

**VB**

ORDE VAN  
VLAAMSE  
**BALIES**

**/OV**

Note

# **Recommandations Financement par des tiers (Third-party funding)**

Approuvé par l'assemblée générale de l'Ordre des Barreaux Flamands le 28 juin 2023

*Traduction du néerlandais*

**VB**

## 1 / Financement par des tiers : état des lieux

1. Le financement par des tiers (FPT) est de plus en plus présent dans le monde, en Europe et en Belgique. En Europe, le financement par des tiers est surtout présent dans les pays voisins, à savoir les Pays-Bas, l'Allemagne et le Royaume-Uni. En France, le FPT est présent mais moins que dans les autres pays voisins (sauf en ce qui concerne l'arbitrage). Les tiers financeurs explorent désormais de nouveaux marchés à la recherche de nouvelles opportunités.

2. L'accent semble être mis sur le financement des litiges où des sommes importantes sont en jeu, ce qui est actuellement le plus courant dans l'arbitrage international en matière de commerce ou d'investissement ou dans les réclamations *collectives* (*class actions*). Aux Pays-Bas, en Allemagne et au Royaume-Uni (ainsi qu'en France), le FPT est souvent utilisé dans les procédures d'arbitrage. Aux Pays-Bas, le FPT est en outre particulièrement populaire pour le financement des actions collectives. Ces dernières ont gagné en importance ces dernières années grâce à la loi néerlandaise WCAM. Les affaires d'insolvabilité et les demandes de dommages et intérêts résultant d'infractions au droit de la concurrence font également l'objet d'une attention considérable de la part du FPT dans certains pays voisins. Toutefois, il n'existe pas de statistiques précises à ce sujet.

3. Dans sa forme classique, le FPT se manifeste par l'intervention du financier dans le paiement des honoraires d'avocats en échange d'une part du produit de l'affaire. Toutefois, il arrive aussi, notamment dans les *litiges concernant les valeurs mobilières* ou les conséquences d'infractions au droit de la concurrence, que le bailleur de fonds crée une structure ad hoc, une société distincte, pour agir elle-même en tant que plaignant après avoir pris en charge les réclamations.

Le FPT se distingue d'autres formes de financement, telles que l'assurance, la cession, etc. Cette distinction est peu pertinente dans le cadre du présent document. De plus amples informations et les différences entre le FPT et ces formes de financement en droit belge ont été examinées en détail dans les contributions de F. Lefèvre, P. Callens et G. Croisant ainsi que de J.-P. Fierens.<sup>1</sup>

4. Les parties recourent aux FPT principalement pour des raisons de gestion des liquidités. Elles visent notamment à dégager un fonds de roulement à des fins autres que le financement des litiges par leurs propres ressources, à éviter de faire apparaître les coûts liés aux procédures dans les états financiers ou de les provisionner, et à répartir les risques liés aux litiges et à leur financement. Ils le font même s'ils ne disposent pas de fonds suffisants pour payer les frais d'avocat et de contentieux - c'est souvent le cas des syndicats d'insolvabilité - ainsi que pour participer à une *action collective*.

5. Le FPT est disponible à la fois pour les plaignants et - moins souvent - pour les défendeurs ayant des demandes reconventionnelles.

6. Avant d'accorder un financement dans une affaire donnée, les financiers font preuve d'une grande *due diligence* pour déterminer le risque de l'investissement financier. Ce *contrôle* préalable est effectué en interne, mais souvent avec l'expertise externe d'un réseau de cabinets d'avocats avec lesquels les financeurs coopèrent régulièrement.

7. Le financement et les règles de coopération entre le bailleur de fonds et la partie financée sont définis dans un accord global.

