

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGULEERDE SECTOREN / DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS
RÉGULÉS

Le « *third party funding* », une solution aux problèmes des coûts de l'action en réparation collective pour le représentant?

Françoise Lefèvre¹ et Guillaume Croisant²

1. Introduction – L'équilibre recherché par le législateur	328
2. Les coûts d'une action en réparation collective pour le représentant	330
2.1. Frais susceptibles d'être exposés	330
2.2. Conséquence d'un échec de l'action	331
2.3. Conséquences du succès de l'action	332
2.3.1. <i>En cas d'accord collectif</i>	332
2.3.2. <i>En cas de décision au fond</i>	333
3. Un équilibre douteux	334
3.1. Absence de financement public	335
3.2. Fonds propres du représentant	336
4. Les mécanismes de tiers financement	338
4.1. Contribution des consommateurs représentés	338
4.2. Financement par un tiers « désintéressé »	339
4.3. Financement par les avocats	339
4.4. Tiers financement au sens strict	341
4.4.1. <i>Concept</i>	341
4.4.2. <i>Bref aperçu du récent développement du tiers financement à l'échelle internationale</i>	341
4.4.3. <i>Légalité de principe du tiers financement en droit belge</i>	343
(i) Distinction d'autres institutions proches	343
(ii) Essai de qualification en droit belge	344
(iii) Eléments de droit international privé	345
(iv) Conclusion	346
4.4.4. <i>Limites légales devant néanmoins être prises en compte</i>	346
(i) Interdiction de la fraude et adage « <i>nul ne plaide par procureur</i> »	346
(ii) Règles applicables à la cession de droits litigieux	347
(iii) Règles en matière de gage sur créances futures	347
(iv) Conséquences de l'insolvabilité de la partie financée	348
(v) Obligations d'agrément?	349
(vi) Autres questions éthiques et déontologiques	349
4.4.5. <i>Existe-t-il une place pour le tiers financement dans le cadre de l'action en réparation collective?</i>	350
5. Conclusion	352

RÉSUMÉ

La class action « à la belge » a pour objectif affiché d'assurer un équilibre entre l'accès effectif par les consommateurs (et, bientôt, les P.M.E.) à ses bénéfices et la nécessité d'éviter les recours abusifs. Près de 4 ans après l'adoption de la loi du 28 mars 2014 relative à l'action en réparation collective, seules six procédures ont été introduites et la réalisation de cet équilibre apparaît douteuse en pratique.

¹ Avocat au barreau de Bruxelles, solicitor of the Senior Courts of England and Wales.

² Avocat au barreau de Bruxelles, assistant à l'Université Libre de Bruxelles (ULB).

Certains passages de cette contribution s'inspirent de précédentes études des coûts et du financement de l'action en réparation collective (F. LEFÈVRE et G. CROISANT, « L'action en réparation collective: ses coûts et son financement », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dirs.), *L'action en réparation collective*, Anthemis, 2015, pp. 99-126) ainsi que de la légalité des mécanismes de financement du contentieux par les tiers au regard du droit belge, réalisée avec Peter Callens (F. LEFÈVRE, P. CALLENS et G. CROISANT, « The Legality of Third Party Funding Mechanisms under Belgian Law », *b-Arbitra*, 2017/1, pp. 35-65). La présente contribution n'exprime toutefois que l'opinion de ses auteurs.

Après avoir conclu qu'en l'absence de tout système de financement public les coûts importants de l'action devant être assumés par le représentant du groupe constituent l'une des principales raisons du nombre limité de procédures ayant été introduites, la présente contribution s'interroge sur la possibilité pour celui-ci de se tourner vers le tiers financement.

SAMENVATTING

De doelstelling van de Belgische class action is een evenwicht te verzekeren tussen de effectieve toegang van consumenten (en binnenkort ook kmo's) tot de voordelen van de class action en de noodzaak om het onrechtmatig gebruik ervan te vermijden. Na bijna 4 jaar sinds de aanneming van de wet van 28 maart 2014 inzake de rechtsvordering tot collectief herstel, werden slechts zes procedures ingesteld en blijkt de verwezenlijking van dit evenwicht in de praktijk twijfelachtig.

Na het besluit dat, bij gebrek aan elk systeem van publieke financiering, het feit dat de groepsvertegenwoordiger de aanzienlijke kosten van de rechtsvordering moet dragen een van de belangrijkste redenen is voor het beperkte aantal ingestelde procedures, stelt de huidige bijdrage de vraag naar de mogelijkheid voor de groepsvertegenwoordiger om een beroep te doen op derde financiering.

1. INTRODUCTION – L'ÉQUILIBRE RECHERCHÉ PAR LE LÉGISLATEUR

1. Selon les travaux préparatoires de la loi du 28 mars 2014 relative à l'action en réparation collective³ (la « Loi »), le succès de cette procédure « *dépendra de la qualité de l'équilibre trouvé entre, d'une part, la volonté d'assurer un accès effectif par les consommateurs aux bénéfices de ce recours et, d'autre part, la nécessité d'éviter le recours abusif de cette action en réparation contre les entreprises* »⁴. Cet équilibre général recherché par la loi trouve une application particulière en matière de frais et de financement de l'action, pour lesquels un « *équilibre entre accessibilité et responsabilisation du requérant a été recherché* »⁵.

2. D'une part, l'action en réparation collective est présentée dans la loi comme un moyen de favoriser l'accès à la justice pour les consommateurs en regroupant le traitement de leurs réclamations⁶. La loi vise principalement à faciliter l'accessibilité des réclamations modestes au système judiciaire⁷. Il s'agit de permettre la réparation de dommages dits « *diffus* »⁸, lesquels sont traditionnellement définis comme des dommages peu importants, supportés par les demandeurs, mais dont l'incidence réduite décourage en pratique l'introduction d'actions en réparation individuelles (on parle à cet égard de « *rational apathy* » ou d'apathie rationnelle

dans le chef des consommateurs). Ainsi, en insérant ce type de procédure dans le droit belge, le législateur vise à permettre la réparation de dommages qui ne font pas l'objet de recours selon les procédures ordinaires en pratique parce que les victimes de ceux-ci sont réticents à s'investir dans un recours souvent long, coûteux, incertain ou moralement pénible à vivre. Le renforcement de l'accès à la justice se réaliserait par le biais d'une levée des obstacles, financiers en particulier, dissuadant les personnes lésées d'introduire une action individuelle. Le procédé de collectivisation des recours individuels permettrait de concentrer les coûts de la justice dans une seule action. L'allègement des coûts devrait avoir pour effet d'abaisser le seuil à partir duquel il devient profitable de présenter une réclamation au tribunal⁹. Un tel mécanisme procédural viserait donc à encourager l'accès à la justice à de nombreux consommateurs préjudiciés dans des domaines où des entreprises peu scrupuleuses pourraient compter sur leur inertie. En encourageant les particuliers à faire valoir leurs droits, la loi permettrait également d'assurer le respect, par les entreprises, de leurs obligations légales et contractuelles. Ce mécanisme de « *private enforcement* » serait donc bénéfique pour l'ensemble de la société.

³. Loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un Titre 2 « De l'action en réparation collective » au Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XVII dans le Livre I^{er} du Code droit économique (*M.B.*, 29 avril 2014, pp. 35.201-35.211).

⁴. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, pp. 10 et 11.

⁵. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 12.

⁶. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, pp. 7, 10 et 15.

⁷. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, pp. 5 à 7.

⁸. Pour une étude approfondie de ce type de dommage, voy. I. N. TZANKOVA, *Strooischade, Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2005.

⁹. B. ALLEMEERSCH et M. PIERS, « De invoering van een class action in België naar Amerikaans model », in G. CLOSSET-MARCHAL et J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Naar een class action in het Belgisch recht?/Vers une class action en droit belge?*, Bruxelles-Bruges, la Chartre-die Keure, 2008, pp. 1 et s.; W. EYSKENS et N. KALUMA, « La class action et le droit belge. Va-et-vient de part et d'autre de l'Atlantique », *J.T.*, 2008, n° 4; G. DE LEVAL, *Le citoyen et la justice civile: un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, Bruylant, 2006, p. 96.

3. Cependant, d'autre part, soucieux d'éviter les « *écueils de la 'class action' à l'américaine* »¹⁰ et les recours abusifs¹¹, le législateur a entendu mettre en place une série de garde-fous: l'action est réservée à des représentants de groupe réunissant certaines qualités, la procédure est soumise à un filtre de conditions de recevabilité spécifiques, les dommages et intérêts punitifs et les pactes de *quota litis* restent interdits, le juge se voit accorder un large pouvoir d'appréciation sur plusieurs points essentiels¹², etc.

4. Le plus emblématique de ceux-ci consiste sans doute dans l'énumération exhaustive par l'article XVII.39 du Code de droit économique des « *ideological plaintiffs* »¹³ – soit des requérants intéressés non pas par leur enrichissement personnel mais par la défense de certaines valeurs (telle la protection du consommateur ou, bientôt, des P.M.E.) – pouvant représenter le groupe en justice¹⁴. Les « *ideological plaintiffs* » joueraient dès lors le rôle de « *gatekeepers* », en n'investissant pas dans des cas frivoles ou dépourvus de fondement dans l'objectif d'en tirer profit¹⁵. Le financement de l'action serait en outre facilité par le fait que les « *ideological plaintiffs* » disposeraient de moyens financiers importants grâce aux contributions de leurs membres, aux subsides publics ou à d'autres sources de revenus¹⁶.

Les travaux préparatoires précisent encore que l'absence d'enrichissement du requérant est à la base de l'équilibre du système mis en place par la loi¹⁷, et qu'il serait inopportun de

permettre à des personnes physiques de représenter le groupe parce qu'elles pourraient faire de l'introduction d'actions en réparation collective une activité lucrative à part entière¹⁸. La loi prévoit dès lors que l'indemnité due par le défendeur au représentant du groupe ne pourra excéder les frais exposés par ce dernier (voy. *infra*, n° 18).

5. On relèvera que, le 22 mars 2018, la Chambre¹⁹ a adopté un projet de loi visant à étendre le champ d'application de l'action en réparation collective aux P.M.E.²⁰. Il prévoit le maintien du monopole des « *ideological plaintiffs* » mais, logiquement, que les organisations représentatives des P.M.E. pourront également agir au nom du groupe, sur un modèle similaire à celui en vigueur pour les organisations représentatives des consommateurs²¹. Nous ne nous étendrons pas plus avant sur ce projet, qui fait l'objet d'une contribution distincte par E. Plasschaert dans le présent numéro, si ce n'est pour souligner ses conséquences potentielles quant aux mécanismes de financement de l'action en réparation collective.

6. Faire partie des personnes autorisées par l'article XVII.39 du Code de droit économique est une condition nécessaire mais non suffisante pour être désigné représentant du groupe. Le candidat-représentant doit également être considéré comme « adéquat » par le juge (art. XVII.36, 2°), au terme d'une analyse *in concreto*²².

¹⁰. Les critiques traditionnellement formulées à l'encontre de la class action américaine portent sur le coût très élevé de ces actions, dont la croissance aurait des effets directs sur l'économie américaine prise dans son ensemble (hausse des primes d'assurances répercutée sur les prix des biens et des services et faillites d'entreprises) et la judiciaireisation de la vie économique, en général, et des relations entre consommateurs et professionnels, en particulier. Les reproches concernent également le système de rémunération des avocats qui peut consister en un pourcentage des indemnités obtenues par les membres de la class (les *contingency fees*) et qui profiterait plus aux avocats qu'aux victimes. Le système de la class action est finalement critiqué au motif qu'elle serait source de conflits d'intérêts: entre l'avocat et les personnes qu'il représente, entre demandeurs et entre avocats.

¹¹. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 11.

¹². Voy. not. M. TAEYMANS, « Consumenten kunnen collectieve vordering instellen », *Juristenkrant*, 26 mars 2014, n° 286, p. 1.

¹³. Sur cette notion, voy. S. VOET, « Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering: vier bouwstenen voor een Belgische class action », *R.W.*, 2012-2013, n° 18, pp. 689-690, n°s 15 à 18; K.S. KOPLAN, « Ideological Plaintiffs, Administrative Lawmaking, Standing and the Petition Clause », *Maine Law Review*, vol. 61:2, spec. pp. 381-383; *exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 25.

¹⁴. Soit les associations de défense des intérêts des consommateurs ayant la personnalité juridique et siégeant à la Commission consultative spéciale Consommation ou agréées par le ministre (art. XVII.39, 1°); les associations ayant la personnalité juridique depuis 3 ans au moins, agréées par le ministre, dont l'objet social est en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe et qui ne poursuivent pas durablement de but économique (art. XVII.39, 2°); uniquement dans le cadre de l'homologation d'un accord de réparation collective, le Service de médiation pour le consommateur (art. XVII.39, 3°); et une entité représentative agréée par un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pour agir en représentation et qui répond aux conditions du point 4 de la recommandation n° 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 (voy. à cet égard *infra*, note 84).

¹⁵. S. VOET, *Cultural dimensions of groupe litigation: The Belgian case*, accessible à www.works.bepress.com/stefaan_voet/1, pp. 29-30.

¹⁶. S. VOET, *Cultural dimensions of groupe litigation: The Belgian case*, accessible à www.works.bepress.com/stefaan_voet/1, p. 29.

¹⁷. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, pp. 12 et 34.

¹⁸. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 25.

¹⁹. Projet de loi du 22 mars 2018 portant modification, en ce qui concerne l'extension de l'action en réparation collective aux P.M.E., du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54-2907/006.

²⁰. Soit toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique qui occupe moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros (art. 1^{er} et 2 de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.*, L. 124, 20 mai 2003, pp. 36-41, auquel il est fait référence par le projet de loi).

²¹. Pourront ainsi agir en qualité de représentant (i) une organisation interprofessionnelle de défense des intérêts des P.M.E. dotée de la personnalité juridique pour autant qu'elle siège au Conseil supérieur des Indépendants et des P.M.E. ou qu'elle soit agréée par le ministre sur base des critères à déterminer par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, (ii) une association dotée de la personnalité juridique, agréée par le ministre, dont l'objet social est en relation directe avec le préjudice collectif subi par le groupe et qui ne poursuit pas de manière durable un but économique et (iii) une entité représentative agréée par un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pour agir en représentation et qui répond aux conditions du point 4 de la recommandation n° 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 (voy. art. 4 du projet de loi).

²². *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 26.

La loi est muette sur les critères devant être pris en compte par le juge pour apprécier le caractère adéquat du candidat-représentant, tout comme elle l'est sur les critères devant être suivis par le ministre pour lui accorder son agrément. Les travaux préparatoires n'offrent pas non plus de réponse claire sur ces deux points. Au regard des frais importants devant être engagés par le représentant du groupe afin de défendre au mieux les intérêts de ce dernier (voy. *infra*, 2.), la capacité financière du candidat-représentant nous semble

devoir constituer l'un de ces critères²³. La recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif dans l'Union²⁴ et sa proposition de directive du 11 avril 2018 visant à instaurer dans l'ensemble de l'Union un mécanisme d'action représentative pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs²⁵ le posent d'ailleurs en principe.

2. LES COÛTS D'UNE ACTION EN RÉPARATION COLLECTIVE POUR LE REPRÉSENTANT

2.1. Frais susceptibles d'être exposés

7. Cohérent avec son objectif de responsabilisation du requérant, le législateur a souligné que celui-ci « prend un risque financier en introduisant une action en réparation collective, de sorte qu'il a tout intérêt à bien l'évaluer au préalable »²⁶. Les frais susceptibles de devoir être exposés par le requérant sont en effet nombreux et potentiellement élevés²⁷.

