

# Le financement par les tiers de l'action collective : l'exemple de l'Union européenne

David Bosco\*

## Table des matières

### Introduction :

1. Les acteurs de l'opération de financement par une tierce partie
  - 1.1. La victime, bénéficiaire du financement
  - 1.2. Le cessionnaire de la créance de réparation
  - 1.3. Le tiers financeur
2. La régulation de l'opération de financement par une tierce partie
  - 2.1. Nature juridique du TPF et règles relatives à la transparence
  - 2.2. Règles relatives à la contrepartie reçue par le tiers
  - 2.3. Règles relatives à la conduite du procès

## Résumé

Les actions privées en réparation des dommages causés par les infractions aux règles de concurrence sont l'objet de nombreuses règles nouvelles en Europe. La Commission européenne et les législateurs nationaux ont adopté un corpus de règles originales sur le sujet du *private enforcement*. La question du financement est spécialement abordée même si la pratique française et européenne est encore balbutiante. L'objet de cet article est de présenter la situation actuelle, en France et en Europe, sur la question du financement par les tiers des procès en réparation. Les acteurs et le régime juridique des financements sont spécialement envisagés.

## Introduction

L'essor du *private enforcement*, c'est-à-dire des actions privées en réparation de leur préjudice intentées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, est un phénomène marquant de ces dernières années. Pour être précis, l'essor en question est, pour l'instant, moins lié à une augmentation du nombre de recours initiés par les victimes, qu'à une sorte de bouillonnement normatif destiné à stimuler un contentieux pour l'instant larvé. Tout a commencé, en Europe, au début des années 2000, avec l'affirmation par la jurisprudence européenne d'un droit à réparation des victimes d'infractions aux règles de concurrence<sup>1</sup>. Ensuite, il a été question de poser les bases de la mise en œuvre des actions en réparation par ajustement des règles procédurales et substantielles de droit commun. Un « paquet » législatif a été adopté en 2013/2014, notamment dans la directive « *damages* »<sup>2</sup>, pour apporter des réponses concrètes aux difficultés rencontrées par les victimes pour faire valoir leur droit à réparation (administration de la preuve, démonstration du fait générateur de responsabilité, quantification du préjudice, démonstration du lien causal, etc.). Une troisième génération de questions<sup>3</sup> portera désormais sur des questions d'effectivité dans la mise en œuvre du droit à réparation, et les problèmes de financement de l'action en justice vont très certainement se poser avec acuité.

Le financement de procès par un tiers est apparu assez récemment puisqu'il se dit que c'est en Australie, dans les années 1980, qu'il s'observe pour la première fois, avant d'être consacré par la Cour suprême d'Australie en 2006<sup>4</sup>. Le phénomène se transportera ensuite aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Il a peu à peu gagné la France où essentiellement deux acteurs proposent des solutions de financement de procès : la société *AM International Claims Collection* et, depuis peu, *Alter Litigation*<sup>5</sup>. La doctrine française a consacré aussi quelques études à la question<sup>6</sup>, notamment dans le champ du droit de la concurrence<sup>7</sup>. Le

---

<sup>1</sup> *Courage Ltd. et Bernard Creham*, Affaire C-453/99, [2001] Rec. C.E. I-06297, par. 26 et 27 : « La pleine efficacité de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté »

<sup>2</sup> UNION EUROPÉENNE, *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance*, 2014, J.O. L 349 du 5.12.2014, p. 1, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:349:TOC>> (consulté le 16 juillet 2015)

<sup>3</sup> Assimakis KOMNINOS, « Private enforcement: An Overview of EU and National Case Law », (2012) 44442 *e-Competitions*

<sup>4</sup> *Campbells Cash and Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd*, [2006] HCA 41 (High Court of Australia)

<sup>5</sup> Voir : *Infra*, note 6

<sup>6</sup> Voir en partie : LE CLUB DES JURISTES, *Financement du procès par les tiers*, Rapport, Paris, Le club des juristes Juin 2014, en ligne : <<http://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/rapport-financement-proces-les-tiers/>> (consulté le 16 juillet 2015); Catherine KESSEDJIAN (dir.), *Le financement de contentieux par un tiers*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2012

<sup>7</sup> David BOSCO, Rafael AMARO, Catherine PICHÉ, Pierre SERVAN-SCHREIBER, Till SCHREIBER et Mick SMITH, « Le financement par les tiers du contentieux privé », (2014) 3 *Revue concurrences* 13

droit européen, dans son « paquet » législatif de 2013/2014 n'a d'ailleurs pas ignoré cette évolution, même s'il est visé dans un texte peu contraignant : la *recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*<sup>8</sup>. Ce texte ne traduit pas une faveur manifeste à l'égard de ce type de procédé, mais il l'envisage, et suggère aux États membres de le réguler. C'est bien en reconnaître la réalité!

