journals>.

Yu HONG-LI, « A theoretical overview of the Foundations of International Commercial Arbitration », (2008) J.255 1 2 *Contemp. Asia Arbitr.*

IV- Dictionnaires

Black's Law Dictionary, Garner, B., West Group, 7th Ed., 1999.

Dictionnaire de la Globalisation, A.J. ARNAUD, L.G.D.J. lextenso éditions, 2010. p.361

Travaux publics et services gouvernementaux Canada, B. de traduction. *Juridictionnaire*.

V- Autres documents en ligne

Alldrege, N., R. Detlefsen, J. Thesing, D. Reddick et M. Brown. *Third-Party Litigation Funding: Tipping the Scales of Justice for profit*, National Association of Mutual Insurance Companies (NAMIC), State of Policy and Affairs Department, mai 2011.

BREKOULAKIS S., « The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report », 2016, en ligne : <<http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/>>.

Burford capital raises £100 million in bond issues to reach billion dollar mark in litigation finance, Burford Capital, 2016, en ligne : <<http://www.burfordcapital.com/wp-content/uploads/2016/04/2016.04.19-Burford-Capital-Raises-£100-million-in-Bond-Issue-to-reach-1bn-mark-in-Litigation-Finance-FINAL.pdf>>.

Harbour Litigation Funding, *Country Summary: United States of America*, 2014, en ligne : <<http://www.harbourlitigationfunding.com/funding-map/US>>.

International Chamber of Commerce, *Statistics*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>.

Iles Salomon, Banque Mondiale BIRD-IDA, 2014, en ligne : <<http://donnees.banquemondiale.org/pays/iles-salomon>>.

IMF BENTHAM, « Bentham IMF unveils new portfolio model for ligation funding », nov. 16th, 2015, en ligne : <<https://www.benthamimf.com/docs/default-source/default-documentlibrary/portfolioannouncementclean.pdf?sfvrsn=2>>.,

International Chamber of Commerce, « ICC Court Adopts Guidance Note on conflict

disclosures by arbitrators », *Press Release* 2016, en ligne : <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-adopts-Guidance-Note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/>.

NEW YORK CITY BAR, « Third Party litigation financing: Opinion, the Association of the Bar of the City of New York Committee of Professional Ethics », (2011) 2011-2 *Formal Opinion*.

Norton Rose Fulbright, *Litigation trends Survey Report*, 2014, p.17, <En ligne> <http://www.nortonrosefulbright.com/files/20140415-norton-rose-fulbrights-10th-annual-litigation-trends-115113.pdf>

United Kingdom House of Lords, *Parliamentary debates*, Column 1596, Lords publications, 2012, en ligne : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201212/ldhansrd/text/120201-0001.htm>.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, *New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, (10 juin 1958), en ligne : https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-convention/XXII_1_e.pdf.

US chamber Institute for legal reform. *Selling Lawsuits, buying trouble, third-party litigation funding in the United States*, octobre 2009. En ligne < <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdpartylitigationfinancing.pdf>>

Queen Mary University of London et School of International Arbitration, *2015 international arbitration survey: Improvements and innovations in international arbitration*, 2015, en ligne : <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.