8. *Frais « opérationnels »*: mener à bien une action en réparation collective sera susceptible d'entraîner d'important coûts que l'on qualifiera « d'opérationnels » pour le représentant. Il lui faudra tout d'abord estimer avec une grande rigueur les mérites des situations susceptibles d'entraîner son intervention. Il devra ensuite, avec l'aide de son conseil, établir les faits et évaluer aussi précisément que possible l'ampleur du préjudice collectif ainsi que le nombre et les catégories de personnes lésées²⁸. Dans certaines situations, cette évaluation pourra s'avérer particulièrement complexe et technique. On pense, par exemple, à l'évaluation du

dommage entraîné par une coupure de courant à grande échelle, aux préjudices corporels ou encore aux préjudices résultant d'infractions au droit de la concurrence²⁹. Le représentant participera également aux négociations, susceptibles de durer plusieurs mois³⁰, d'un éventuel accord collectif avec l'entreprise défenderesse. En cas d'échec de ces négociations, il devra assurer le suivi de la procédure contentieuse. Il lui incombera également de gérer les contacts avec les consommateurs qui se feront connaître comme membres du groupe dans une procédure d'inclusion (ou « *opt-in* ») ou, dans toutes les hypothèses, qui s'informeront sur l'état de la procédure. Il aura par ailleurs à instruire son conseil et rester en étroit contact avec celui-ci. Enfin, le représentant devra s'assurer que le liquidateur exécute correctement l'accord homologué ou la décision sur le fond, en particulier qu'il établisse correctement la liste des membres du groupe. L'ensemble de ces tâches entraînera de conséquents frais de personnel, voire de conseils techniques externes.

9. *Frais d'avocats*: une action en réparation collective entraîne également un travail considérable pour le conseil du

²³ Les travaux préparatoires vont en ce sens, en affirmant que la représentation du groupe par une personne physique n'est pas souhaitable dans la mesure où le représentant doit avoir la capacité de supporter les risques financiers liés à la procédure; *exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 25. En ce sens, voy. égal. H. BOULARBAH, « Class/collective actions in Belgium: overview », *PLC Class Actions Global Guide*, août 2015, accessible à : www.global.practicallaw.com, question n° 11; F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *R.D.C.*, 2014/6, p. 575; E. FALLA, « Le recours collectif en droit de la consommation. Présentation de la loi belge », in A. PUTTEMANS (COOR.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 144.

²⁴ « Les entités représentatives devraient être tenues de justifier de la capacité administrative et financière nécessaire pour représenter l'intérêt des demandeurs de façon adéquate. »; recommandation n° 2013/396/UE de la Commission européenne du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, *J.O.*, L. 201, 26 juillet 2013, p. 61, considérant n° 18.

Voy. aussi le n° 4, c) : « les entités devraient avoir une capacité suffisante, sur le plan des ressources financières, des ressources humaines et de l'expertise juridique, pour représenter plusieurs demandeurs au mieux de leurs intérêts ».

²⁵ Proposition de directive du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE relative aux actions en cessation, COM(2018)/0184 final, article 7 (1).

²⁶ *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 13.

²⁷ La Commission européenne le souligne en mettant en exergue « notamment les frais de procédure, la rémunération des représentants légaux, les frais de participation à l'audience, les frais de gestion générale du dossier, le coût des expertises »; communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013) 401 final, 11 juin 2013, p. 17 et note infrapaginale n° 46.

²⁸ Ces éléments devant être contenus dans la requête introductive d'instance de l'action (art. XVII.42, § 1^{er}, 2^o et 4^o) et dans l'éventuel accord de réparation collective (art. XVII.45, § 3, 2^o et 3^o).

²⁹ Voy. Commission européenne, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du T.F.U.E., SWD(2013) 205; X. TATON, « Quelle méthode pour l'évaluation concrète du dommage économique? L'exemple des infractions au droit de la concurrence », *R.D.C.*, 2013/10, p. 1050.

³⁰ Voy. art.s XVII.43, § 2, 8^o et XVII.45, § 1^{er}, al. 2.

représentant. Il pourra être consulté, à titre préliminaire, afin d'évaluer les chances de succès de l'action. Il aura ensuite à assister et représenter l'association initiatrice de l'action dans le cadre des négociations et/ou d'une éventuelle procédure contentieuse.

10. Frais de publicité: l'information des consommateurs quant au déroulement de la procédure est évidemment un élément clé d'une action en représentation. Il est ainsi prévu que la décision de recevabilité (art. XVII.43, § 3), l'ordonnance d'homologation d'un éventuel accord collectif (art. XVII.50) et la décision du juge sur le fond (art. XVII.55) doivent être publiées au *Moniteur belge* et sur le site web du SPF Economie. Par ailleurs, le juge peut ordonner des mesures additionnelles de publicité de la décision de recevabilité s'il l'estime nécessaire (art. XVII.45, § 2, 9°). Il pourra s'agir d'une lettre à adresser à la clientèle de l'entreprise défenderesse, ou encore d'une annonce dans les grands quotidiens du pays³¹.

11. Frais et dépens de la procédure: ceux-ci comprendront les droits de greffe et d'enregistrement divers mais aussi, et surtout, le coût des mesures d'instruction ordonnées par le juge. On pense en particulier aux frais et honoraires des experts dans les matières les plus techniques. Lors de la négociation d'un accord de réparation collective, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, le juge pourra également désigner un médiateur agréé, dans les mêmes conditions qu'à l'article 1734 du Code judiciaire (art. XVII.45, § 2). Avant que la procédure n'aboutisse, dans un sens ou dans l'autre, le requérant devra donc avancer les droits de greffe et d'enregistrement divers, qui représentent un montant limité au regard de l'ensemble de la procédure, mais pourra également devoir avancer des provisions, conséquentes³², pour les frais et honoraires des experts (art. 987 C. jud.). En cas de succès de son action, le représentant pourra en obtenir le remboursement dans l'accord en réparation collective ou la décision du juge sur le fond (voy. *infra*, n° 20). Par contre, en cas d'échec, ces frais seront mis, pour leur totalité et définitivement, à charge du représentant. Celui-ci devra également participer aux frais de conseil de l'entreprise défenderesse en s'acquittant d'une indemnité de procédure (voy., *infra*, n° 16).

12. Frais liés aux risques en matière de responsabilité civile³³: si, dans la plupart des cas, le représentant bénéficiera de la responsabilité atténuée du mandataire à titre gratuit (art. 1992, al. 2, C. civ.), il n'en reste pas moins qu'il sera

susceptible d'engager sa responsabilité dans de nombreuses hypothèses: non-respect de délais légaux, problèmes de définition de la classe, calcul erroné du préjudice de certains consommateurs dans le cadre de l'accord en réparation collective, etc. Un tel risque pourrait être couvert par les assurances professionnelles/protection juridique des représentants, moyennant une éventuelle augmentation de leurs primes.

13. On relèvera que les frais et honoraires du liquidateur – qui, en toute hypothèse, ne seront dus qu'en cas de succès de l'action (conclusion d'un accord collectif ou décision favorable au fond) – sont à charge du défendeur succombant et, partant, ne devront pas être supportés par le représentant (art. XVII.61, § 2, al. 2).

14. Les frais du représentant seront d'autant plus importants que la procédure sera longue et technique. Or, si les parties n'arrivent pas à atteindre un accord rapidement, celle-ci sera susceptible de durer plusieurs années. La phase de négociation seule, obligatoire et d'une durée minimale de 3 mois, pourra ainsi prendre plusieurs mois³⁴. Les voies de recours de droit commun restent par ailleurs applicables à l'action en réparation collective, et il se peut que le représentant doive donc faire face aux coûts d'une longue procédure d'appel, voire de cassation.

2.2. Conséquence d'un échec de l'action

15. Si l'action en réparation collective devait être déclarée irrecevable ou être rejetée sur le fond, le représentant du groupe devra tout d'abord supporter ses propres frais. Il n'en sera autrement que dans l'hypothèse où un tiers financeur aurait accepté de prendre à sa charge l'ensemble des coûts de la procédure, en ce compris les frais « opérationnels » du représentant. Relevons que, même dans l'hypothèse où un cabinet d'avocats aurait accepté de mener l'action *pro bono publico*, le représentant aura néanmoins exposé ses frais « opérationnels » et, éventuellement, de conseil technique.

16. Ce ne sera cependant pas tout. En effet, afin que « le requérant prenne la mesure de sa décision d'ester en justice »³⁵, le législateur n'a pas suivi la partie de la doctrine qui préconisait, au nom des avantages qu'apporterait un système d'action collective efficient pour la société dans son ensemble (voy. *supra*, n° 2), un système asymétrique en faveur du représentant, qui bénéficierait du remboursement de ses frais de justice en cas de succès de son action mais

^{31.} *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 31.

^{32.} Le montant de la provision épousant habituellement au plus près le montant réel des honoraires. Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Les coûts de l'expertise », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et R. DE BRIEY (dirs.), *L'expertise judiciaire: des réformes aux pratiques*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 94, n° 6.

^{33.} Sur cette question, voy. G. RENIER et B. TOUSSAINT, « L'action en réparation collective appliquée aux produits bancaires, financiers et d'assurances », *Dr. banc. fin.*, 2015/3, p. 172; F. LONGFILS, « De la class action dans le secteur des assurances à l'assurance de la class action », *Bull. ass.*, 2015/1, pp. 32 et 33, n° 67.

^{34.} Voy. art. XVII.43, § 2, 8° et XVII.45, § 1^{er}, al. 2.

^{35.} *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 13.

n'aurait pas à s'acquitter des frais de justice du défendeur en cas d'échec³⁶. Le législateur a rejoint sur ce point la recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, qui avait préconisé « *que la partie qui succombe dans un recours collectif rembourse les frais de justice dûment engagés par la partie gagnante (principe selon lequel le perdant est condamné aux dépens)* »³⁷.

17. En cas d'échec de son action, le représentant devra donc, conformément au droit commun, s'acquitter des frais et dépens (art. 1017 et s. C. jud.), en ce compris une indemnité de procédure au profit de la ou des entreprise(s) défenderesse(s) (art. 1022 C. jud.) et le coût des différentes mesures de publicité intervenues durant l'instance (art. XVII.54, § 4, C.D.E.). Il est vraisemblable que, dans les affaires complexes, le juge accordera une indemnité de procédure maximale. Si plusieurs entreprises étaient co-défenderesses, l'indemnité pourra en outre être doublée (art. 1022, al. 5, C. jud.). Dans les affaires évaluables en argent portant sur des montants de plus d'un million d'euros, l'indemnité de procédure sera donc susceptible d'atteindre 72.000 EUR, tant en première instance qu'en appel³⁸. Les autres frais et dépens pourraient s'avérer plus élevés si des expertises devaient être ordonnées par le juge³⁹.

2.3. Conséquences du succès de l'action

2.3.1. En cas d'accord collectif

18. Le représentant peut tout d'abord obtenir gain de cause suite à la négociation d'un accord de réparation collective avec l'entreprise défenderesse. Dans ce cas, la loi prévoit que ce dernier indique le « *montant de l'indemnité due par*

le défendeur au représentant du groupe; ce montant ne peut excéder les frais réels exposés par le représentant » (art. XVII.45, § 3, 8°). Le juge devra refuser d'homologuer l'accord si le montant de cette indemnité « *excède les frais réellement supportés par le représentant du groupe* » (art. XVII.49, § 2).

Le texte de la loi n'admet donc pas que le représentant réalise un quelconque bénéfice, mais uniquement qu'il soit indemnisé des « *frais réellement supportés* ». Cette notion vise-t-elle (i) uniquement ses frais de justice et l'indemnité de procédure ou (ii) l'ensemble de ses frais (frais « opérationnels », frais de conseil technique, frais d'avocats excédant l'indemnité de procédure⁴⁰, frais de publicité⁴¹, etc.)?

L'*exposé des motifs* est confus cet égard, et semble permettre les deux interprétations. D'une part, il indique que « *lorsque les parties concluent un accord amiable en vue d'une réparation collective, elles y règlent la question de la répartition des frais et dépens de procédure. Le juge refuse d'homologuer l'accord si les montants convenus pour l'indemnité dépassent les frais du représentant* »⁴² et que « *L'indemnité de procédure et les frais doivent être strictement calculés sur base des rapports de mission rédigés par le représentant du groupe et selon les modalités déterminées par le Code judiciaire et le Roi en matière de dépens* »⁴³. Cependant, à l'appui de la deuxième interprétation, il précise aussi que « *L'article XVII.45, § 3, 8°, dispose que cette indemnité ne peut excéder les frais réels exposés par le représentant pour mener la procédure.* »⁴⁴.

Quelle que soit l'interprétation retenue, il conviendra que les frais du représentant soient dûment établis, afin qu'ils ne constituent pas un moyen détourné pour le représentant de tirer profit de son intervention⁴⁵. Il est également exclu que

³⁶ Voy. not. S. VOET, *Cultural dimensions of groupe litigation: The Belgian case*, accessible à www.works.bepress.com/stefaan_voet/1, p. 32 et références citées en note infrapaginale n° 107.

³⁷ Recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, précitée en note 24, n° 13.

³⁸ A l'exception de l'instance en cassation, la Cour de cassation considérant que les caractéristiques propres du recours en cassation excluent que soit incluse dans ces dépens l'indemnité de procédure prévue à l'art. 1022 du Code judiciaire. Voy. Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1763, n° 416 et Concl. Av. gén. Ph. DE KOSTER; A. DECRÔES, « Indemnité de procédure et instance de cassation », *J.T.*, 2011/27, pp. 563 et s.

³⁹ A titre exemplatif, pour l'année 2014, les frais d'expertises ont représenté 52% de l'aide totale accordée par le fonds d'aide au recours collectif québécois (contre 33% pour les honoraires d'avocats). Voy. le rapport annuel 2013-2014 du Fonds d'aide aux recours collectifs, accessible à: www.farc.justice.gouv.qc.ca/, p. 12.

⁴⁰ Les règles en matière d'indemnité de procédure ne sont en effet pas d'ordre public, et rien n'empêche les parties de déroger aux montants *minima* et *maxima* fixés par le Roi. Voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2008/3, pp. 52-53 et références citées en note infrapaginale n° 152.

⁴¹ Art. XVII.45, § 3, 9°, C.D.E.

⁴² *Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 13.

⁴³ *Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 34.

⁴⁴ Voy. égal. le rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 37. L'*exposé des motifs* va même jusqu'à indiquer que « *le résultat de l'action ne peut, en aucun cas, avoir pour effet d'enrichir le représentant du groupe au-delà de la juste rémunération de ses prestations et du remboursement de ses frais* » (*exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 12). Il ressort cependant du texte de la loi que le représentant ne pourra bénéficier d'aucune rémunération.

⁴⁵ Voy. le rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 37 (« *Il appartient au représentant de négocier cette indemnité avec l'entreprise sur la base des éléments de preuve qu'il est en mesure de produire. Le juge effectue un contrôle marginal de ce montant durant la phase d'homologation.* »). Il est intéressant de constater que cette question fait l'objet de débats spécifiques aux Pays-Bas dans le cadre de la procédure WCAM ouverte suite à l'affaire *Fortis*. Bien qu'aucune disposition légale spécifique ne le requiert, la cour d'appel d'Amsterdam, appelée à se prononcer sur l'homologation d'un accord transactionnel intervenu entre les organisations représentatives d'actionnaires et Ageas (successeur légal du groupe Fortis), a requis de ces dernières qu'elles exposent et documentent les frais qu'elles ont encourus et leur modèle de revenus (voy. Amsterdam, 5 février 2018, R.G. 200.191.713/01, accessible à www.rechtspraak.nl et sur www.forsettlement.com).

l'indemnité et les frais du requérant soient déduits du montant évalué du dommage à réparer au bénéfice des membres du groupe⁴⁶. Il faudra en outre s'attendre à ce que le représentant demande dans le cadre de négociations à l'entreprise défenderesse de supporter l'ensemble de ses coûts, alors même que l'accord en réparation collective ne constitue pas une reconnaissance de responsabilité ou de culpabilité⁴⁷.