Le modèle selon lequel une partie finance elle-même son action paraît avoir vécu, spécialement dans les contentieux commerciaux complexes à l'occasion desquels se constate une asymétrie dans les situations économiques des parties. La charge économique que représente la conduite d'un procès jusqu'à son terme est souvent trop lourde, et cela expliquerait le faible engouement des victimes d'infractions aux règles de concurrence pour porter leur réclamation devant un juge ou un arbitre. Plusieurs modèles alternatifs sont concevables. Le premier consiste à avoir recours au système de l'assurance. Un autre consiste à convenir avec un avocat qu'il supportera la charge des frais de justice, quitte à partager ensuite le bénéfice obtenu en cas de succès.

Enfin, dans le dernier modèle qui fait l'objet de cette contribution, c'est un tiers qui finance le procès directement. L'expression *third party founding* s'est imposée dans le langage juridique. Dans certains systèmes juridiques, le tiers financeur du procès est un fonds public. Ce modèle n'existe pas en France, et il est rare dans les autres pays de l'Union européenne. Il peut s'agir aussi d'un fonds privé qui verra dans le procès la source d'un possible enrichissement.

Ce modèle présente plusieurs avantages. D'abord, pour l'État, la privatisation du financement de procès, s'il est permis de risquer l'expression, soulage les finances publiques puisque le demandeur n'aura pas ici recours, notamment, à l'aide juridictionnelle. Ces actions ayant pour effet indirect la préservation de l'ordre public, l'État devrait voir d'un bon œil l'apparition de ce substitut au financement public. Pour la partie demanderesse, le modèle est, à l'évidence, tout aussi avantageux puisque le financement lui permet d'intenter une action à laquelle elle aurait, à défaut, certainement renoncé. En d'autres termes, le financement alternatif permet l'accès à la justice des victimes désargentées. Il est aussi possible qu'une entreprise titulaire d'une créance de réparation souhaite externaliser le risque contentieux.

D'un autre côté, d'aucuns signalent les travers que peut présenter un système de financement par une tierce partie : le financement par un tiers spéculateur introduit une logique marchande dans le procès qui peut venir heurter certaines valeurs. Un conflit d'intérêts peut naître dans les relations entre le financeur et le bénéficiaire, voire avec le

---

<sup>8</sup> UNION EUROPÉENNE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, 2013, J.O. L 201, du 26.7.2013, p. 60, en ligne : <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ:JOL\\_2013\\_201\\_R\\_NS0013](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013)> (consulté le 16 juillet 2015) (ci-après : « Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 »)

conseil de ce dernier. Le besoin d'une régulation juridique du financement par une tierce partie s'est donc fait sentir en Europe.

Avant d'évoquer cette régulation (II), il n'est pas inutile de préciser un peu davantage quels sont les acteurs de l'opération de financement (I).

## **1. Les acteurs de l'opération de financement par une tierce partie**

### **1.1. La victime, bénéficiaire du financement**

Le premier acteur de l'opération de financement auquel l'on songe est à l'évidence l'agent qui a été la victime des faits. Il peut s'agir de consommateurs – c'est l'exemple qui vient le plus promptement à l'esprit en droit de la concurrence, ou d'un professionnel, partenaire ou concurrent de l'auteur des faits.

Pour ce qui concerne les consommateurs, peut-être faut-il rappeler que, pour l'heure en Europe, les actions collectives sont plus que rares. Il n'y en a eu aucune en France, même si le législateur a récemment doté le droit français d'une action collective avec l'adoption de la loi dite Hamon<sup>9</sup>. Le « paquet » de textes adopté en droit européen ne contient aucune disposition contraignante pour l'adoption d'instruments juridiques d'actions collectives. Seule une recommandation a été adoptée<sup>10</sup>; elle ne lie en rien les États membres. Il est donc un peu prématuré d'imaginer quels instruments pourraient venir financer une action collective de consommateurs.