8. FPT est confronté à des controverses qui ne sont pas encore résolues. FPT compte à la fois des partisans et des opposants de principe. La principale critique du second groupe est que le MPD

<sup>1</sup> F. Lefèvre, P. Callens et G. Croisant, Legality of third-party funding mechanisms under Belgian law, b-Arbitra 2017/1, p. 25 e.v.; J.-P. Fierens, Financiering van geschillen door derden, Arbitrage en verzekeringsrecht, Brussel, Larcier 2015, p. 183 e.v.

créerait une tension entre les intérêts du bailleur de fonds et ceux du client plaideur et qu'il donnerait lieu à une augmentation significative du nombre de litiges. Le FPT - axé sur le profit - serait également fondamentalement incompatible avec le système judiciaire, qui recherche la justice et la résolution des litiges. Les partisans du FPT contestent ces critiques et mettent en avant ses avantages. FPT élargit l'accès à la justice pour les parties moins fortunées en intervenant non seulement dans les honoraires d'avocats, mais aussi dans les frais de justice (dans des pays où, contrairement à la Belgique, ceux-ci peuvent être élevés). Le FPT, grâce notamment au haut niveau d'expertise des financiers et à la diligence supplémentaire qu'ils exercent, permettrait en outre de réduire le nombre de demandes manifestement infondées<sup>2</sup> et donc d'améliorer le fonctionnement de la justice.

9. Toutefois, la controverse actuelle n'empêche pas le développement du FPT dans plusieurs pays. Le FPT est une caractéristique du paysage juridique contemporain.

10. Cependant, malgré l'intérêt croissant qu'il suscite, sa réglementation juridique et déontologique est limitée.

## 1.1 / Initiatives réglementaires

11. Il n'y a pratiquement aucun pays où il n'existe pas de réglementation globale ou explicite du MPD. Ce n'est pas non plus le cas dans les pays voisins de la Belgique. La législation existante, y compris dans les pays voisins, n'aborde que des aspects partiels des MPL. Cela se fait souvent de manière indirecte, par le biais de la réglementation de certains aspects de la profession d'avocat ou du droit général des contrats.

Parmi les pays voisins de la Belgique, l'Allemagne régit traditionnellement certains aspects de l'exercice de la profession d'avocat dans la législation, notamment en ce qui concerne les honoraires d'avocat (*Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*), la déontologie (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) et la réglementation des services juridiques (*Rechtsberatungsgesetz*). Ces lois contiennent des principes généraux concernant la profession d'avocat, qui ont depuis été appliqués par le pouvoir judiciaire, y compris dans le contexte du FPT.

La jurisprudence des pays voisins de la Belgique traite régulièrement du FPT, principalement en ce qui concerne la légalité du FPT<sup>3</sup> et les litiges relatifs à la rémunération des financiers<sup>4</sup>

Parmi les pays étudiés dans lesquels les FDP ont une longue tradition ou sont présents depuis longtemps, seul Singapour dispose d'une législation explicite (partielle) sur les FDP.<sup>5</sup> En effet, à titre d'exception, Singapour dispose depuis 2017 d'une loi qui prévoit explicitement que le MPD est licite dans certains types de litiges (principalement liés à l'arbitrage international) et que les bailleurs de fonds sont soumis à des conditions spécifiques. Le *Singapore Lawyers Act* prévoit en outre expressément qu'il n'est pas interdit à un avocat (a) de présenter ou de recommander un bailleur de fonds à son client tant que l'avocat n'en tire aucun intérêt financier direct, (b) d'intervenir dans la négociation et la rédaction de l'accord de financement et (c) d'assister le client dans le cadre d'un litige découlant d'un accord de financement. La législation prévoit en outre l'obligation pour l'avocat de divulguer l'existence du MPD et le nom du bailleur de fonds au tribunal ou à la cour d'arbitrage, ainsi que l'interdiction de prendre des parts ou des "intérêts de propriété" dans un bailleur de fonds.

<sup>2</sup> "F frivolous claims".

<sup>3</sup> Voir notamment les discussions dans les pays anglo-saxons avec la jurisprudence autour de ce que l'on appelle le "champerty" et la "maintenance".

<sup>4</sup> Pour une vue d'ensemble actualisée, voir l'annexe au projet de directive de l'UE sur le DPF.

<sup>5</sup> Voir "The Law Society of Singapore. Guidance Note 10.1.1", p. 2.

12. Dans tous les pays étudiés, le MPD est considéré comme licite en principe. Toutefois, la jurisprudence irlandaise a exprimé des doutes à ce sujet.