19. Ainsi que nous l'observerons au point suivant, en l'absence d'accord collectif et si la procédure devait s'achever par une décision au fond en faveur du requérant, ce dernier ne pourra pas obtenir le remboursement de l'ensemble des frais qu'il aura exposés, en particulier de ses frais de conseil excédant l'indemnité de procédure. Si la notion de « *frais réellement supportés* » devait être interprétée comme englobant l'ensemble des frais de l'action (sans être limitée aux frais de justice et à l'indemnité de procédure), le représentant aura donc un intérêt financier manifeste à aboutir à une solution négociée avec l'entreprise défenderesse.

2.3.2. En cas de décision au fond

20. Contrairement à ce que nous venons d'observer en matière d'accord collectif, aucune disposition de la loi ne traite des frais du représentant dans l'hypothèse d'une décision sur le fond⁴⁸. Rien n'indique que le juge devrait s'écarter du droit commun à cet égard.

La question des frais et dépens sera donc réglée par les articles 1017 et s. du Code judiciaire, et le représentant pourra obtenir de l'entreprise défenderesse succombante le remboursement de ses frais de justice (en particulier des mesures d'expertise).

Par application de l'article 1022 du Code judiciaire, il ne pourra par contre obtenir qu'une contribution forfaitaire dans ses frais d'avocats (l'indemnité de procédure). Elle est fixée par le juge, sur la base des critères limitativement énu-

mérés par le Code judiciaire⁴⁹, et dans les limites des montants minimaux et maximaux fixés par le Roi⁵⁰. Ces montants dépendent de la valeur de la demande, et si les faits sont complexes, le juge accordera au représentant une indemnité de procédure maximale. Même dans ce cas, l'indemnité de procédure ne pourra dépasser le montant de 72.000 EUR pour chacune des instances⁵¹ (si la demande est évaluable en argent et que son montant atteint 1 million d'euros). Son montant sera donc généralement largement insuffisant pour couvrir les frais d'avocats réellement déboursés par le représentant, en l'absence d'un accord spécifique avec ces derniers (voy. *infra*, n° 41).

21. Qu'en sera-t-il des autres frais engagés par le représentant? On sait que, depuis un arrêt du 2 septembre 2004, la Cour de cassation considère que les frais et honoraires d'avocat et de conseil technique peuvent constituer un élément du dommage du demandeur⁵². Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la réparation de ce dommage doit être accordée par le juge lorsque quatre conditions sont réunies: (i) l'existence d'une faute dans le chef du défendeur, (ii) d'un dommage subi par le demandeur, (iii) d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage et (iv) que le demandeur démontre que ces frais ont été nécessaires en vue de faire valoir son droit à l'indemnisation de son dommage⁵³.

La répétibilité des frais et honoraires d'avocat est désormais, exclusivement⁵⁴, régie par la loi du 21 avril 2007⁵⁵ dont les principes ont été brièvement rappelés ci-dessus. Cette jurisprudence de la Cour de cassation reste toutefois applicable aux autres frais exposés par le demandeur, en particulier les frais et honoraires de conseil technique nécessaires à l'établissement des faits et du préjudice⁵⁶. Il n'est cependant pas acquis que la jurisprudence accepte, hors subrogation conventionnelle⁵⁷, qu'un représentant puisse obtenir une telle indemnisation dans la mesure où celle-ci est désormais considérée par la Cour de cassation comme constituant un poste du dommage de la victime. Or, le représentant n'est pas

46. *Exposé des motifs, Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 34.

47. Art. XVII.46 C.D.E.

48. L'art. XVII.54 du Code de droit économique, qui détermine les mentions obligatoires de la décision sur le fond, ne traite ainsi pas des frais du représentant.

49. Il s'agit (i) de la capacité financière de la partie succombante (uniquement pour diminuer le montant de l'indemnité), (ii) de la complexité de l'affaire, (iii) des indemnités contractuelles convenues pour la partie qui obtient gain de cause, et (iv) du caractère manifestement déraisonnable de la situation (art. 1022, al. 3, C. jud.).

50. Arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat (*M.B.*, 9 novembre 2007, p. 56.834).

51. A l'exception de l'instance en cassation. Voy. *supra*, note 38.

52. Cass., 2 septembre 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 356. Voy. égal.: Cass., 28 février 2002, *Bull. ass.*, 2002. La jurisprudence de la Cour était antérieurement établie en ce sens que les frais et honoraires des avocats et conseils techniques ne constituaient pas un élément du dommage de la victime mais avait uniquement pour objet l'assistance de cette victime afin qu'elle obtienne la réparation de son dommage. Voy. not. Cass., 11 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 841; Cass., 18 juin 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 1121; Cass., 20 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 848.

53. P. KNAEPEN, « Le point sur la répétibilité des frais et honoraires de conseil technique » (note sous Cass., 1^{er} mars 2012), *For. Ass.*, 2013/1, p. 16.

54. L'art. 1022, al. 6, du Code judiciaire dispose que « *Aucune partie ne peut être tenue au paiement d'une indemnité pour l'intervention de l'avocat d'une autre partie au-delà du montant de l'indemnité de procédure* ». Cette disposition n'est cependant pas d'ordre public et les parties peuvent y déroger de commun accord. Voy., *supra*, note 40.

55. Loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat (*M.B.*, 31 mai 2007, p. 29.541).

56. Cass., 1^{er} mars 2012, *For. Ass.*, 2013/1, p. 14. Voy. égal. C.C., 5 février 2009, n° 15/2009, accessible sur le site web de la Cour.

57. Qui sera difficile à organiser en pratique par le représentant, en particulier lorsqu'un système d'opt-out est adopté.

directement victime du dommage dont la réparation est demandée dans le cadre de l'action en réparation collective.

En tout état de cause, le remboursement des frais de personnel du représentant nous apparaît encore plus douteux. La Cour de cassation a certes validé le raisonnement de la cour d'appel de Mons qui, par un arrêt du 26 mai 2010, a considéré que la rémunération d'un fonctionnaire fiscal, distraité de ses tâches habituelles et affecté au suivi d'un dossier long et complexe, consistait un dommage réparable dans le chef l'Etat belge⁵⁸. Par un jugement du 17 juin 2010, le tribunal de commerce de Bruxelles a toutefois considéré que les « *frais internes de suivi du contentieux* », dont le demandeur demandait la réparation, ne constituaient pas un dommage dans la mesure où « *ils forment des dépenses participant de la vie normale d'une entreprise* »⁵⁹. Le représentant ayant été, par hypothèse, agréé et jugé adéquat en raison de sa capacité à assurer la mise en œuvre de l'action (voy. *supra*, n° 5), en termes de personnel compétent notamment, il lui sera difficile de démontrer que ses frais de personnel ne relèvent pas de sa « *vie normale* ».

22. Finalement, soulignons qu'il serait exclu d'utiliser le reliquat, qui pourrait survenir lorsque le montant global auquel le défendeur est condamné à verser au liquidateur est supérieur à la somme des revendications des membres du groupe qui se manifestent au stade de la distribution, afin d'indemniser le représentant de l'ensemble de ses frais.

3. UN ÉQUILIBRE DOUTEUX

23. La procédure d'action en réparation collective répond-elle à l'objectif affiché du législateur d'assurer un équilibre entre un accès effectif par les consommateurs aux bénéfices de celle-ci et la nécessité d'éviter le recours abusif à cette action?

Il semble hautement probable qu'un tel reliquat existe lorsque le système d'option d'exclusion sera retenu et que l'évaluation du dommage se fera sur une base globale. Le défendeur pourrait se voir condamné au paiement d'un montant fixé alors même que l'identité, le nombre exact de membres, et partant le montant exact de leurs réclamations, ne sont pas déterminés. Cette détermination ne pourra alors intervenir qu'au stade de la distribution de l'indemnité, les bénéficiaires potentiels de la condamnation étant appelés à se manifester au moment de la publication de la décision sur le fond ou de l'accord homologué. De plus, quand bien même le nombre de membres et le montant de leurs réclamations pourraient faire l'objet d'une évaluation précise, encore faut-il que ces membres se manifestent pour réclamer leur dû⁶⁰. La loi prévoit à cet égard que le juge détermine l'usage que l'entreprise défenderesse doit faire du solde éventuellement restant (art. XVII.61, § 2).

L'*exposé des motifs* accorde au juge un « *pouvoir souverain d'appréciation large en la matière* » mais souligne que le reliquat devrait soit revenir au défendeur, ce qui paraît évident et justifié si les bénéficiaires de la décision négligent de faire valoir leurs droits, soit être utilisé par le défendeur pour accorder une indemnité compensatoire (comme la diffusion d'un bon de réduction ou la distribution gratuite d'un produit)⁶¹. Le reliquat vise donc uniquement à indemniser le préjudice subi par les consommateurs⁶² et ne pourrait être reversé au représentant, qui ne peut tirer aucun bénéfice de la procédure.

24. Ainsi que nous venons de l'observer, le représentant devra faire face à des coûts considérables en cas d'échec de son action alors que le succès de celle-ci ne l'assurera pas forcément du remboursement complet des frais qu'il aura exposés, en particulier de ses frais « opérationnels » et des honoraires d'avocat non couverts par l'indemnité de procé-

^{58.} « *Devant les juges d'appel, le demandeur avait contesté l'existence d'un dommage résultant de la rémunération d'un fonctionnaire fiscal chargé de la gestion du dossier. Il soutient que l'arrêt ne répond pas à cette défense et qu'en accueillant la demande ayant cet objet, il viole l'article 1382 du Code civil.*

Avant de relever la complexité du dossier et la durée de l'enquête répressive, l'arrêt considère que le défendeur a dû affecter un fonctionnaire du service du recouvrement pour suivre activement chaque étape de la procédure pénale et conseiller utilement l'avocat assurant la défense de ses intérêts, et que cette tâche ne fait pas partie du recouvrement ordinaire. Il en déduit que la rémunération de ce fonctionnaire n'a pas correspondu aux prestations qui lui incombent normalement et dont il a été distraité.

Par ces considérations, les juges d'appel ont répondu aux conclusions du demandeur et n'ont violé ni la notion de dommage réparable ni celle de lien causal. » (Cass., 25 mai 2011, P.10.1111.F, p. 4, accessible sur le site web de la Cour).

^{59.} Comm. Bruxelles, 17 juin 2010, R.D.C., 2013/1, p. 45.

^{60.} Or, une des critiques les plus virulentes et les plus souvent entendues à l'endroit du recours collectif dans les juridictions qui possèdent déjà ce mécanisme consiste en ce qu'un très petit pourcentage de membres du groupe se manifeste, après un jugement favorable ou un règlement hors tribunal, pour réclamer leur part dans le montant alloué à titre de dommages et intérêts. Les expériences étrangères rapportent, en effet, qu'un faible pourcentage des membres du groupe réclamerait effectivement leur dû. Voy. G.R. TREMBLAY, « La procédure d'autorisation est devenue trop facile », *Le monde juridique*, 2004, n° 3, pp. 7-8; S. POULAIN, « Les règlements de recours collectifs par voie de coupons: la justice sous forme de programme de fidélisation? », in P.-C. LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2010, pp. 23-31; *exposé des motifs*, Doc. parl., Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 42.

^{61.} *Exposé des motifs*, Doc. parl., Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 42.

^{62.} *Exposé des motifs*, Doc. parl., Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 42.

dure⁶³. Par ailleurs, même s'il devait obtenir le remboursement d'une partie de ses frais à l'issue de la procédure, le représentant aura en tout état de cause à avancer ceux-ci afin de mener l'action à son terme⁶⁴. Comment pourra-t-il les financer?

3.1. Absence de financement public

25. Le premier projet de loi, fruit du travail de professeurs de l'Université Libre de Bruxelles et élaboré à la demande du SPF Economie, avait promu la création d'un Fonds public d'aide aux procédures de réparation collective, sur le modèle du droit québécois⁶⁵. Certains parlementaires s'étaient également prononcés en faveur de l'élargissement des missions du Fonds d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, afin qu'il apporte un soutien financier aux représentants⁶⁶.

26. Cependant, aucun mécanisme spécifique de financement de ce type n'a été institué⁶⁷.

Malgré les recommandations de la Commission européenne en ce sens⁶⁸, le droit commun de l'aide juridique et de l'assistance judiciaire n'a pas non plus été adapté, et ces mécanismes ne paraissent pas pouvoir bénéficier au représentant⁶⁹. En effet, ce dernier, nécessairement une personne morale (voy. *supra*, n° 4), ne pourra pas faire de demande d'aide

juridique, que l'article 508/1 du Code judiciaire réserve aux personnes physiques⁷⁰. Théoriquement, il serait concevable qu'il demande la gratuité des frais et dépens de la procédure au titre de l'assistance judiciaire⁷¹. Cependant, il lui incomberait alors de démontrer qu'il ne dispose ni des revenus, ni des actifs⁷², suffisants pour en assumer les coûts (art. 667 C. jud.). Or, les capacités financières du représentant devraient être prises en compte pour son agrément par le ministre de l'Economie ainsi que lors de l'examen de son caractère adéquat par le juge (voy. *supra*, n° 5). Il devra par ailleurs avoir les moyens d'assumer d'importants frais internes et de conseil. Une demande d'assistance judiciaire introduite par le représentant nous semble dès lors vouée à l'échec et contraire, par essence, aux conditions d'adéquation du représentant.

Il n'a pas été fait état d'une quelconque volonté d'offrir un soutien public « indirect » par le biais de l'octroi de subsides (additionnels) à des représentants potentiels. L'association Test-Achats, désignée par les travaux préparatoires de la loi comme l'exemple type d'association susceptible d'introduire un recours⁷³, ne bénéficie ainsi d'aucun subside public⁷⁴.

Enfin, si une autorité publique, le Service de médiation pour le consommateur, peut introduire une action en réparation collective, ce sera uniquement aux fins de conclure un accord de réparation collective. Son action sera donc limitée. Sachant

⁶³. Une problématique qui n'est bien entendu pas propre à l'action en réparation collective.

⁶⁴. En France, où des problèmes similaires de financement des recours collectifs existent, un représentant a récemment indiqué que: « Pour pouvoir enclencher une action de groupe, il faut avancer au minimum 50.000 EUR, en temps de travail, frais d'avocat, suivi des consommateurs (...) Nous avons deux actions de groupe en cours, et nos budgets ne nous permettent plus d'en engager une troisième, même si les sujets ne manquent pas. » (C. PRUDHOMME, « Le flop des 'class actions' à la française », *Le Monde* (édition électronique), 16 février 2018, accessible à www.lemonde.fr).

⁶⁵. A. PUTTEMANS, « L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge », in A. LEGENDRE (dir.), *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 35; H. BOULARBAH, « Des 'actions groupées' vers l'action de groupe': quelle valeur ajoutée pour l'avocat? », in J.-M. JOTTRAND (dir.), *La valeur ajoutée de l'avocat*, Anthemis, 2011, pp. 53 et s.

Le Fonds d'aide au recours collectif québécois, personne morale de droit public, a pour objet « d'assurer le financement des recours collectifs (...) ainsi que de diffuser des informations relatives à l'exercice de ces recours » (Code de procédure civile québécois, chapitre R-2.1, art. 7). C'est au Fonds qu'il appartient, sur base de critères établis par la loi, de décider s'il apporte son aide au représentant (art. 23). Il bénéficiait initialement de fonds publics mais s'autofinance désormais en percevant des contributions sur les sommes obtenues suite aux actions victorieuses. En 2014, 35% des recours collectifs québécois étaient financés grâce à ce fonds (rapport annuel 2013-2014 du Fonds d'aide aux recours collectifs, accessible à www.farc.justice.gouv.qc.ca/).