D'autre part, le *private enforcement* connaît des développements contentieux du côté des professionnels<sup>11</sup>. Et, justement, pour ces victimes professionnelles, il semblerait que le financement par une tierce partie connaisse une certaine vitalité. Il n'est plus rare qu'un ensemble de professionnels mobilisent collectivement leur créance de réparation entre les mains d'un tiers qui va ensuite porter pour eux la réclamation, avec le soutien d'un autre tiers financeur. Cela est d'autant plus intéressant que, dans un système juridique comme la France, l'action collective est réservée aux consommateurs par le biais d'une action intentée par une association agréée. La mobilisation collective de créance est donc une alternative intéressante.

### **1.2. Le cessionnaire de la créance de réparation**

En Europe, apparaissent justement de nouveaux modèles liés au financement du litige. L'opération juridique est assez simple : le titulaire de la créance de réparation cède sa

---

<sup>9</sup> Voir : *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, J.O. 18 mars 2014, p. 5400, codifiée aux art. L. 423-1 et s.

<sup>10</sup> *Recommandation de la Commission du 11 juin 2013*, préc., note 8

<sup>11</sup> Sur le sujet, voir : Rafael AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, coll. « Droit de la concurrence », Bruxelles, Bruylant, 2014

créance à un tiers professionnel. Le prix de la cession comporte en général une partie fixe et une partie variable en fonction de l'issue du procès. En vertu de l'effet translatif de la cession de créance, le cessionnaire recevra le droit d'agir en justice, accessoire de la créance cédée. Cette opération, somme toute assez classique, de cession de créance, a été principalement mise en lumière en Europe grâce à l'activité de l'entreprise *Cartel Damages Claims* (CDC)<sup>12</sup>. La société est basée en Belgique et acquiert des créances de professionnels victimes (PME ou grandes entreprises)<sup>13</sup>. Comme les financeurs de procès, CDC est très sélectif quant aux affaires qu'elle va poursuivre en qualité de cessionnaire. Environ 80% des dossiers qui lui sont présentés ne sont pas poursuivis. CDC s'est rendue particulièrement visible dans l'affaire *CDC Hydrogen Peroxide SA*<sup>14</sup> où elle était présente aux côtés de la Commission. CDC a un rôle significatif dans l'issue du contentieux, et c'est souvent hors cour que le litige se termine, avec la conclusion d'une transaction.

Le législateur européen a fait écho à ce montage juridique dans la direction « *damages* »<sup>15</sup>. Son article 7.3 dispose que :

« Les États membres veillent à ce que les preuves obtenues par une personne physique ou morale uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence et qui ne relèvent pas du paragraphe 1 ou 2 ne puissent être utilisées dans le cadre d'une action en dommages et intérêts que par cette personne ou par une personne physique ou morale qui a succédé dans les droits de cette personne, ce qui inclut la personne qui a racheté sa demande ».

À proprement parler, le cessionnaire n'est pas un financeur, il est seulement le véhicule juridique d'une agrégation de créances de réparation qui seront à l'origine d'une action en justice unique. En général, le cessionnaire fait d'ailleurs appel lui-même à un tiers financeur. Le besoin de financement change donc simplement de tête... et c'est d'ailleurs ici la limite possible du système. Un contentieux porté en Allemagne en atteste puisque la Cour de Düsseldorf a récemment jugé que la cession de créance litigieuse était nulle si, au moment de la cession, le cessionnaire n'a pas les ressources financières suffisantes pour payer les frais de procédure en cas de perte du procès<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> CARTEL DAMAGE CLAIMS (CDC), Bruxelles, 2015, en ligne : <<http://www.carteldamageclaims.com>> (consulté le 16 juillet 2015)

<sup>13</sup> Voir : Till SCHREIBER et Mick SMITH, « The Case for Bundling Antitrust Damage Claims by Assignment », (2014) 3 *Revue concurrences* 23

<sup>14</sup> *Hydrogen Peroxide and Perborate*, Affaire COMP/F/38.620, 3 mai 2006, (Commission of the European Communities); puis devant le Tribunal : *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) v. European Commission*, Affaire T-437/08, [2011] Rec. C.E. 2011 II-08251; et dernièrement *Akzo Nobel NV et autres c. Commission européenne*, Affaire T-345/12, 28 janvier 2015,, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012TJ0345&lang1=fr&lang2=EN&type=TXT&ancre=>>> (consulté le 16 juillet 2015). Quelques exemples d'affaires suivies par CDC sont évoqués sur le site Internet de l'organisme.