13. Récemment, l'Europe a commencé à réglementer le FPT par le biais d'une directive.

14. Au cours des 37<sup>ième</sup> et 38<sup>ième</sup> sessions du groupe de travail de la CNUDC<sup>6</sup> il a été proposé de préparer un modèle de réglementation du MPD dans le cadre de l'arbitrage d'investissement (ISDS = *Investor-State Dispute Settlement* - règlement des différends entre investisseurs et États - effectué par le biais de l'arbitrage d'investissement). Ces réglementations non contraignantes sont destinées à servir de législation modèle à inclure dans les traités d'investissement internationaux. Ces réglementations, qui font encore l'objet de discussions et de travaux, concernent, d'une part, la question fondamentale de savoir si le FPT doit être autorisé dans le système ISDS et, entre autres, l'obligation de divulguer le FPT, c'est-à-dire quelles données relatives au FPT doivent être divulguées, et, d'autre part, certaines questions ponctuelles connexes, à savoir l'obligation éventuelle de fournir une *garantie* pour les coûts et la question de savoir dans quelle mesure les coûts liés au FPT font partie des coûts d'arbitrage recouvrables.

## 1.2 / Autres initiatives

15. Le débat sur la réglementation du FPT est très présent dans le contexte de l'arbitrage, tant dans l'arbitrage commercial que dans l'arbitrage d'investissement. Ce débat porte principalement sur la question de savoir si et dans quelle mesure les FDP doivent être divulgués dans le cadre d'une procédure d'arbitrage ("*divulgaration*"). En effet, l'une des caractéristiques de l'arbitrage est l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres des parties. Cette exigence est garantie par la divulgation des conflits d'intérêts que les arbitres pourraient avoir dans une affaire d'arbitrage. Traditionnellement, ces conflits d'intérêts concernaient principalement les parties à la procédure d'arbitrage, mais ils sont aujourd'hui envisagés de manière plus large, notamment vis-à-vis des avocats des parties, entre les arbitres et, désormais, vis-à-vis des financiers.

16. L'*International Bar Association* a été l'une des premières à s'intéresser au FPT. En 2014, une disposition sur les FDP a été incluse pour la première fois dans les lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage publiées par cette organisation (*IBA Rules on Conflicts of Interest in Arbitration*).

Depuis lors, plusieurs institutions d'arbitrage ont également élaboré leurs propres lignes directrices sur l'obligation de divulgation des FDP dans le cadre de l'arbitrage. Ces lignes directrices prévoient principalement que l'existence et l'identité du FPT doivent être divulguées dans la procédure d'arbitrage (à ce sujet, ICC, VIAC, SIAC, SI Arb)<sup>7</sup> ou (également) que les arbitres ont le pouvoir d'ordonner aux parties de produire des informations supplémentaires sur le FPT (par exemple sur l'étendue de la couverture fournie par le bailleur de fonds).<sup>8</sup> Ce dernier point est particulièrement pertinent pour l'arbitrage d'investissement. Dans les procédures judiciaires, il n'y a pas encore d'obligation de ce type.

## 1.3 / Règles déontologiques

17. Sur le plan déontologique, le FPT est actuellement abordé du point de vue de la déontologie de l'avocat, du point de vue des fonds d'investissement opérant en tant que bailleurs de fonds et du point

<sup>6</sup> United Nations Commission On International Trade Law, Working Group II (Investor-State Dispute Settlement Reform).

<sup>7</sup> Voir, par exemple, l'article 11(7) du règlement de la CCI.

<sup>8</sup> Article 13a du règlement VIAC sur l'arbitrage des investissements.

de vue d'autres parties prenantes telles que les fondations et les associations néerlandaises engagées dans le règlement des réclamations collectives.

18. Il n'existe pas de déontologie internationale générale des fonds d'investissement. Des initiatives locales sont prises dans certains pays, comme le Royaume-Uni.