⁶⁶. Rapport précité du 17 février 2014, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 9.

⁶⁷. S. VOET, « Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit », *D.C.C.R.*, n° 105/2014, p. 21; E. FALLA, « Le recours collectif en droit de la consommation. Présentation de la loi belge », in A. PUTTEMANS (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 143; F. DANIS, E. FALLA et F. LEFÈVRE, « Introduction aux principes de la loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques », *R.D.C.*, 2014/6, p. 574.

⁶⁸. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectif », COM(2013) 401 final, 11 juin 2013, p. 17 et note infrapaginale n° 47.

⁶⁹. Voy. égal. L. FRANKIGNOUL, « L'action en réparation collective ou un mécanisme procédural permettant de prendre le droit au sérieux », *R.G.D.C.*, 2012/5, p. 202; E. FALLA, « Le recours collectif en droit de la consommation. Présentation de la loi belge », in A. PUTTEMANS (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 151.

⁷⁰. « [...] il faut entendre par [...] 2° aide juridique de deuxième ligne: l'aide juridique accordée à une personne physique sous la forme d'un avis juridique circonscrit ou l'assistance juridique dans le cadre ou non d'une procédure ou l'assistance dans le cadre d'un procès y compris la représentation au sens de l'article 728 » (nous soulignons).

⁷¹. Aucune disposition du Code judiciaire n'exclut le bénéfice de l'assistance judiciaire pour les personnes morales. Au contraire, lui-même envisage cette hypothèse pour les sociétés commerciales en état de faillite par le biais de son art. 666. Voy. B. BIEMAR, « Chapitre 4 – L'accès économique à la justice », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, T. 2, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, p. 246 et références citées en note infrapaginale n° 869.

⁷². Cass. (bur. ass. jud.), 17 novembre 2011, n° G.11.0239, accessible sur le site de la Cour.

⁷³. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, pp. 13, 23 et 25.

⁷⁴. « Test-Achats rappelle par ailleurs qu'elle ne reçoit aucun subside de l'Etat ou de sociétés 'afin de garder une indépendance totale et mener à bien notre mission' »; « Test-Achats pourrait gagner gros avec l'opération 'Réduisez votre facture' », *RTBF info* (édition électronique), 15 septembre 2012, accessible à www.rtbf.be/info.

que ce Service ne pourra pas poursuivre la procédure au fond, l'entreprise défenderesse n'aura d'ailleurs que peu d'incitants à conclure un accord avec celui-ci⁷⁵. Il faudra en outre qu'il soit doté de moyens financiers suffisants pour lui permettre de mener à bien la procédure⁷⁶. On pourrait tout de même imaginer que le Service de médiation s'associe avec un représentant potentiel afin que celui-ci poursuive la procédure au fond en l'absence d'accord. Un tel arrangement serait probablement de nature à donner plus de poids au Service lors de la négociation avec l'entreprise défenderesse mais poserait question au regard de son devoir d'indépendance⁷⁷.

27. Interrogé lors des travaux parlementaires sur les difficultés risquant de se poser en matière de financement des actions en réparation collective, le ministre de l'Economie de l'époque a répondu: « [qu']en ce qui concerne le financement, les organisations devront en effet fournir un effort, mais on s'attend à ce que cela réussisse. D'autre part, la procédure ne sera probablement pas d'office onéreuse. Du fait que de nombreux consommateurs s'unissent, les coûts seront encore comprimés »⁷⁸. Il reviendrait donc à l'*ideological plaintiff* d'assumer, sur fonds propres, une procédure « probablement pas d'office onéreuse ».

28. La Commission européenne vient de publier, le 11 avril 2018, une proposition de directive relative aux actions représentatives pour la protection du consommateur afin d'assurer que ce type d'action soit adopté dans l'ensemble de l'Union⁷⁹. Son article 15 impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les coûts procéduraux découlant des actions représentatives ne constituent pas un obstacle financier entravant le droit d'action des représentants (par exemple en limitant les frais judiciaires applicables, en leur permettant d'accéder à l'aide juridique, voire en leur garantissant un financement public). Il conviendra d'observer si la Belgique jugera nécessaire

d'adopter de telles mesures spécifiques pour mettre son droit interne en conformité avec les principes de la directive.

3.2. Fonds propres du représentant

29. En rendant les *ideological plaintiffs* responsables de mener l'action et en ne prévoyant aucun mécanisme de financement spécifique, le législateur semble considérer qu'ils devraient « faire un effort » et financer celle-ci sur fonds propres.

Durant les travaux préparatoire de la loi, le ministre de l'Economie de l'époque a mis en exergue qu'« une association, comme l'ASBL Test-Achats, par exemple, dispose d'un budget pour les litiges et devrait être en mesure d'introduire une action en réparation collective »⁸⁰. L'association elle-même a déclaré être prête à prendre en charge ce type d'action: « Nous nous sommes constitué une expérience suffisante. [...] Notre organisation compte 368 collaborateurs à temps plein qui sont prêts à mener à bien toutes les plaintes »⁸¹; « Cela fait des années que Test-Achats introduit des actions en justice en faveur des consommateurs, par exemple une action en cessation. Cela n'a jamais causé de problème en cas de défaite de Test-Achats en justice, et le coût de ces défaites éventuelles n'ont jamais été répercutés sur les membres de l'organisation. Il n'y a donc aucune raison de penser que cela serait le cas dans le futur. »⁸².

30. Nous l'écrivions peu après l'entrée en vigueur de la loi, compte tenu de son objet social et, surtout, des moyens dont elle dispose, Test Achats semble en effet *a priori* être l'association la plus susceptible d'agir en qualité de représentant⁸³. Il semble d'ailleurs qu'il s'agisse du seul représentant belge⁸⁴ potentiel qui pourra faire face, dans une certaine mesure, aux frais de l'action. Du fait de ses moyens limités, des risques financiers existants et de la durée potentiellement longue

75. Une des critiques émises à l'encontre du système d'action en réparation collective néerlandais introduit, en 2005, par la *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (« WCAM ») était que le responsable des dommages diffus n'était pas incité à négocier car il ne craignait ni les actions individuelles (du fait de la *rational apathy* des victimes d'un dommage de faible ampleur) ni une action collective (dans la mesure où la WCAM ne prévoyait pas de procédure contentieuse, mais uniquement l'homologation de l'accord éventuellement intervenu entre les parties). Voy. A. PUTTEMANS, « L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge », in A. LEGENDRE (dir.), *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 27 et références citées en note infrapaginale n° 22.

76. L'art. XVI.11 du Code de droit économique prévoit qu'il bénéficiera d'une « subvention à charge du budget général des dépenses ».

77. On peut s'interroger sur l'opportunité du choix, par le législateur, d'un service public de médiation pour représenter les consommateurs dans une procédure qui – toute amiable qu'elle soit en principe – les oppose à une ou plusieurs entreprises. En effet, comme le rappelle son règlement (art. 16 du règlement de procédure du Service de médiation pour le consommateur, version du 27 mars 2015, accessible à www.mediationconsommateur.be), et la doctrine (G. RENIER et B. TOUSSAINT, « L'action en réparation collective appliquée aux produits bancaires, financiers et d'assurances », *Forum Financier / Droit bancaire et financier*, 2015/3, p. 176), ce service est tenu à un devoir d'indépendance à l'égard de toutes les parties dans le cadre du règlement extrajudiciaire des litiges.

78. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 17.

79. Proposition de directive du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE relative aux actions en cessation, COM/2018/0184 final.

80. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 25 (voy. égal. pp. 13 et 23).

81. Déclaration de J. MOERS, porte-parole de Test-Achats, citée par E. CLEEREN, « La 'class action' donne à Test-Achats un quasi-monopole », *L'Echo* (édition électronique), 14 mars 2014, accessible à: www.lecho.be.

82. Déclaration de J. MOERS, porte-parole de Test-Achats, citée par E. CLEEREN, « La 'class action' donne à Test-Achats un quasi-monopole », *L'Echo* (édition électronique), 14 mars 2014, accessible à: www.lecho.be.

83. F. LEFÈVRE et G. CROISANT, « L'action en réparation collective: ses coûts et son financement », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dirs.), *L'action en réparation collective*, Anthémis, 2015, pp. 104-105, n° 9.

d'une procédure au fond, Test-Achats ne pourra vraisemblablement mener de front qu'un nombre réduit d'actions⁸⁵.

31. Il résulte ainsi de l'expérience de nos voisins hollandais que, du fait de ressources financières et humaines limitées notamment, les associations protectrices des consommateurs n'interviennent que peu dans les litiges de masse⁸⁶.

Ces préoccupations avaient déjà fait l'objet de débats lors des travaux préparatoires de la loi, un parlementaire considérant qu'« il est tout à fait irréaliste de penser que des associations comme l'ASBL Test-Achats financeront systématiquement ce type d'affaires, d'autant qu'elles ne gagneront pas toujours leur procès, auquel cas elles ne pourront pas récupérer leur investissement et devront assumer les frais. Le 'contingency fee' a notamment pour avantage qu'un tampion est constitué et qu'une compensation est prévue. Quoiqu'il en soit, on n'a manifestement pas réfléchi au financement, et cela risque déjà de constituer un obstacle en soi. Le

projet de loi sous-estime aussi fortement les frais de procédure bruts qu'engendre ce type d'affaires »⁸⁷.

Il avait également été souligné par l'un des auteurs du projet de réforme commandité par le SPF Economie qu'« il est clair que sans un système de financement [des procédures d'action en réparation collective], celles-ci ont peu de chance de connaître le succès. Seule pourra agir une association comptant beaucoup de membres qui acceptent de payer une contribution pour couvrir les frais de la négociation et/ou de la procédure »⁸⁸.

32. Ces constats ont jusqu'à présent été confirmés en pratique. Depuis l'entrée en vigueur de la procédure, le 1^{er} septembre 2014, l'ensemble des actions en réparation collective ont été intentées par Test-Achats. L'organisation en a introduites six, pour quatre décisions intervenues dans trois procédures (limitées pour l'instant à des questions de recevabilité et de choix d'une procédure d'opt-out ou d'opt in)⁸⁹, et

⁸⁴. Initialement, la loi ne visait que les entités belges énumérées à l'art. XVII.39, excluant de ce fait les entités représentatives s'étant vues conférer par d'autres Etats membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen un droit d'action dans le cadre de mécanismes similaires. Cette lacune législative, contraire à la recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013 (points 17 et 18) et critiquée par la doctrine sur la base des principes de droit européen de libre circulation et de libre prestation de services (F. LEFÈVRE et G. CROISANT, « L'action en réparation collective: ses coûts et son financement », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dirs.), *L'action en réparation collective*, Anthemis, 2015, pp. 104-105, n° 9), a été sanctionnée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 mars 2016 (n° 41/2016, spéc. le troisième moyen points B.25. et s.). Le législateur a complété l'art. XVII.39 en adoptant la loi du 18 avril 2017 portant dispositions diverses en matière d'économie (M.B., 24 avril 2018, p. 53.026, art. 36). Le § 4 de cet article dispose désormais que peut agir en tant que représentant « une entité représentative agréée par un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pour agir en représentation et qui répond aux conditions du point 4 de la recommandation n° 2013/396/UE de la Commission du 11 juin 2013 ».

⁸⁵. Comme le soulignait un parlementaire lors des travaux préparatoires, « l'ASBL Test-Achats a ainsi acquis beaucoup de pouvoir et elle refusera peut-être aussi d'intenter certaines actions collectives, ne serait-ce que parce qu'après avoir intenté deux actions collectives, elle n'aura plus envie d'intenter une troisième, coïncant ainsi le consommateur » (rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 13).

⁸⁶. E. FALLA, « Le recours collectif en droit de la consommation. Présentation de la loi belge », in A. PUTTEMANS (coord.), *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 143-144. Voy. N. TZANKOVA, « Funding of mass disputes: lessons from the Netherlands », *Journal of Law, Economics and Policy*, n° 8:3, 2012, pp. 549 et s.

⁸⁷. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 23.

⁸⁸. A. PUTTEMANS, « L'introduction d'une forme d'action collective en droit belge », in A. LEGENDRE (dir.), *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 35.

Ce point avait également été relevé par divers parlementaires lors des débats en Commission de l'Economie de la Chambre ayant précédé l'adoption de la loi (rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, pp. 9 et 23).

Voy. égal. H. BOULARBAH, « Class/collective actions in Belgium: overview », *PLC Class Actions Global Guide*, août 2015, accessible à : www.global.practicallaw.com, question n° 14; S. VOET, « The Crux of the Matter: funding and financing collective Redress Mechanisms », à paraître dans X., *EU Civil Justice: Current Issues and future Outlook*, Hart Publishing, 2015, accessible à www.papers.ssrn.com; L. FRANKIGNOUL, « L'action en réparation collective ou un moyen de prendre le droit au sérieux », *R.G.D.C.*, 2012/5, pp. 201 et 202, n° 16.

⁸⁹. La première action en réparation collective a été intentée par Test-Achats à l'encontre de Thomas Cook en octobre 2015 suite à un retard de 8 heures subi par les passagers du vol Tenerife-Bruxelles de celle-ci. L'action a été déclarée recevable par un jugement du 4 avril 2016 du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, qui a également décidé qu'un système d'opt-in devait être appliqué pour déterminer le groupe de consommateurs lésés (Civ. Bruxelles, 4 avril 2016, R.G. n° 2016/4196, consultable sur le site web du SPF Economie). Thomas Cook a accepté d'indemniser les passagers conformément au règlement européen applicable, mettant fin à la procédure. Le 23 novembre 2015, Test-Achats a ensuite lancé une procédure à l'encontre de la SNCB au nom des voyageurs du service ferroviaire afin d'obtenir une indemnisation pour le service non presté pendant les grèves intervenues entre décembre 2014 et octobre 2015, ainsi qu'une simplification de la procédure d'indemnisation de la SNCB. Le 18 avril 2017, les parties ont annoncé avoir abouti à un accord et ont mis fin à la procédure. Le 15 juin 2016, Test-Achats a également lancé une procédure contre le groupe Volkswagen et son concessionnaire belge, D'Ieteren, dans le cadre du scandale du « Dieselgate ». Par un jugement du 19 décembre 2017, le tribunal de première instance de Bruxelles a déclaré l'action recevable et pris le parti d'un système d'opt-out. Cette décision, qui a fait l'objet d'une large couverture médiatique, n'a pas encore été publiée par le SPF Economie à l'heure où ces lignes sont écrites. Dans l'affaire *Test-Achats / Proximus*, l'association a introduit une action en réparation collective contre l'entreprise le 30 novembre 2016, considérant que cette dernière se serait rendue coupable de pratique commerciale agressive et trompeuse en incitant ses clients à remplacer prématurément des décodeurs V3. Le 4 avril 2017, le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a déclaré l'action en réparation collective recevable et fixé un système d'opt-out (Civ. Bruxelles, 4 avril 2016, R.G. n° 2016/4196, consultable sur le site web du SPF Economie). Ce jugement a fait l'objet d'un appel de la part de Proximus. Par un arrêt du 10 janvier 2018 (à paraître dans un prochain numéro de cette revue), la cour d'appel de Bruxelles a confirmé la décision de première instance en ce qui concerne la recevabilité de la procédure, mais a considéré qu'un système d'opt-in devait être mis en œuvre. Le 7 août 2017, Test-Achats a annoncé avoir introduit une action collective contre Groupon pour une livraison de langes par la société Luierbox, qui n'aurait jamais eu lieu ou que partiellement. D'après le site web de l'association, l'audience des plaidoiries aurait eu lieu le 9 novembre 2017 et l'audience sur la recevabilité se tiendra le 24 mai 2018. Enfin, Test-Achats a initié une procédure contre 8 sociétés de revente de tickets de concert en ligne en décembre 2016. D'après l'association, l'audience des plaidoiries sur la recevabilité de l'action aurait eu lieu le 4 septembre 2017.

semble privilégier d'autres types d'actions en justice moins coûteuses et plus rapides, en particulier des actions en cessation, afin d'établir dans le chef d'une entreprise une faute vis-à-vis de consommateur (citons, p. ex., les actions intentées contre Apple concernant la mémoire affichée des appareils iPhones, contre une série d'assureurs en matière de questionnaires médicaux assurance solde restant dû ou encore à l'encontre de compagnies aériennes et de banques afin d'obtenir la modification de leurs conditions contractuelles⁹⁰).