<sup>15</sup> *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance*, préc., note 2

<sup>16</sup> CA Düsseldorf, 18 fév. 2015, Az. : VI U (Kart) 3/14 – *Zement II (Cartel Damage Claims)*; Florian BIEN et Jochen BERNHARD, « Allemagne : La Cour d'appel de Düsseldorf confirme le jugement du Tribunal régional de Düsseldorf rejetant l'action de groupe atypique intentée en qualifiant contraire aux bonnes mœurs et par

### 1.3. Le tiers financeur

En bonne logique, tout organisme dont la vocation est d'apporter un financement en vue d'un tirer un profit futur pourrait décider d' « investir » dans un procès aux résultats prometteurs. Il s'agit en pratique de fonds d'investissement n'ayant pas la qualité d'établissement bancaire. Les investisseurs ne connaissent pas la nature de l'activité financée.

En France, deux opérateurs sont actifs sur ce marché naissant. La société *La Française AM*, filiale du Crédit Mutuel Nord Europe, en premier lieu, est un fonds d'investissement créé en 2010, basé au Luxembourg<sup>17</sup>. Son activité semble plutôt limitée au financement de procès soumis à l'arbitrage. Une dizaine de dossiers de ce type sont traités dans le Monde par *La Française AM*, ce qui représente environ un dossier sur dix<sup>18</sup>. Un autre opérateur, apparu plus récemment, est la société *Alter Litigation*, créée en 2013<sup>19</sup>. Celle-ci propose des solutions de financement des frais de justice en contrepartie d'un intéressement aux résultats du procès.

## 2. La régulation de l'opération de financement par une tierce partie

### 2.1. Nature juridique du TPF et règles relatives à la transparence

Comment qualifier le montage juridique à l'œuvre dans une opération de financement par un tiers? La doctrine propose différentes qualifications possibles, du contrat de jeu au contrat de prêt, jusqu'au contrat d'assurance<sup>20</sup>. Comme on l'a observé<sup>21</sup>, l'opération paraît mêler plusieurs instruments : le contrat d'entreprise, le mandat, la cession ou le contrat aléatoire, dans un contrat composite.

La « recommandation » de 2013<sup>22</sup> contient quelques règles relatives à la transparence de l'opération. Le point 14 du texte prévoit que : « La partie demanderesse devrait être invitée à indiquer, dès l'ouverture de la procédure, à la juridiction saisie l'origine des fonds qu'elle compte utiliser pour financer l'action en justice ». On comprend la *ratio legis* de la règle. Il s'agit assurément d'éviter les conflits d'intérêts ou les pratiques commerciales déloyales d'entreprises qui entendraient financer une action en justice à l'encontre de l'un de leurs

---

conséquent nulle la cession des droits aux dommages et intérêts des victimes des ententes sur le ciment (Zement II) », (2015) 2 *Revue Concurrences* 198

<sup>17</sup> Il semble que le cadre juridique français soit moins approprié pour développer une société de gestion de ce type.

<sup>18</sup> LA FRANÇAISE GLOBAL ASSET MANAGEMENT, Paris, 2015, en ligne : <<https://www.lafrancaise-gam.com>> (consulté le 16 juillet 2015)

<sup>19</sup> ALTER LITIGATION, France, 2015, en ligne : <<http://www.alterlitigation.com>> (consulté le 16 juillet 2015)

<sup>20</sup> Voir l'intéressante discussion dans le Rapport du Club des juristes : LE CLUB DES JURISTES, préc., note 6

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Recommandation de la Commission du 11 juin 2013*, préc., note 8



concurrents. De surcroît, cette règle permet de s'assurer de la solvabilité du demandeur; nous avons vu toute l'importance de cette problématique dans une affaire soumise à la Cour de Düsseldorf en matière de cession de créances litigieuses<sup>23</sup>. Le point 15 de la recommandation dispose que :

« La juridiction saisie devrait être autorisée à surseoir à statuer si, en cas d'utilisation de ressources financières four nies par une tierce partie,

a) il existe un conflit d'intérêts entre la tierce partie et la partie demanderesse et ses membres;

b) la tierce partie ne dispose pas des ressources suffisantes pour satisfaire à ses engagements financiers vis-à-vis de la partie demanderesse à la procédure de recours collectif;

c) la partie demanderesse ne dispose pas des ressources suffisantes pour supporter les dépens de la partie adverse en cas d'échec de la procédure de recours collectif. »

L'avenir dira si cette exigence de transparence, bien compréhensible dans son principe, ne nuit pas à l'efficacité de l'opération...