Les bailleurs de fonds britanniques se sont regroupés au sein de l'*Association of Litigation Funders of England and Wales* (ALF). L'objectif de cette association est "d'assurer l'autorégulation du financement des litiges". L'ALF a publié un code de conduite pour les financeurs de litiges<sup>9</sup>. Une grande partie des bailleurs de fonds du marché britannique deviennent membres volontaires de cette organisation. Les membres de l'ALF s'engagent à respecter les dispositions du code de conduite. Les bailleurs de fonds, y compris ceux qui ne sont pas établis au Royaume-Uni, réclament souvent une plus grande transparence. Les bailleurs de fonds reconnaissent que la transparence et une réglementation appropriée, que ce soit par le biais de "codes de conduite" volontaires ou autres, constituent une voie vers une acceptation plus large du FPT dans les pays où le FPT s'avère controversé.

En bref, le code de conduite de l'ALF (entre autres) :

- / définit le mode de fonctionnement d'un bailleur de fonds, y compris l'exigence relative au capital d'investissement disponible;
- / oblige le bailleur de fonds à garder confidentielles toutes les informations reçues sur le dossier;
- / oblige le bailleur de fonds à fournir des informations transparentes et à veiller à ce que la partie financée obtienne des conseils adéquats sur les termes de l'accord de financement à conclure;
- / interdit au bailleur de fonds d'inciter l'avocat en exercice à enfreindre ses obligations déontologiques ou à laisser le contrôle de l'affaire (de la stratégie) au bailleur de fonds ;
- / prévoit un certain nombre de dispositions de base que la convention FPT doit contenir. Celles-ci concernent l'intervention financière que le financeur doit fournir dans le cadre de la convention, la manière dont le financeur intervient en cas de règlement amiable du litige et les circonstances dans lesquelles le financeur peut résilier la convention FPT.

Le code d'éthique des bailleurs de fonds britanniques a un large impact sur leur conduite, et cet impact s'étend au-delà du Royaume-Uni.

19. La **déontologie de l'avocat** en matière de FPT n'a, à ce jour, été explicitement abordée que par l'ABA et les barreaux de Paris et de Singapour. Ces barreaux ont adopté des recommandations ou de courtes "résolutions". Les trois approches diffèrent à la fois par leur nature (recommandations plus élaborées comme celles de l'ABA ou de la *Law Society of Singapore*, ou résolution courte comportant quelques points comme celle de Paris) et par leur contenu.

20. Les recommandations de la *Law Society of Singapore* contiennent des lignes directrices très détaillées, d'une part, sur les dispositions qui peuvent être incluses dans l'accord de financement et, d'autre part, sur l'obligation de notifier le FPT dans le cadre d'un litige. Ces recommandations complètent le droit singapourien en matière de FPT.

21. Les lignes directrices de Paris ne comportent que quelques points succincts sur l'arbitrage international. Ces recommandations soulignent l'indépendance de l'avocat, l'interdiction de communiquer toute information au financeur, l'incitation à communiquer le FPT dans le cadre de l'arbitrage ainsi qu'une réglementation spécifique concernant l'intervention de la CARPA (qui a une fonction particulière dans la pratique française en matière de fonds de tiers).

<sup>9</sup> <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

22. L'*American Bar Association* a également présenté ses *Best Practices for Third-Party Litigation Funding* en août 2020. Ces lignes directrices sont très détaillées et réglementent le FPT de manière exhaustive.

23. En outre, le CCBE est attentif aux travaux sur les FDP, tels que le projet de directive européenne sur les FDP.

24. Les fondations et associations néerlandaises ont publié un "*code de gouvernance*" qui comprend des dispositions explicites sur le financement externe des réclamations collectives (sous le nom de "Code des réclamations"). Ce code n'est pas applicable aux avocats, mais il énonce néanmoins des principes pertinents pour le MPD et la profession juridique. Selon ce code, l'avocat n'agira que "dans l'intérêt du groupe d'intérêt et de sa circonscription statutaire" et ne recevra pas d'instructions de la part du bailleur de fonds.

25. D'autres barreaux étrangers ont des règles générales concernant l'indépendance de l'avocat, les honoraires ou le secret professionnel, qui fournissent un cadre général s'appliquant également à FPT.