33. Il faudra observer si la possibilité qui sera bientôt offerte aux organisations représentatives des P.M.E. de défendre les intérêts de ces dernières dans le cadre d'actions en réparation collective entraînera une multiplication des

procédures. L'Union des Classes Moyennes (UCM), qui siège au Conseil supérieur des Indépendants et des P.M.E. et pourra introduire des actions a ainsi annoncé « *se réjouir de l'extension de la possibilité d'action en réparation collective (class action) pour les préjudices subis par les P.M.E.* » et qu'elle « *reçoit régulièrement des plaintes d'indépendants et de P.M.E. à l'égard d'une entreprise, qui pourraient faire l'objet de ce type d'action* »⁹¹. L'Unie van Zelfstandige Ondernemers (UNIZO) a quant à elle créé une page dédiée sur son site web (qui ne contient pour l'instant que quelques mots de présentation de la procédure)⁹². Les deux organisations mettent en exergue la crise du Fipronil et ses conséquences sur les producteurs et commerçants comme exemple de situation justifiant d'étendre la Loi aux P.M.E.

4. LES MÉCANISMES DE TIERS FINANCEMENT

34. Le constat d'une limitation de l'action en réparation collective à quelques cas exceptionnels doit-il étonner? Bien qu'il soit en contradiction avec l'objectif affiché du législateur, il semble rencontrer les propos du ministre de l'Économie de l'époque, qui avait déclaré au cours des travaux parlementaires que: « *l'action en réparation collective n'est pas une affaire de routine, [...] mais une procédure qui est intentée tout au plus deux fois par an* »⁹³. Test-Achats a d'ailleurs également souligné que: « *nous croyons fermement à l'effet dissuasif du recours collectif. [...] Nous ne comptons pas introduire des recours collectifs pour tout et n'importe quoi* »⁹⁴.

35. La deuxième partie de cette contribution s'attache à analyser la possibilité pour les représentants de faire appel à des tiers pour financer tout ou partie des coûts de l'action. Au sens large, le financement du contentieux par les tiers (mieux connu sous sa dénomination anglaise de « *third party funding* » ou « TPF ») englobe l'ensemble des mécanismes par lesquels les coûts d'une procédure judiciaire ou arbitrale sont supportés par une personne ou entité qui n'est pas partie au litige. Dans le contexte de l'action en réparation collective, cette notion couvre donc en particulier le fait pour le représentant de faire appel aux consommateurs qu'il représente (4.1.0), à un tiers « désintéressé » (4.2.) ou encore à ses conseils (4.3.). Nous nous attarderons également plus en détails sur les mécanismes, en plein développement à l'échelle internationale, que nous qualifierons de « tiers financement au sens strict » par lesquels une entité spécialisée à vocation commerciale finance les frais de procédure et d'avocat d'une partie en

se rémunérant sur une part des bénéfices obtenus par cette partie en cas d'issue favorable de cette procédure (4.4.).

4.1. Contribution des consommateurs représentés

36. Le fait pour le représentant de demander une contribution aux membres du groupe qu'il représente apparaît relativement intuitif.

Ce fut l'attitude adoptée par certaines associations comme Test-Achats dans certaines procédures d'action collective « avant l'heure » (au vu du nombre de demandeurs représentés et du fait qu'ils invoquaient un préjudice que l'on pourrait qualifier de collectif).

Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Lernout & Hauspie*, Test-Achats était associée à la société commerciale Deminor (qui était partie à la procédure et bénéficiait d'un *success fee* de 10%). Les membres de Test-Achats devaient s'acquitter de leur cotisation annuelle (143,40 EUR) et s'engager à rester membre de l'association pendant toute la durée de la procédure⁹⁵, tandis que les actionnaires n'étant pas membres devaient s'acquitter d'une contribution forfaitaire d'un montant de 200 EUR de couvrir « *les frais liés à la gestion des inscriptions de plus de 11.000 actionnaires LHSP, les frais de correspondance, les frais d'avocat, les frais liés à la procédure judiciaire* »⁹⁶.

37. Test-Achats a d'ailleurs indiqué qu'elle « *ne deman-*

⁹⁰. Voy. l'onglet « nos actions en justice » du site web de l'organisation (www.test-achats.be).

⁹¹. Communiqué de presse de l'UCM du 1^{er} septembre 2017, « Les P.M.E. pourront bénéficier de la 'class action' », accessible à www.ucm.be.

⁹². www.unizo.be/advies/class-action.

⁹³. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 54.

⁹⁴. Déclaration de J. MOERS, porte-parole de Test-Achats, citée par E. CLEEREN, « La Class action, ce n'est pas la panacée espérée », *L'Echo* (édition électronique), 2 septembre 2014, accessible à www.lecho.be.

⁹⁵. Communiqué de Test-achats du 13 janvier 2007, « Quels sont les frais et les rémunérations liés à la participation à l'action? », accessible à www.test-achats.be.

⁹⁶. Communiqué de Test-achats du 13 janvier 2007, « Quels sont les frais et les rémunérations liés à la participation à l'action? », accessible à www.test-achats.be.

der[ait] pas de cotisation pour tenter une procédure si ce n'est pas nécessaire »⁹⁷. Elle envisage donc de faire appel à ses membres dans certaines hypothèses, même si elle ne l'a pas encore fait dans les procédures qu'elle a initiées jusqu'à présent. On peut supposer que d'autres associations, ne bénéficiant pas de son budget et de son personnel pour les litiges, seraient davantage enclines à faire de même.

38. Toutefois, ces associations risquent d'être souvent confrontées à des problèmes pratiques importants pour identifier les victimes potentielles et communiquer avec elles, en particulier dans l'hypothèse de procédures d'option d'exclusion (ou « *opt-out* »)⁹⁸, ou lorsqu'un nombre limité des victimes du préjudice collectif seront membres de l'association.

Un problème de « *free-riding* »⁹⁹ pourra se poser également. L'action de l'association bénéficiera en effet à l'ensemble des victimes du préjudice collectif, et non seulement à ses membres, ou aux personnes ayant accepté de payer une contribution. Les individus sollicités par le représentant pourraient donc faire le choix de ne pas s'acquitter de la contribution, en espérant que suffisamment d'autres victimes fassent un choix opposé et que l'action soit ainsi tout de même menée à bien. Ce phénomène de *free riding* est une conséquence inéluctable de ce type de procédure.

Un financement de l'action au moyen de contributions des consommateurs irait également à l'encontre d'un des objectifs principaux de la loi. En effet, nous l'avons rappelé (voy. *supra*, n° 2), la loi entend lutter contre la « *rational apathy* » des consommateurs qui se refusent à exposer des coûts lorsque leur préjudice est trop faible. Or, on peut douter que des individus ayant subi un dommage limité soient enclins à avancer des fonds pour un résultat lointain et hypothétique.

Enfin, si l'association peut envisager de s'associer avec un tiers financeur, comme ce fut le cas de Test-Achats avec

Deminor dans l'affaire *Lernout & Hauspie*, celui-ci ne pourra pas être partie à la procédure et il ne sera pas possible de lui assurer un *success fee* à percevoir sur l'indemnité obtenue (voy. *infra*, n° 95).

4.2. Financement par un tiers « désintéressé »

39. Un tiers financeur purement désintéressé pourrait également se manifester. De telles hypothèses seront vraisemblablement très rares. Des précédents existent cependant. Ainsi, Michael Bloomberg, l'ancien maire de New York, a financé par des donations personnelles ou provenant de sa fondation, la défense de l'Etat de l'Uruguay contre une procédure d'arbitrage CIRDI¹⁰⁰ initiée par Philip Morris en 2010, qui soutenait que les mesures prises par le gouvernement uruguayen dans le but de réduire la consommation de tabac par sa population, violaient les dispositions du traité bilatéral d'investissement entre l'Uruguay et la Suisse¹⁰¹. Alors que l'Uruguay envisageait de transiger devant les coûts engendrés par une telle procédure, M. Bloomberg fit plusieurs donations à cet état pour lui permettre de poursuivre sa défense¹⁰².

40. En lien avec le point précédent, et de manière tout aussi exceptionnelle, il pourrait aussi être envisagé que l'une ou plusieurs des victimes du dommage collectif accepte(nt) de financer tout ou partie de l'action collective au profit de l'ensemble de la classe.

4.3. Financement par les avocats

41. Le législateur, toujours en vue d'éviter les recours abusifs sur le modèle américain¹⁰³, a entendu empêcher que l'action en réparation collective « *tombe aux mains des avocats* » et que leurs intérêts financiers influencent la procédure¹⁰⁴. Conformément au droit commun (art. 446ter C.

⁹⁷. Déclaration de J. MOERS, porte-parole de Test-Achats, citée par E. CLEEREN, « La 'class action' donne à Test-Achats un quasi-monopole », *L'Echo* (édition électronique), 14 mars 2014, accessible à www.lecho.be.

⁹⁸. S. VOET, *Cultural dimensions of groupe litigation: The Belgian case*, accessible à www.works.bepress.com/stefaan_voet/1, p. 29.

⁹⁹. En sciences économiques et en sociologie, le *free-riding problem*, ou « problème du passager clandestin », désigne le comportement d'une personne ou d'un organisme membre d'un groupe qui obtient et profite d'un avantage sans y avoir investi autant d'efforts (en termes d'argent ou de temps) que les autres membres de ce groupe.

¹⁰⁰. En anglais, *ICSID*, le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

¹⁰¹. *FTR Holding S.A. (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) / la République orientale d'Uruguay*, n° ARB/10/7, aff. CIRDI, 19 février 2010, pp. 43-50.

¹⁰². Communiqué de presse du 23 juillet 2008 de Bloomberg Philanthropies et de la Bill & Melinda Gates Foundation, « Michael Bloomberg and Bill Gates Joint to Combat Global Tobacco Epidemic », accessible à www.mikebloomberg.com; communiqué de presse du 8 octobre 2010 de Foley Hoag LLP, « Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overtum Country's Tobacco Regulations », accessible à www.foleyhoag.com; S. PERRY, « Uruguay Won't Cave in on Tobacco Laws », *Global Arbitration Review*, 7 octobre 2010, accessible à www.mikebloomberg.com; communiqué de presse du 10 novembre 2010 de Bloomberg Philanthropies, « Bloomberg Philanthropies Pledges Assistance to President José Mujica as the Tobacco Industry Targets Uruguay's Gold Standard Anti-Tobacco Laws », accessible à www.mikebloomberg.com.

¹⁰³. Sur le *private enforcement* mené par les avocats américains, voy. L. FRANKIGNOUL, « L'action en réparation collective ou un moyen de prendre le droit au sérieux », *R.G.D.C.*, 2012/5, pp. 195-196, n° 4.

¹⁰⁴. Voy. le rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 17. On relèvera à cet égard que la Cour constitutionnelle, tout en ne censurant pas le fait que les avocats ne puissent pas faire office de représentant, a tenu à préciser que « *Les travaux préparatoires précités de la loi attaquée ne peuvent donc être suivis lorsqu'ils affirment, sur la base d'éléments tirés de systèmes juridiques étrangers, que la représentation du groupe n'a pas été confiée aux avocats au motif notamment qu'il s'agirait d'éviter des demandes de dédommagement exorbitantes ou introduites 'à tort et à travers', en ne faisant primer que les propres intérêts de ceux-ci. En revanche, le législateur a pu raisonnablement considérer qu'il importait de limiter aux seuls associations et service public qu'il vise le pouvoir d'agir en qualité de représentant du groupe, en raison des particularités de l'action en réparation collective, de la spécialisation de ces associations et service public, de l'objectif de défense des consommateurs de ces associations ou de leur objet social en lien direct avec le préjudice collectif subi, ainsi que du souci de ne pas multiplier le nombre de telles actions.* » (C.C., 17 mars 2016, n° 41/2016, points B.30.1. et B.30.2.).

jud.¹⁰⁵) et à la recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013¹⁰⁶, les pactes de *quota litis* (ou *contingency fees*) sont donc interdits. Cette interdiction concerne uniquement les honoraires d'avocats, et ne s'étend donc pas aux accords de financement conclus par la partie au procès avec un tiers financeur¹⁰⁷.

42. Si une méthode de calcul des honoraires dépendant exclusivement¹⁰⁸ du résultat de l'action est prohibée, rien n'empêcherait le représentant de négocier une *success fee* – raisonnable¹⁰⁹ – avec son conseil, en contrepartie d'honoraires de base moins importants dans l'objectif de limiter ses pertes en cas d'échec de l'action¹¹⁰. Dans le cadre de l'interdiction générale posée par l'article 446ter du Code judiciaire, certains auteurs vont jusqu'à défendre qu'un honoraire de résultat pourrait être couplé à une rémunération fixe uniquement « symbolique »¹¹¹. Une telle solution nous apparaît inconciliable avec la volonté du législateur, à tout le moins dans le contexte de l'action en réparation collective.

43. Des avocats pourraient également renoncer à percevoir leurs honoraires (en se réservant éventuellement l'indemnité de procédure acquittée par le défendeur succombant) et accepter de prendre la défense d'une cause *pro bono publico*. Cette pratique est relativement fréquente dans de nombreuses juridictions connaissant le mécanisme de la *class action*, que ce soit aux Etats-Unis (de récents exemples incluent des actions menées au profit de détenus ne bénéficiant pas de soins médicaux décentes dans une prison dans l'Etat de Virginie¹¹² ainsi qu'au profit de sans-abris ne recevant pas d'aide de la ville de New York pour s'abriter¹¹³), au Canada (au profit des vétérans des forces armées canadiennes dont les pensions et services offerts en cas d'invalidité avaient été substantiellement réduits¹¹⁴) ou encore en Australie (au profit d'immigrants illégaux n'ayant pas reçu de soins suffisants en détention¹¹⁵).

Ces cas seront cependant probablement limités à quelques situations emblématiques.

^{105.} « Les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre d'eux dans l'exercice de leur fonction. Tout pacte sur les honoraires exclusivement lié au résultat de la contestation leur est interdit. »

^{106.} Recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, précitée en note n° 24, n° 30.

^{107.} De la même opinion, concernant le droit commun de l'art. 446ter, voy. G. KEUTGEN et D. MATRAY, « Le financement du contentieux arbitral international par un tiers », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 521, n° 6.

^{108.} L'art. 446ter du Code judiciaire dispose que « les avocats taxent leurs honoraires avec la discrétion qu'on doit attendre d'eux dans l'exercice de leur fonction. Tout pacte sur les honoraires exclusivement lié au résultat de la contestation leur est interdit ». Le terme « exclusivement » a été ajouté en 2006 (art. 4 de la loi du 21 juin 2006 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire concernant le barreau et la procédure disciplinaire applicable aux membres de celui-ci (*M.B.*, 20 juillet 2006)) mais les honoraires de résultats étaient déjà fréquents en pratique, et admis par la jurisprudence, avant cette modification législative (P. HENRY, « Pacte de *quota litis*, convention d'honoraires et *success fee* », *J.L.M.B.*, 2002, pp. 122 et s.).