## **2.2. Règles relatives à la contrepartie reçue par le tiers**

La recommandation de 2013<sup>24</sup> prévoit aussi que « Les États membres devraient veiller à ce que, lorsque le financement du recours collectif provient d'une tierce partie privée, il soit interdit au bailleur de fonds : c) de percevoir des intérêts excessifs sur les fonds mis à disposition ». Cette règle de protection a sans doute pour but de policer une pratique dont on soupçonne les dérives spéculatives. Il est sûrement aussi question de s'assurer que le recours mis en œuvre demeure au service d'une juste réparation du dommage souffert par la victime. Pour autant, il est possible d'objecter qu'il n'est pas choquant que le bailleur de fonds demande un intérêt important lorsque le recours qu'il finance a une faible chance de succès. Poser ce type de règle pourrait avoir ce résultat paradoxal de limiter le nombre de recours potentiels...

Une autre règle attendue concerne les modalités de calcul de la rémunération du tiers. La recommandation prévoit que :

« Les États membres devraient veiller à ce que, outre le respect des principes généraux de financement, dans le cas du financement d'un recours collectif en réparation par une tierce partie privée, il soit interdit de calculer la rémunération accordée au bailleur de fonds ou les intérêts que celui-ci percevra sur le montant

---

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> *Id.*, pt. 16

atteint dans le cadre de la transaction ou sur la réparation accordée, à moins que cet arrangement financier ne soit réglementé par une autorité publique, afin de protéger les intérêts des parties »<sup>25</sup>.

Là encore, la règle est susceptible de rendre plus rigides les négociations engagées avec le tiers et freiner l'essor du TPF. Mais les préjugés à l'égard de supposées dérives américaines sont forts.

On rappellera qu'en France, les pactes de *quota litis* sont strictement réglementés. La loi dispose que : « Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu »<sup>26</sup>. Le *Règlement intérieur national pour la profession d'avocat* prévoit quant à lui qu'il :

« [...] est interdit à l'avocat de fixer ses honoraires par un pacte de *quota litis*. Le pacte de *quota litis* est une convention passée entre l'avocat et son client avant décision judiciaire définitive, qui fixe exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur »<sup>27</sup>.

On sait qu'outre-Atlantique le débat est vif sur les *contingency fees*. Il oppose ceux qui considèrent que cette pratique conduit à une « surjudiciarisation », à ceux remarquant que les honoraires de résultat sont au contraire un formidable filtre pour les prétentions infondées, un avocat n'ayant aucun intérêt à intenter un procès perdu d'avance. Le droit européen paraît, quant à lui, avoir déjà fait son choix. La question aurait cependant mérité un débat plus approfondi.

### 2.3. Règles relatives à la conduite du procès

La recommandation prévoit encore que : « 16. Les États membres devraient veiller à ce que, lorsque le financement du recours collectif provient d'une tierce partie privée, il soit interdit au bailleur de fonds: a) d'exercer une influence sur les décisions de procédure, y compris en matière de transactions, prises par la partie demanderesse ». La pratique semble montrer que cette difficulté est réelle. Dès lors qu'ils financent l'opération, les investisseurs entendent s'assurer d'une certaine maîtrise de la conduite du procès, au risque, le cas échéant, de privilégier des stratégies contentieuses qui ne sont pas tout à fait dans l'intérêt des parties (par exemple concernant la décision de recourir à une transaction). On abondera dans le sens de la recommandation sur ce point : les États devraient se saisir effectivement de la difficulté concernant des clauses telles que la clause

---

<sup>25</sup> *Id.*, pt 32

<sup>26</sup> *Loi no 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, version consolidée au 16 juillet 2015, art 10

<sup>27</sup> *Décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) pour la profession d'avocat*, J.O. 11 août 2007, p. 13503, art. 11.3



de financement du procès par tranches<sup>28</sup> ou encore certaines clauses de sanction privant purement et simplement de fonds le financé qui adopterait une stratégie contentieuse qui ne respecte pas les directives de l'investisseur. On pressent, là encore, que les États membres devront trouver un compromis difficile entre les intérêts de l'investisseur à maîtriser les risques de l'opération qu'il finance, et ceux des victimes à obtenir une juste réparation.

**\* M. David Bosco, professeur, directeur de l'Institut de droit des affaires (IDA) - Université d'Aix - Marseille**

---

<sup>28</sup> Au terme de cette clause, le financement n'est accordé que par tranches chronologiques, si le requérant bénéficiaire du financement prend... les bonnes décisions.