## 2 / Recommandations de l'OVB concernant le FPT

26. L'OVB s'interroge sur la finalité du FPT et sur le rôle de l'avocat dans ce cadre. Les recommandations de l'OVB s'inscrivent dans ce cadre.

27. Ces recommandations ne prennent pas position sur les controverses qui entourent le FPT.

28. Les recommandations sont rédigées en néerlandais, mais sont également disponibles en anglais et en français, compte tenu de l'intérêt international que suscite le FPT. Contrairement aux autres pays où des décisions similaires ont été adoptées, les recommandations de l'OVB ne s'appliquent pas seulement à l'arbitrage, mais à toutes les formes de FPT commercial. La décision se concentre sur le FPT par des financiers professionnels mais peut également servir d'inspiration pour d'autres situations similaires à ce type de financement.

29. Les décisions des barreaux étrangers et d'autres initiatives ont servi d'inspiration. Il convient de tenir compte du fait qu'en Belgique, le FPT n'est actuellement régi ni par la loi ni par la déontologie.

30. Les recommandations se composent des six sections suivantes. Afin d'assurer une large application, les points sont plus généraux que détaillés.

31. Les commentaires sous les recommandations ne sont que des notes explicatives.

### 2.1 / Indépendance de l'avocat

32. Comme le prévoient les articles 2 (indépendance) et 4 (partialité) du Code de déontologie des avocats, l'avocat agit en toute indépendance et défend toujours les intérêts de son client.

33. L'avocat intervient soit comme avocat du financier, soit comme avocat du justiciable. L'avocat ne peut agir simultanément pour le financeur et pour le justiciable, sans préjudice de l'article 6 du Code de déontologie des avocats (interdiction des conflits d'intérêts).

34. L'avocat ne peut pas avoir d'intérêts (financiers) directs ou indirects dans un fonds FPT au service de ses clients.
35. L'avocat peut présenter les bailleurs de fonds à son client et il peut également présenter les clients aux bailleurs de fonds, pour autant qu'il ne reçoive aucune rémunération ou autre contrepartie pour la présentation ou l'orientation.
36. L'avocat ne recevra pas d'instructions du financeur, sauf dans les hypothèses prévues à l'article 66 du Code de déontologie des avocats (avocat qui ne reçoit pas son mandat directement du client).
37. L'avocat veille à ne pas avoir de contacts avec un financeur sans la présence du justiciable ou sans l'accord exprès et préalable de ce dernier.
38. Le paiement des honoraires de l'avocat par le financeur ne fait pas obstacle à l'indépendance de l'avocat.

**Commentaire :**

39. Les avocats sont souvent engagés par les bailleurs de fonds dans le cadre de la vérification préalable d'une affaire. Certains bailleurs de fonds travaillent régulièrement avec des avocats habituels, par exemple lors de la mise en place d'une action de groupe ou d'une class action. Dans ce contexte, le bailleur de fonds demande souvent à un avocat de le conseiller sur le droit du pays dans lequel il opère.

Le financeur devient alors le client de l'avocat. Cela empêche l'avocat d'intervenir dans la même affaire en tant qu'avocat du plaignant ou du défendeur, sauf dans les cas éventuels où le Code de déontologie des avocats le permet déjà.

40. Les recommandations clarifient l'interaction entre l'avocat et le bailleur de fonds à la lumière de l'indépendance de l'avocat.

## 2.2 / Les honoraires de l'avocat

41. L'avocat peut recevoir le paiement de ses honoraires directement du bailleur de fonds.
42. L'avocat fait bien de prendre des dispositions adéquates avec le financeur en ce qui concerne le paiement de ses honoraires. L'avocat est transparent à ce sujet avec le client. Les obligations déontologiques de l'avocat ne portent pas préjudice à l'obligation de l'avocat de respecter les obligations légales applicables, par exemple en vertu du Code de droit économique ou de l'article 446ter du Code judiciaire, qui interdit une stipulation d'honoraires liée uniquement à l'issue du litige.