^{109.} Voy. l'art. 446ter, al. 2, du Code judiciaire (qui requiert que l'avocat taxe ses honoraires avec une « juste modération »), les art. 5.20 et 5.34 du Code de déontologie de l'Ordre des barreaux francophones et germanophones et les art. 257 à 260 du Codex deontologie voor advocaten de l'Orde van Vlaamse Balies (qui imposent des honoraires « modérés/bilijk en gerechtvaardigd »). Selon la Commission européenne, « il convient de noter que toutes les formes d'honoraires de résultat ne risquent pas de créer une incitation à engager des procédures judiciaires contraires aux intérêts des parties impliquées. Dans le même temps, des honoraires de résultat à concurrence de 50% du montant des dommages et intérêts, comme au Royaume-Uni, ou à concurrence de 33%, comme en Espagne, semblent plus susceptibles de créer une incitation à engager des procédures judiciaires injustifiées » (rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de 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 Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), COM(2018) 40 final, 25 janvier 2018, point 2.3.3.).

^{110.} Concernant le droit commun de l'art. 446ter du Code judiciaire, voy. Gand, 28 février 2008, *R.D.J.P.*, 2009, p. 141; P. LEGROS, « L'interdiction du pacte de *quota litis*, quousque tandem ...? », in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 457 et s. La même solution est retenue en droit français (art. 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971).

^{111.} P. LEGROS, « L'interdiction du pacte de *quota litis*, quousque tandem ...? », in *Liber Amicorum Jo Stevens*, Bruges, die Keure, 2011, p. 463.

^{112.} Communiqué de presse du 4 décembre 2014 du cabinet d'avocats Wiley Rein LLP, « Wiley Rein Reaches Landmark Settlement in Lawsuit Against Virginia Women's Prison », accessible à : www.wileyrein.com/newsroom-pressreleases-847.html.

^{113.} Communiqué de presse du 21 octobre 2014 de Law360, « Pro Bono Firm Of 2014: Patterson Belknap », accessible à www.pbwt.com/files/Uploads/Documents/ProBono.

^{114.} Communiqué de presse du 11 septembre 2013 du cabinet d'avocats Miller Thomson, « Firm's veterans class action given green light by BC Supreme Court », accessible à www.millerthomson.com/en/news-and-events/news/firms-veterans-class-action-given-green-light.

^{115.} Communiqué de presse du cabinet d'avocats Maurice Blackburn Lawyers, « Class Action on Behalf of People Detained on Christmas Island », accessible à www.mauriceblackburn.com.au/legal-services/general-law/class-actions/current-class-actions/people-detained-on-christmas-island/.

4.4. Tiers financement au sens strict

4.4.1. Concept¹¹⁶

44. Le contrat de tiers financement est un contrat par lequel une partie spécialisée, le tiers financeur, s'engage à financer tout ou partie des frais (au sens large) encourus par une autre partie, la partie financée, dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire, et ce moyennant une rémunération généralement dépendante d'une issue positive de la procédure financée (qu'il s'agisse d'une décision favorable ou de la conclusion d'une convention de transaction).

La pratique offre de nombreux exemples de types d'arrangement différents¹¹⁷. Le tiers financeur sera habituellement rémunéré par un multiple des sommes qu'il aura exposées, par un pourcentage des sommes obtenues par la partie financée ou par une combinaison des deux. Un seuil maximal que pourra atteindre la rémunération est souvent prévu.

45. A l'instar des procédures d'action collective, la possibilité offerte par le tiers financement de permettre un plus grand accès à la justice est l'un des arguments les plus souvent mis en exergue au soutien du développement de ce mécanisme. Dans la mesure où les tiers financeurs n'accepteraient de financer que des procédures présentant des chances de succès raisonnables, ils permettraient à des parties dotées de bons dossiers mais disposant de liquidités limitées de faire valoir leurs droits en justice (ou d'éviter de transiger trop rapidement à des conditions désavantageuses).

4.4.2. Bref aperçu du récent développement du tiers financement à l'échelle internationale

46. Le tiers financement, ou *third party funding*, est souvent associé avec le monde anglo-saxon et la *common law*.

Si ce mécanisme s'est effectivement d'abord développé à la fin des années 1980 en Australie, aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, c'est pour des raisons économiques plutôt que juridiques. Les coûts des procédures sont en effet bien plus élevés dans ces états dans lesquels les juridictions de *common law* (américaines en particulier) peuvent prononcer d'importants dommages et intérêts punitifs, susceptibles d'intéresser des tiers financeurs, et disposent habituellement de la possibilité de condamner la partie succombante à l'ensemble des frais d'avocats de la partie victorieuse (et non de limiter celle-ci à une somme forfaitaire).

47. Il serait cependant inexact de considérer qu'outre un contexte économique favorable au développement du tiers financement, les états de tradition de *common law* offriraient un environnement juridique plus libéral. Au contraire, les vénérables concepts de « *maintenance* », « *champerty* » et « *barratry* », étrangers aux systèmes romano-germaniques¹¹⁸, constituent – ou à tout le moins constituaient – d'importants obstacles à ce développement.

48. La *maintenance* peut être définie comme le fait pour un tiers de soutenir ou d'encourager une partie à un litige, sans qu'une cause légitime ne justifie cette interférence¹¹⁹.

La *champerty* est une forme aggravée de *maintenance* par laquelle le tiers reçoit une portion des sommes obtenues suite au litige en échange de son soutien.

Enfin, la *barratry* consiste en l'encouragement à poursuivre un litige téméraire et vexatoire, habituellement en lien avec des actes de *maintenance* ou *champerty*.

49. A dater du « *Statute of Westminster* » de 1275 (un premier effort de « codification » du droit anglais), les *maintenance*, *champerty* et *barratry* ont constitué des infractions

¹¹⁶ Sur cette notion qui a fait l'objet d'une abondante littérature, en particulier en matière d'arbitrage, voy. not. M. Coester et D. Nizsche, « Alternative ways to finance a lawsuit in Germany », *Civ. Just. Q.*, 2005/24, pp. 83 et s.; C. HODGES, S. VOGENAUER et M. TULIBACKA (eds.), *The costs and funding of civil litigation: a comparative perspective*, Oxford, Hart pub., 2010; Ph. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.*, 2011, pp. 385 et s.; M. STEINITZ, « Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding », *Minnesota Law Review*, vol. 95, n° 4, 2011, pp. 1269 et s.; M. DE FONTMICHÉL, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Revue des sociétés*, 2012, pp. 279 et s.; L.B. NIEUWVELD et V. SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer, 2012; M. LECLERC, « Une action collective financée pour assurer l'effectivité du droit à réparation », in *Les class actions, du droit américain au droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 401 et s.; C. VELJANOVSKI, « Third Party Litigation Funding in Europe », *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 405 et s.; G. KEUTGEN et D. MATRAY, « Le financement du contentieux arbitral international par un tiers », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013; E. DE BRABANDERE, « 'Derde partij financiering' en de onafhankelijkheid van arbiters in internationale investeringsarbitrage », *b-Arbitra*, 2013, pp. 101 et s.; CCI France, *Guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers (third party funding)*, 2014, accessible sur le site web de la CCI, www.icc-france.fr; J.-P. FIERENS, « Financiering van geschillen door derden ('Third Party Funding') », in *Arbitrage en verzekeringsrecht / L'arbitrage et le droit des assurances*, Collection CEPANI, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 183 et s.; G. RULKIN, « Le financement des litiges en droit des affaires – Plaidoyer pour un encadrement contractuel du 'Third Party Litigation Funding' », *Ius & Actores*, 2016, pp. 65 et s.; A. DEPRINCE, « 'Third Party Litigation Funding' (TPLF): stand van zaken », *R.D.J.P.*, 2017, pp. 134 et s. On se référera également aux diverses publications du premier numéro de l'année 2017 de la revue *b-Arbitra*, consacré au tiers financement.

¹¹⁷ Pour un aperçu des questions traitées, voy. G. KEUTGEN et D. MATRAY, « Le financement du contentieux arbitral international par un tiers », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 529-530; CCI France, *Guide pratique sur le financement de l'arbitrage par les tiers (third party funding)*, 2014, accessible sur le site web de la CCI, www.icc-france.fr, spéc. l'annexe 3; J.-P. FIERENS, « Financiering van geschillen door derden ('Third Party Funding') », in *Arbitrage en verzekeringsrecht / L'arbitrage et le droit des assurances*, Collection CEPANI, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 192-194.

¹¹⁸ Si l'on excepte la défiance témoignée à l'encontre des cessions de droits litigieux, dont témoignent les règles particulières des art. 1699 à 1701 du Code civil sur lesquelles nous reviendrons.

¹¹⁹ *Massai Aviation Services & Anor / The Attorney General & Anor (The Bahamas)*, [2007] UKPC 12.

pénales et « torts » (ou « délits civils », de nature extracontractuelle), probablement en réaction à la pratique consistant pour les puissants de l'époque à faire pression sur leurs adversaires par le biais de litiges intentés par des tierces parties, voire des hommes de paille. Un nombre de plus en plus élevé d'exceptions ont été établies, avant que ces concepts soient finalement décriminalisés en 1967 par l'adoption du *Criminal Law Act* et qu'une vision plus libérale de ceux-ci se développe dans la jurisprudence¹²⁰. Un contrat de tiers financement peut cependant toujours être invalidé sur la base de ces concepts lorsqu'il est jugé contraire à l'ordre public, en particulier parce qu'il laisse un trop grand contrôle du litige au tiers financeur ou risque de « corrompre la justice publique »¹²¹. La Cour Suprême d'Irlande est ainsi venue rappeler l'actualité de ces notions en annulant, par un arrêt du 23 mai 2017, un contrat de tiers financement sur la base des règles de la *champerty*¹²².

50. On relèvera que les sociétés de tiers financement anglaises ont voulu éviter ces écueils, et accroître la confiance dans leurs services, en développant un code de bonne conduite en novembre 2011¹²³. Des législations spécifiques ont par ailleurs été adoptées à Singapour¹²⁴ et à Hong Kong (en matière d'arbitrage et de médiation)¹²⁵, respectivement, le 10 janvier et le 15 juin 2017.

51. Les sociétés de tiers financement ne sont plus uniquement actives dans les pays de *common law*, mais sont également apparues (notamment) en France¹²⁶, en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas ou encore en Suisse¹²⁷. Les sociétés spécialisées en la matière se financent par le biais d'offres publiques, en particulier sur la bourse de Londres¹²⁸, par l'émission d'obligations ou investissent le capital de leurs fondateurs¹²⁹. Des banques comme Crédit Suisse (Litigation Strategics Group) ou Citigroup (Counsel Financial), ou des compagnies d'assurance comme Allianz, sont également actives sur ce marché¹³⁰.

52. Le marché belge, quant à lui, se prête assez peu au tiers financement, dans la mesure où les frais d'avocats et de procédure, judiciaire ou arbitrale, restent limités (tout comme les dommages et intérêts et les indemnités de procédure octroyés par les juridictions belges).

Il a ainsi été décrit, en 2012, comme « *n'étant pas développé, et sans doute pas même en développement* »¹³¹ et il n'apparaît pas que, depuis lors, l'apparition de la procédure en réparation collective ait ouvert le marché belge aux tiers financeurs, à l'instar des autres pays qui ont introduit ce type de procédure, comme les Pays-Bas et le Canada (dont les législations ont servi d'inspiration à la loi)¹³².

¹²⁰. Considérant que le tiers financement permettait un meilleur accès à la justice, sans pour autant contribuer à l'introduction de litiges frivoles à tort et à travers, dans la mesure où les tiers financeurs mènent en principe une première « due diligence » des positions des parties afin de ne financer que les litiges présentant de réelles chances de succès.

¹²¹. Pour une analyse plus détaillée et de nombreuses références, voy. F. LEFÈVRE, P. CALLENS et G. CROISANT, « The Legality of Third Party Funding Mechanisms under Belgian Law », *b-Arbitra*, 2017, pp. 37-42, n^{os} 4-15. On soulignera en particulier la position de la cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles dans *R (Factortame Ltd) / Transport Secretary (n° 8)* ([2002] EWCA Civ. 932) selon laquelle un juge devant lequel un contrat de tiers financement se pose doit vérifier si le bailleur de fonds contrôle la procédure, si l'accord de recouvrement de la dette est juste, et si l'accord facilite l'accès à la justice.

¹²². *Persona Digital Telephony Ltd & Sigma Wireless Networks Ltd / The Minister for Public Enterprise, Ireland, the Attorney General, Denis O'Brien and Michael Lowry*, [2017] IESC 27.

¹²³. Accessible sur le site web de l'Association of Litigation Funders (ALF), www.associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct.

¹²⁴. Civil Law (Amendment) Bill 2016 and the Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2016.

¹²⁵. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016.

¹²⁶. En matière d'arbitrage international, le Conseil de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris a adopté une résolution le 21 février 2017 indiquant que « le financement des procès par les tiers est favorable à l'intérêt des justiciables et des avocats inscrits au barreau de Paris et qu'aucune disposition de droit français ne s'oppose à ce qu'une partie puisse recourir aux services d'un tiers pour financer une procédure » (accessible sur le site web de l'Ordre, www.avocatparis.org).

¹²⁷. Voy. L.B. NIEUWVELD et V. SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer, 2012; C. VELJANOVSKI, « Third Party Litigation Funding in Europe », *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 405 et s.

¹²⁸. Comme les sociétés Juridica Capital Management et Burford Capital Limited. Voy. R. LLOYD, « The New, New Thing », *The American Lawyer*, 17 mai 2010, accessible à www.law.com; FULBROOK MANAGEMENT LLC, « Investing in Commercial Claims », *Nutshell Primer*, accessible à www.fulbrookmanagement.com/publications/Nutshell-Primer.pdf, p. 21.

¹²⁹. M. SCHERER et A. GOLDSMITH, « Third Party Funding in International Arbitration in Europe, Part 1 – Funders' perspectives », *Rev. Dr. Affaires Internationales/International Business Law Journal*, 2012/2, pp. 209 et s.

¹³⁰. B. CREMADES, *Third party litigation funding: investing in arbitration*, 32nd Annual Meeting of the ICC Institute of World Business Law, Paris, 26 novembre 2012, pp. 13 et 14.

¹³¹. L.B. NIEUWVELD et V. SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer, 2012, p. 209.

¹³². Selon la Commission européenne, « les témoignages recueillis dans le cadre de la consultation publique confirment l'existence d'un financement par une tierce partie: au Royaume-Uni, un financement par une tierce partie a été signalé dans le cadre de deux recours introduits par des victimes présumées d'une entente. Un cas similaire a été rapporté aux Pays-Bas ainsi qu'en Allemagne. Toutefois, dans ces derniers cas, le financement par une tierce partie était lié au coût excessif des procédures de recours collectif (dans les deux cas, les demandes ont fait l'objet d'une procédure particulière). En outre, il a été signalé en Allemagne qu'il avait été fait grandement usage de financements par des tierces parties dans le cadre d'affaires de préjudice de masse allégué opposant d'un côté des consommateurs et des actionnaires et de l'autre un grand constructeur automobile ». Rapport de la Commission européenne du 25 janvier 2018, précité en note 109, point 2.1.6.

Il en résulte que la question de la légalité des mécanismes de tiers financement n'a jamais été soumise aux juridictions belges, entraînant de ce fait une incertitude guère favorable à leur développement¹³³.

53. Il nous apparaît toutefois que la légalité de principe des contrats de tiers financement en droit belge ne fait guère de doute (4.4.3.), pour autant bien entendu que les dispositions légales spécifiques potentiellement applicables soient respectées (4.4.4.). La mise en œuvre de ces mécanismes dans le cadre des procédures d'action en réparation collective entraîne cependant des questions spécifiques (4.4.5.).

4.4.3. *Légalité de principe du tiers financement en droit belge*

(i) *Distinction d'autres institutions proches*

54. Les quelques études doctrinales belges consacrées au tiers financement ont souvent consacré d'importants développements à distinguer ce mécanisme d'autres institutions juridiques¹³⁴, sans se pencher sur la qualification qu'il pourrait recevoir en droit belge. Nous resterons donc relativement succincts sur cette première question, pour nous concentrer sur la deuxième ci-après (nos 58 et s.).