**Commentaire :**

43. Il est préférable que les conventions avec le financeur prévoient non seulement les modalités de paiement, mais aussi l'élection de for et le droit applicable pour la résolution d'éventuels litiges relatifs aux honoraires (voir ci-dessous la recommandation relative aux conventions avec les financeurs). Il n'y a pas d'obstacle déontologique à ce que l'avocat accepte l'application d'une loi étrangère ou d'un for étranger, mais il doit faire ce choix en toute connaissance de cause. Le choix d'un for autre que les tribunaux belges peut être un obstacle au recouvrement des honoraires.

## 2.3 /Les obligations d'information de l'avocat et leur impact sur la responsabilité professionnelle

44. Il est de bonne pratique que l'avocat informe le client de la possibilité d'invoquer le FPT.
45. L'avocat fournit des informations adéquates au client et le conseille sur le contenu de l'accord de financement et ses conséquences.
46. Dans les litiges d'arbitrage, l'avocat encourage le client à communiquer l'existence du MPD et l'identité du bailleur de fonds et l'informe des conséquences de l'absence de ces informations (c'est-à-dire, entre autres, le risque d'annulation ou de refus de la déclaration d'exequatur de la sentence arbitrale en raison d'un éventuel conflit d'intérêts). L'avocat examine si la communication concernant le FPT est obligatoire ou non (voir notes marginales 61 - 62 ci-dessous). Si le client refuse de communiquer contre l'avis de l'avocat, ce dernier devra se demander s'il peut prendre en charge ou poursuivre l'affaire.

### Commentaire :

47. En tant que professionnel, le juriste a un devoir spécial de divulgation. Dans certains pays, le fait que l'avocat n'ait pas divulgué la possibilité d'un FPT a été considéré comme une faute professionnelle. Les recommandations encouragent l'avocat à informer correctement le client afin de ne pas compromettre sa responsabilité professionnelle.

48. Lorsqu'il conseille d'invoquer ou non les FDP, l'avocat attire l'attention du client sur des questions telles que :

- / le rôle du bailleur de fonds, y compris en ce qui concerne l'intervention dans le choix de l'avocat,
- / le rôle du financeur, dans les procédures ADR, dans le choix des arbitres, des médiateurs ou d'autres tiers,
- / le rôle du bailleur de fonds dans les décisions stratégiques, dans l'examen d'une éventuelle transaction, les clauses d'élection de droit et de for, les possibilités de résiliation de la convention par le bailleur de fonds et leur impact sur le déroulement de la procédure et, le cas échéant, sur la demande de remboursement par le bailleur de fonds des honoraires d'avocat déjà versés.

L'avocat du client qui conclut un accord de financement par un tiers dans le cadre d'une action collective veillera à ce que les accords de financement soient compatibles avec les règles en la matière dans l'action collective et prendra en considération l'impact d'une clause de non-participation.

Le bailleur de fonds souhaitera souvent inclure des dispositions lui permettant de mettre fin à l'accord de financement en cas de découverte de nouveaux faits ou de perte de preuves, en cas de changements importants concernant le droit applicable (par exemple, un revirement de jurisprudence qui aura un impact significatif sur l'affaire en cours), en cas de changements importants dans la solvabilité de la partie adverse, en cas de divergences de vues sur la stratégie dans l'affaire (par exemple, concernant l'acceptation ou la non-acceptation d'un accord de règlement), en cas de défaillance de la partie financée<sup>10</sup>. Dans ce dernier cas, cette partie sera souvent obligée de rembourser les montants au bailleur de fonds.

49. Le FPT est généralement spécifique à chaque dossier. Le bailleur de fonds ayant un intérêt dans l'issue de l'affaire, il voudra superviser et, dans certains cas, contrôler la procédure. Cela peut conduire à une tension entre les intérêts du client et ceux du bailleur de fonds. Si le client opte pour le FPT, il accepte cette tension et les limites inhérentes au FPT.

<sup>10</sup> Cependant, voir le *Code de conduite de l'ALF*, article 11.2.

50. Toutefois, il ne semble pas que l'Ordre des avocats ait pour mission de rédiger un manuel pour un modèle de convention de financement, ni de donner des conseils sur la portée des dispositions qui devraient idéalement figurer dans cette convention.

## 2.4 / Intervention de l'avocat dans la conclusion de la convention avec le financier

51. L'intervention de l'avocat dans la négociation d'un accord entre le client et le financier n'est pas interdite.

52. L'avocat veille à ce que l'accord avec le bailleur de fonds ne contienne pas de dispositions susceptibles de compromettre ses obligations déontologiques.

53. Il est de bonne pratique que l'avocat clarifie son mandat lors de la négociation avec le bailleur de fonds. Il est également de bonne pratique de préciser dans une convention séparée avec le client les conséquences des solutions prescrites par la convention de financement sur la collaboration avec le client.

54. Il convient que l'avocat s'assure que les accords entre le client et le bailleur de fonds tiennent compte de ses propres droits et obligations en matière d'honoraires et de frais et de responsabilité professionnelle.

55. A cette fin, l'avocat peut devenir partie à la convention avec le bailleur de fonds.

### Commentaire :

56. Les dispositions qui peuvent causer des tensions particulières dans la coopération avec l'avocat dans le cadre du FPT sont, en particulier :

- / les droits d'information du financeur : les modalités de communication au financeur des actes de procédure et des documents reçus et échangés au cours de la procédure ;
- / les pouvoirs de codécision du financeur sur l'affaire : la possibilité pour le financeur de superviser l'affaire et de codécider de l'affaire ;
- / les obligations relatives au transfert des fonds reçus sur le compte fiduciaire de l'avocat.

## 2.5 / Confidentialité et secret professionnel

57. L'avocat est tenu au secret professionnel. Il ne transmet aucune information au financier sans l'accord préalable du client. Ce consentement peut être inclus dans l'accord conclu avec le client. Même dans ce cas, l'avocat ne fournira que les informations nécessaires à la sauvegarde des intérêts du client.

58. Si l'avocat agit conjointement avec un avocat d'un pays de *common law*, il est conseillé d'informer le client que dans les systèmes de *common law*, la divulgation d'informations au financier peut porter atteinte au *secret professionnel*, c'est-à-dire que ces informations ne seront plus protégées par ce secret. Dans certains cas, il peut donc être utile que le bailleur de fonds désigne son propre avocat pour défendre ses intérêts.

**Commentaire :**

59. Le secret professionnel de l'avocat est fondamental pour l'exercice de la profession. D'autre part, il est courant que les bailleurs de fonds souhaitent rester informés de tous les événements pertinents au cours du litige. La recommandation répond à cette pratique courante. Toutefois, cette recommandation risque de susciter la controverse parmi les partisans d'une conception très stricte du secret professionnel. L'alternative serait, comme le suggère le Barreau de Paris, qu'en aucun cas l'avocat ne puisse transmettre des informations sur le dossier au financeur.

60. Dans ce cas, il semble utile que l'avocat mette en garde son client sur les conséquences d'un éventuel défaut de communication d'informations au financeur. Par ailleurs, avant de décider d'octroyer un FPT dans un cas particulier, le financeur effectuera des recherches (*due diligence*) sur les chances de succès. À cette fin, il souhaitera recueillir des informations auprès du client. Afin d'éviter que les informations transmises par le client au bailleur de fonds ne soient utilisées contre lui, il est de bonne pratique que l'avocat conseille au client de conclure un accord de confidentialité adéquat avec le bailleur de fonds.

## 2.6 /Communication du FPT

61. Lorsque le FPT doit être communiqué, par exemple dans le cadre de l'application d'une loi ou d'un règlement d'arbitrage, l'avocat doit communiquer aux tiers identifiés dans la réglementation applicable, dès que possible, l'existence d'une convention de financement et le nom du bailleur de fonds, ainsi que toute autre information requise le cas échéant.

62. Ce faisant, l'avocat s'assure d'obtenir le consentement nécessaire de son client et doit respecter les règles de procédure applicables, telles que le règlement de l'institution d'arbitrage régissant la procédure. L'avocat informe le client des implications des règles de procédure applicables sur la convention de financement et sur son contenu.

63. L'avocat n'utilisera pas la communication obligatoire à des fins dilatoires.