55. *Assurance protection juridique*: le tiers financement doit d'abord être distingué de l'assurance protection juridique, qui est régie par l'arrêté royal du 12 octobre 1990¹³⁵ et la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (« loi assurances »), et définie par cette dernière comme « les contrats d'assurance par lesquels l'assureur s'engage à fournir des services et à prendre en charge des frais afin de permettre à l'assuré de faire valoir ses droits en tant que demandeur ou défendeur, soit dans une procédure judiciaire, administrative ou autre, soit en dehors de toute procédure »¹³⁶.

Bien que le contrat de tiers financement vise également à permettre à la partie financée de faire valoir ses droits en justice, il ne peut pas pour autant être qualifié de contrat d'assurance dans la mesure où un tel contrat requiert le paiement de polices avant la réalisation du risque assuré¹³⁷ (soit, habi-

tuellement¹³⁸, avant le début du litige). Dans le cadre des contrats de tiers financement « classiques », la rémunération du tiers financeur dépend des résultats de la procédure, et la partie financée n'a aucune obligation d'effectuer un paiement à celui-ci avant un jugement, une sentence arbitrale ou une convention de transaction favorable. En outre, ces contrats sont habituellement conclus après le début du litige, et ne permettent pas au tiers financeur de devenir partie à la procédure (contrairement à l'assureur, dans certaines circonstances¹³⁹).

Dans la mesure où les contrats de tiers financement classiques ne couvrent pas les frais de procédure que la partie financée pourrait être amenée à payer au profit de l'autre partie, il est fréquent pour les parties financées d'entrer dans un *after the event legal expenses insurance contract* (ou « ATE ») à cette fin. Le risque couvert ne consiste alors pas dans l'existence du litige mais dans les conséquences financières négatives potentielles de celui-ci.

56. *Contrat de prêt ou de crédit*: alors que la restitution des fonds prêtés est un élément essentiel du contrat de prêt¹⁴⁰, un tel engagement n'est pas pris par la partie financée dans le cadre des contrats de tiers financement classiques. Cette dernière devra uniquement s'acquitter d'un paiement en cas de jugement, de sentence arbitrale ou de convention de transaction favorable.

57. *Cession de créance*: dans les contrats de tiers financement classiques, le tiers financeur dispose d'un droit contractuel sur une portion des résultats financiers de la procédure mais il ne devient pas pour autant partie à celle-ci, et ne se voit pas transférer la créance litigieuse que la partie financée détient à l'encontre de l'autre partie à la procédure. Le tiers financement n'implique donc généralement pas la moindre cession de créance.

Il peut cependant arriver qu'un créancier « originaire » cède sa créance pour un montant plus faible que sa valeur nominale en échange d'un paiement immédiat par un tiers financeur qui poursuivra lui-même son recouvrement et deviendra donc potentiellement directement partie à une procédure¹⁴¹. Cette technique est parfois utilisée dans les procédu-

^{133.} Selon une étude conduite auprès de 37 grandes entreprises belges, un seul des représentants d'entreprise interrogés a indiqué avoir fait appel au tiers financement afin de financer un litige judiciaire ou arbitral, mais 55% d'entre elles ont souligné leur volonté de faire appel à de tels mécanismes. Lorsqu'il leur a été demandé d'indiquer quel facteur les ferait franchir le pas, 46% ont indiqué « une plus grande notoriété de cette pratique » et 32% « un cadre légal plus clair » (S. MARLIÈRE, *Analyse économique et juridique du financement du contentieux par un tiers. Enquête dans le monde des entreprises belges*, thèse de master inédite sous la direction de M. LAMBERT, O. CAPRASSE et B. FAYS, HEC Liège, année académique 2015-2016).

^{134.} Voy. not. G. KEUTGEN et D. MATRAY, « Le financement du contentieux arbitral international par un tiers », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 519-521; A. DEPRINCE, « 'Third Party Litigation Funding' (TPLF): stand van zaken », *R.D.J.P.*, 2017, pp. 135-139.

^{135.} Arrêté royal du 12 octobre 1990 relatif à l'assurance protection juridique (*M.B.*, 8 novembre 1990, p. 21.201).

^{136.} *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35.487, spéc. art. 154 à 157. Voy. aussi la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance (*M.B.*, 23 mars 2016, p. 19.856).

^{137.} Art. 5, 14° et 79 de la loi assurances.

^{138.} Pour une analyse nuancée, voy. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, pp. 486-488, n^{os} 773-775; M. FONTAINE, « L'assurance de protection juridique. Nature du contrat. Assurabilité du risque », *R.G.A.R.*, 1983, n^o 10.649.

^{139.} Voy. les exemples présentés par D. MATRAY et F. VIDTS, « L'arbitrage et l'assurance. Les rapports avec les tiers », in *Arbitrage en verzekeringsrecht / L'arbitrage et le droit des assurances*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 125-166.

^{140.} Cass., 22 avril 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 907.

^{141.} L.B. NIEUWVELD et V. SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer, 2012, p. 8.

res pour des préjudices de masse aux Pays-Bas par exemple, lorsque de multiples demandeurs cèdent leurs créances à une entité juridique créée pour l'occasion (un « *special purpose vehicle* » ou « SPV ») qui fera appel à un tiers financeur pour mener la procédure au nom du groupe ou de la classe¹⁴². On pense aussi aux procédures liées au droit de la concurrence, où des sociétés spécialisées offrent d'acquiescer les créances des victimes de cartels. Dans ces hypothèses, les règles relatives à la cession de droits litigieux seront potentiellement applicables (voy. *infra*, nos 73 et s.).

58. *Jeu ou pari*: enfin, le tiers financement ne saurait tomber sous le coup de l'article 1965 du Code civil, qui dispose que « *la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari* ». Cette disposition s'explique en effet par le fait que les jeux et paris sont basés sur le pur hasard, et ne présentent aucun intérêt pour la société¹⁴³. À l'inverse, le tiers financement est basé sur une analyse poussée de la position juridique des parties impliquées dans un litige, et permet à une partie de porter sa demande devant une juridiction judiciaire ou arbitrale.

(ii) Essai de qualification en droit belge

59. Deux principales propositions de qualification concurrentes ont vu le jour dans les systèmes romano-germaniques.

60. En droit allemand, le contrat de tiers financement est habituellement qualifié de contrat de société¹⁴⁴. Selon cette théorie, le tiers financeur apporterait au projet commun son financement (ainsi que, potentiellement, son assistance technique) tandis que la partie financée apporterait la valeur financière de sa créance, ainsi que ses meilleurs efforts pour gagner la procédure (en rassemblant les pièces, instruisant ses conseils, etc.). Si le projet commun – le gain de la procédure ou la signature d'une convention de transaction favorable – est atteint, les profits de celui-ci seront répartis entre les associés. En cas d'échec, ceux-ci auront perdu leurs apports.

61. En droit français par contre, la doctrine et la jurisprudence ont conclu à l'existence d'un contrat *sui generis*, comprenant des éléments du contrat de prestation de services, de prêt et de société – dont l'importance des différentes composantes dépend des termes spécifiques du contrat¹⁴⁵. La quali-

fication de contrat de société est notamment rejetée sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui considère qu'une action en justice ne peut pas faire l'objet d'un apport¹⁴⁶. L'autre raison principale réside dans l'absence d'*affectio societatis*, ou d'intention de former une société, de la part du tiers financeur et de la partie financée. C'est particulièrement le cas lorsque, comme c'est souvent le cas en pratique¹⁴⁷, le contrat de tiers financement dispose expressément que les parties n'entendent pas créer une société.

62. L'idée qu'un contrat de tiers financement puisse correspondre à une société sans personnalité juridique en droit belge, en particulier à une société interne visée à l'article 48 du Code des sociétés, pourrait *a priori* sembler séduisante. La société interne est en effet définie comme « *la société sans personnalité juridique par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans les opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom* ».

Le nouveau Code des sociétés et des associations en projet prévoit certes la disparition de ce type de société, et des deux autres types de société sans personnalité juridique (soit la société momentanée et la société de droit commun), au profit d'une nouvelle forme sociale, la société simple. Cette dernière pourra cependant être qualifiée d'« interne » lorsqu'il « *est convenu qu'elle est gérée par un ou plusieurs gérants, associés ou non, agissant en leur nom propre* »¹⁴⁸.

63. Conformément à l'article 54 du Code des sociétés, qui dispose que « *il n'y a, entre les tiers et les associés d'une société interne qui se sont tenus dans les termes d'une simple participation, aucune action directe* », le tiers financeur ne pourrait faire l'objet d'un recours direct de la part de tiers, en particulier de l'autre partie au litige. Le projet de nouveau Code des sociétés et des associations prévoit quant à lui que « *si la société est interne, les tiers n'ont de recours qu'à l'égard de l'associé ou du gérant qui a traité avec eux en nom personnel. Les tiers n'ont pas d'action directe contre les autres associés* »¹⁴⁹.

La simple existence d'un contrat de tiers financement, et le fait que l'identité du tiers financeur soit dévoilée à l'autre partie, ne nous semble pas aller au-delà d'une « simple participation ». Ce n'est que lorsque le tiers financeur prend

¹⁴². C. VELJANOVSKI, « Third Party Litigation Funding in Europe », *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 8, n° 3, 2012, p. 430; N. TZANKOVA, « Funding of mass disputes: lessons from the Netherlands », *Journal of Law, Economics and Policy*, n° 8:3, 2012, pp. 549 et s.

¹⁴³. C. GOUX, « Exception de jeu et paris hippiques », *J.T.*, 1998, pp. 375 et s.

¹⁴⁴. M. COESTER et D. NIZSCHE, « Alternative ways to finance a lawsuit in Germany », *Civ. Just. Q.*, 2005/24, pp. 83 et s.

¹⁴⁵. M. DE FONTMICHÉL, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Revue des sociétés*, 2012, 279, n° 6; J. EL AHDAB, « La gestion du risque arbitral par les parties », *Revue générale de droit des assurances*, 2012/1; Versailles, *Société Foris AG / Veolia Propreté*, R.G. n° 05/01038; LE CLUB DES JURISTES, *Financement du procès par les tiers*, juin 2014, p. 15, accessible à www.leclubdesjuristes.com.

¹⁴⁶. Cass. (fr.) com., 31 mai 2005, n° 02-18.547, *Dalloz*, 2005, p. 1699, note A. LIENHARD. On pourrait cependant argumenter que, dans le cadre du tiers financement, ce n'est pas l'action en justice même qui est apportée mais plutôt la valeur monétaire de celle-ci en cas de succès.

¹⁴⁷. Présentation de M. Chris BOGART, CEO de la société de tiers financement Burford Capital, au séminaire CEPANI sur le tiers financement et l'arbitrage tenu à Bruxelles le 9 mars 2017.

¹⁴⁸. Art. 4:1, al. 2, de l'avant-projet.

¹⁴⁹. Art. 4:1, al. 2, de l'avant-projet.

activement part à la procédure – ce qui est extrêmement rare en pratique – qu’il pourrait être conclu autrement, et qu’un droit de recours direct pourrait être ouvert au profit des tiers à l’égard du tiers financeur¹⁵⁰.

64. Cependant, à l’instar du droit français, il nous apparaît que l’intention commune des parties de former une société est absente des mécanismes de tiers financement classique. Comme tout contrat, le contrat de tiers financement requiert la « *conscience du commun accord des parties sur l’objet du contrat* »¹⁵¹.

La Cour de cassation a ainsi souligné que pour qu’il puisse être constaté que plusieurs personnes ont ensemble formé une société sans personnalité juridique, il ne suffit pas qu’elles fassent ensemble des opérations commerciales; il faut, en outre, qu’elles aient, notamment, l’*affectio societatis* et agissent sous une raison sociale¹⁵².

De même, les professeurs Van Ryn et Van Ommeslaghe soulignent que « *pour distinguer le contrat de société d’autres conventions, le juge doit, en cas de contestation, avoir égard aux éléments caractéristiques de la société et particulièrement à l’existence d’apports soumis aux risques sociaux, à l’intention de partager les bénéfices et les pertes et à l’affectio societatis* »¹⁵³. Concernant la distinction entre les contrats de prestation de services et les contrats de société en particulier, les professeurs Tilquin et Simonart enseignent également qu’« *elle est généralement résolue par la constatation de l’absence ou de l’existence d’une rémunération fixe ou même variable, constatation généralement ponctuée d’une observation sur l’affectio societatis* »¹⁵⁴.

65. Une partie de la doctrine, dont le professeur Van Ommeslaghe, considère aujourd’hui la condition d’*affectio societatis* comme superflue, estimant qu’elle se réduit aux autres conditions spécifiques que personne ne conteste rela-

tives à l’intérêt commun, aux apports et à l’intention de réaliser des bénéfices et de contribuer aux pertes¹⁵⁵.

Même si l’on considère ainsi pouvoir se passer de l’*affectio societatis* comme d’un élément distinct, s’ajoutant comme tel aux autres qui sont nécessaires à l’existence d’une société, il reste que ces autres éléments, en ce compris l’intention commune spécifique de créer une société, doivent exister. La controverse relève donc plus d’une question terminologique. Les professeurs Van Ommeslaghe et Dieux soulignent ainsi que « *en dépit de sa formulation un peu vague et de son évidente inadéquation pour caractériser la société unipersonnelle, [...] [l’affectio societatis] permet de distinguer la société d’autres contrats. [...] Plusieurs autres décisions le placent d’ailleurs au premier rang des critères sur la base desquels l’existence d’un contrat de société entre les parties est apprécié* »¹⁵⁶.

66. La qualification de contrat *sui generis* nous apparaît dès lors devoir être retenue en droit belge également.

(iii) *Éléments de droit international privé*¹⁵⁷

67. En vertu de l’article 3 du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (le « Règlement Rome I »)¹⁵⁸, les parties sont libres de choisir le droit applicable à leurs engagements contractuels. Les tiers financeurs entendent bien entendu habituellement voir appliquer un droit national favorable au tiers financement, offrant la plus grande sécurité juridique possible quant à sa validité et ses conditions.

68. En l’absence de choix formulé par les parties conformément au règlement, un contrat de prestation de services sera régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services, le tiers financeur, a sa résidence habituelle¹⁵⁹ (s’il s’agit d’une société, le lieu où elle a établi son administration

^{150.} On relèvera que la jurisprudence de la cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles considère qu’un tiers financeur est responsable du paiement des frais de justice de la partie victorieuse, dans la mesure de son financement (voy. *Excalibur Ventures / Keystone*, [2016] EWCA Civ 1144; *Arkin / Borchard Lines Ltd & Ors* [2005] EWCA Civ 655).

^{151.} Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 En matière de contrat de société, voy. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 219, n° 316.

^{152.} Cass., 17 mai 1968, *Bull. et Pas.*, 1968, I, p.1074, Concl. M. le Proc. Gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH (*Bull. et Pas.*, 1968, I, p. 1074); Cass., 28 juin 1968, *Bull. et Pas.*, 1968, I, p. 1235), Concl. M. le Proc. Gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH (*Arr. Cass.*, 1968, p. 1309). Voy. aussi Cass., 31 mars 1977, *Rev. prat. soc.*, 1977, p. 120.

^{153.} J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1966 à 1971) », *R.C.J.B.*, 1973, p. 326, n° 3.

^{154.} T. TILQUIN et V. SIMONART, T. I, Diegem, Kluwer, 2005, p. 483, n° 643 et références citées en note infrapaginale n° 857.

^{155.} T. TILQUIN et V. SIMONART, T. I, Diegem, Kluwer, 2005, p. 473, n° 632; P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2001, p. 184, n°s 22 et s.

^{156.} P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1979 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1992, pp. 599 et 600, n° 9. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « Le droit commun de la société et la société de droit commun », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2001, p. 187, n°s 24 et s. (« *En pratique, si la jurisprudence se réfère assez souvent à l’‘affectio societatis’ ou au ‘jus fraternitatis’, c’est essentiellement pour distinguer la société d’autres contrats à l’occasion de contestations qui impliquent la qualification de la relation juridique faisant l’objet de ces contestations: prêt avec participation aux résultats, louages de service comportant une certaine participation dans l’activité faisant l’objet du contrat et aux profits réalisés [...]* »).

^{157.} Pour les éléments propres à l’arbitrage international, voy. F. Lefevre, P. Callens et G. Croisant, « The Legality of Third Party Funding Mechanisms under Belgian Law », *b-Arbitra*, 2017, pp. 42 et s., n°s 16 et s.

^{158.} *J.O.*, L. 177, 4 juillet 2008, pp. 6-16.

^{159.} Art. 4, I., b), du Règlement Rome I.

centrale¹⁶⁰). La notion de « prestation de service » reçoit une définition autonome en droit international privé européen, et désigne l'exercice d'une « *activité déterminée en contrepartie d'une rémunération* »¹⁶¹.

Malgré cette définition très large, il pourrait être considéré qu'un contrat de tiers financement n'est pas un contrat de prestation de services au sens du Règlement Rome I dans la mesure où la rémunération du tiers financeur n'est pas garantie, mais dépend du résultat de la procédure¹⁶². Dans cette hypothèse, le contrat serait gouverné par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle¹⁶³ soit, à nouveau, celle du tiers financeur.

Dans la mesure où les sociétés de tiers financement n'ont généralement pas leur administration centrale en Belgique¹⁶⁴, ces règles aboutiraient donc également à l'application d'un droit étranger au contrat de tiers financement. Le droit belge serait uniquement applicable si une juridiction devait considérer qu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec la Belgique¹⁶⁵.

69. En conséquence, le droit belge ne sera pas applicable à un contrat de tiers financement si celui-ci prévoit une clause de droit applicable en faveur du droit d'un autre Etat, ou lorsque le tiers financeur a sa résidence habituelle hors de la Belgique. Dans ces hypothèses, les juridictions belges ne pourront appliquer que leurs lois de police, soit les « *dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* »¹⁶⁶.

Elles pourront également refuser d'appliquer une disposition du droit étranger désigné si cette application devait contrevenir à l'ordre public *international* belge (soit le « *noyau dur* » de l'ordre public, devant s'appliquer en toute circons-

tance même lorsque les liens entre le litige et la Belgique est tenu voire inexistant)¹⁶⁷.

On relèvera enfin que, de manière similaire, les juridictions belges ne pourront refuser de reconnaître les jugements rendus à l'étranger à l'issue de procédure ayant fait appel à des mécanismes de tiers financement que lorsque cette reconnaissance ou cette exécution serait contraire à l'ordre public *international* belge ou lorsque la procédure étrangère/arbitrale ne se serait pas déroulée dans le respect des droits de la défense¹⁶⁸.

(iv) Conclusion

70. Nous ne voyons pas de raison de douter de la légalité de principe du contrat de tiers financement, qui nous semble devoir être qualifié de contrat *sui generis*.

Les parties envisageant d'y avoir recours en Belgique devront cependant veiller à respecter les dispositions que nous nous attacherons à décrire au titre suivant, en gardant à l'esprit que, hors les circonstances exceptionnelles qui verront le droit belge s'appliquer au contrat de tiers financement, sa validité devra être évaluée uniquement à l'aune des lois de police, de l'ordre public *international* du Royaume et du respect des droits de la défense.

4.4.4. Limites légales devant néanmoins être prises en compte

(i) Interdiction de la fraude et adage « *nul ne plaide par procureur* »

71. Il est tout d'abord évident que le tiers financement ne doit pas camoufler une opération frauduleuse, par exemple visant à faciliter des actes de blanchiment¹⁶⁹.

^{160.} Art. 19 du Règlement Rome I.

^{161.} C.J.U.E., 19 décembre 2013, C-9/12, *Corman-Collins*, point 37.

^{162.} De cette opinion (dans le cadre de la Convention de Rome), Versailles, *Société Foris AG / Veolia Propreté*, R.G. n° 05/01038, accessible à www.legifrance.gouv.fr (« *considérant, de surcroît, que le contrat de financement de procès présente une autre spécificité en ce que la contrepartie du financement comporte un élément d'aléa essentiel, le financeur ne percevant de rémunération sous la forme d'un pourcentage de la créance recouvrée, qu'en cas de gain du procès mais rien si le procès est perdu, en sorte que le caractère aléatoire de la rémunération s'oppose à la classification du financement du procès en tant que 'services'* »).

^{163.} Art. 4, 2., du Règlement Rome I.

^{164.} A l'exception notable des tiers financeurs actifs dans le cadre des actions en dommages et intérêts pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence, comme la société Cartel Damage Claim (CDC), une SPRL de droit belge dont le siège est situé en Belgique (voy. www.carteldamageclaim.com).

^{165.} Art. 4, 3., du Règlement Rome I.

^{166.} Art. 9, 1., du Règlement Rome I. Une juridiction étrangère *pourra* également donner effet aux lois de police belges à la condition que les obligations découlant du contrat de tiers financement doivent être ou ont été exécutées en Belgique, et dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale (art. 9, 3., du Règlement Rome I).

^{167.} Art. 21 du Règlement Rome I.

^{168.} Pour les jugements rendus (i) par une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne par application des art. 44 et 45 du Règlement « *Bruxelles Ibis* » (règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L. 351, 20 décembre 2012, pp. 1-32), (ii) par les juridictions suisses, norvégiennes et islandaises par application des art. 34, 35 et 45 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et (iii) en l'absence de convention bilatérale spécifique, par les autres pays par application de l'art. 25 du Code DIP.

^{169.} Voy. p. ex. Cass., 8 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 684, où une sentence arbitrale a été considérée comme un faux visant à soustraire des actifs sociaux au profit d'un individu.

72. On pourrait également penser à l'hypothèse où un tiers financeur est personnellement intéressé par l'issue du litige mais entend cacher frauduleusement son identité en agissant par l'intermédiaire d'un agent¹⁷⁰. En vertu de l'adage « *nul ne plaide par procureur* », les conventions par lesquelles une partie à un litige semble poursuivre la défense de ses intérêts propres alors qu'elle agit en réalité pour une partie tierce dont l'identité n'est pas révélée étaient traditionnellement interdites en droit belge¹⁷¹. Depuis les années 90, la jurisprudence est cependant plus libérale, et considère que de tels arrangements ne sont illicites que lorsqu'ils visent à préjudicier les intérêts d'une partie ou à commettre un acte de fraude à la loi¹⁷².

73. On relèvera également que, dans le cadre d'une procédure de faillite de la partie financée (voy. *infra*, nos 77 et s.), les actes ou paiements faits en fraude de ses créanciers leur seront inopposables¹⁷³.

(ii) Règles applicables à la cession de droits litigieux

74. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-avant (n° 56), le tiers financeur ne devient habituellement pas directement titulaire de la créance litigieuse, ni partie à la procédure. Dans cette hypothèse, les questions éthiques et déontologiques posées par les contrats de tiers financement classiques (en termes de contrôle de la procédure par le tiers financeur, de transparence de son intervention, de risques de conflits d'intérêts, etc.) ne sont plus pertinentes dans la mesure où la partie financée est remplacée par le tiers financeur. Par contre, les règles de cession de droits litigieux devront potentiellement être respectées¹⁷⁴.

75. En vertu de l'article 1699 du Code civil, « *celui contre lequel on a cédé un droit litigieux¹⁷⁵ peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la*

cession à lui faite ». Cette règle, reliquat du droit romain, vise à éviter qu'un spéculateur puisse racheter une créance litigieuse pour une somme dérisoire avant de faire pression sur son débiteur pour aboutir à une transaction¹⁷⁶.

L'article 1699 ne s'applique pas aux cessions ayant eu lieu avant le début des procédures judiciaires ou arbitrales¹⁷⁷, ni lorsque ces procédures sont achevées (p. ex. lorsque la créance litigieuse garantit la bonne exécution du contrat de tiers financement par la partie financée, et a été transférée contractuellement à l'issue de la procédure)¹⁷⁸.

Ces dispositions seront applicables si la créance litigieuse est gouvernée par le droit belge¹⁷⁹, ou si la juridiction belge saisie devait considérer qu'il s'agit d'une loi de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I.

76. Les tiers financeurs essayeront vraisemblablement d'éviter l'application de ces règles dans la mesure où leur application impliquerait qu'ils aient opéré en vain de conséquents et chronophages efforts d'analyse des mérites de la créance. Dans la mesure où les tiers financeurs interviennent habituellement dès le début du litige, la solution la plus évidente apparaît d'opérer une cession avant le début de la procédure judiciaire ou arbitrale.

(iii) Règles en matière de gage sur créances futures

77. Les tiers financeurs garantissent souvent leur investissement en se faisant conférer par la partie financée un gage sur la créance future pouvant résulter d'une issue favorable au litige.

La récente entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières¹⁸⁰ a confirmé la validité de la mise en gage de telles créances¹⁸¹.

En vertu de ce nouveau régime, la créance garantie du tiers financeur devra être déterminée ou déterminable, et la con-

¹⁷⁰. Nous y reviendrons (nos 92 et s.), la recommandation du 11 juin 2013 de la Commission européenne indique ainsi que « *les Etats 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: [...] de financer une action collective dans le cadre de laquelle la partie défenderesse est un concurrent du bailleur de fonds ou tient ce dernier en dépendance* » (n° 16).

¹⁷¹. D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, T. XIII, *La procédure notariale*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 43.

¹⁷². Cass., 25 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 990; Cass., 26 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 171.

¹⁷³. Loi du 8 août 1997 sur les faillites (« loi sur les faillites ») (*M.B.*, 28 octobre 1997, p. 28.562, art. 20).

¹⁷⁴. Art. 1699 à 1701 du Code civil. Pour une présentation générale de ces règles, voy. M. CHARLIER, « Le retrait de droits litigieux », in *Liber amicorum Marc Châtel*, Kluwer, 1991, pp. 47 et s.; G. DE FOESTRAETS, « Retrait litigieux et cessions d'universalité », *J.T.*, 2010, pp. 605 et s.

¹⁷⁵. En vertu de l'art. 1700 du Code civil, « *la chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit* ». Les procédures arbitrales doivent également être considérées comme étant visées par cette disposition.

¹⁷⁶. G. DE FOESTRAETS, « Retrait litigieux et cessions d'universalité », *J.T.*, 2010, p. 605.

¹⁷⁷. Cass., 8 février 1990, *J.T.*, 1990, p. 341; Anvers, 26 septembre 2005, *R.W.*, 2008-2009, p. 614; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 510; L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (suite) (1992-2010) », *R.C.J.B.*, 2014, n° 116.

¹⁷⁸. M. CHARLIER, « Le retrait de droits litigieux », in *Liber amicorum Marc Châtel*, Kluwer, 1991, p. 50; LE CLUB DES JURISTES, *Financement du procès par les tiers*, juin 2014, p. 14, accessible à www.leclubdesjuristes.com.

¹⁷⁹. Art. 14, 2., du Règlement Rome I; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 813, n° 14.57.

¹⁸⁰. *M.B.*, 2 août 2013, p. 48.463. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (voy. son art. 109). Pour une analyse complète, voy. W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691 et s.

¹⁸¹. Cette question était auparavant débattue en doctrine (voy. C. POULET, « Les garanties financières: une efficacité renforcée au détriment des droits des autres créanciers », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 245 et s.; D. CIOLINO et F. CERA, « Retour sur le gage, contrat de garantie financière », *D.A.O.R.*, 2009, pp. 229 et s.).

vention de gage mentionner le montant maximum à concurrence duquel cette créance est garantie¹⁸². Les gages seront opposables aux tiers à condition d'être enregistrés dans le Registre national des gages institué par la loi¹⁸³.

(iv) Conséquences de l'insolvabilité de la partie financée

78. Les sociétés se tournant vers un tiers financeur sont bien entendu susceptibles de faire face à des problèmes de liquidité, voire à des difficultés financières plus importantes¹⁸⁴. L'impact des régimes d'insolvabilité, qui relèvent bien entendu de l'ordre public, sur les contrats de tiers financement mérite dès lors d'être examiné.

Le droit belge sera applicable aux procédures d'insolvabilité (et à leurs effets) ouvertes en Belgique¹⁸⁵, soit lorsque le centre des intérêts de la partie financée (ou « COMI », qui est l'acronyme de sa version anglaise, le « *Centre of Main Interests* ») y est localisé. Ce dernier est défini comme le « lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers », et est présumé (de manière réfragable) correspondre au lieu du siège statutaire pour les personnes morales¹⁸⁶. Si le COMI de la partie financée se situe dans un autre Etat membre, les juridictions belges ne pourront être compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité que si la partie financée dispose d'un établissement en Belgique. Les effets de cette procédure « territoriale » seront alors limités aux biens de la partie financée se trouvant en Belgique¹⁸⁷.

79. Si la partie financée devait tomber en faillite, le curateur devra décider s'il poursuit le contrat de tiers financement et la procédure financée¹⁸⁸, et le tiers financeur pourra lui imposer de prendre position endéans les 15 jours. Le contrat de tiers financement pourra par ailleurs prévoir des clauses résolutoires en cas de faillite¹⁸⁹ (ce qui ne sera pas possi-

ble dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, voy. *infra*, n° 81).

80. Dans l'hypothèse où le curateur décidait de poursuivre le contrat de tiers financement et que la procédure financée devait aboutir à un résultat favorable, la rémunération du tiers financeur nous apparaît devoir constituer une dette de la masse au prorata des frais consentis par celui-ci postérieurement à la décision du curateur (les frais consentis antérieurement n'étant par contre pas privilégiés).

81. Lorsque les parties ont conclu un gage en vue de garantir la rémunération du tiers financeur, le droit applicable à cette sûreté dans le cadre d'une procédure de faillite sera celui du lieu de ce gage (la « *lex rei sitae* »), c'est-à-dire le lieu où il est (ou aurait dû être) enregistré ou le lieu où les intérêts principaux du débiteur sont situés¹⁹⁰ (voy. *supra*, n° 76 pour les conditions d'un gage sur créance future en droit belge, en ce compris les conditions d'enregistrement).

82. L'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire entraînera des conséquences plus restreintes sur l'exécution du contrat de tiers financement. En effet, en vertu de l'article 35 de la loi relative à la continuité des entreprises¹⁹¹, « *nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution* ».

83. Si la procédure financée devait se résoudre de manière favorable avant la fin de la procédure de réorganisation, la créance du tiers financeur sera considérée comme une créance sursitaire¹⁹², à tout le moins pour les prestations effectuées avant l'ouverture de la procédure¹⁹³. Le tiers financeur ne sera donc pas payé de l'ensemble de sa rémunération avant la fin de la procédure de réorganisation¹⁹⁴, et celle-ci pourra être réduite dans le cadre d'un plan de réorganisation¹⁹⁵.

^{182.} Art. 10, Livre III, Titre XVII, du Code civil.

^{183.} Art. 26, Livre III, Titre XVII, du Code civil.

^{184.} Ce n'est bien entendu pas nécessairement le cas, le tiers financement pouvant également s'expliquer par d'autres raisons comme une volonté de sortir les coûts du litige du bilan ou du budget alloué aux litiges de l'entreprise, d'externaliser le risque du litige, de consacrer les liquidités de l'entreprise à d'autres investissements, etc.

^{185.} Art. 7 du règlement n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *J.O.*, L. 141, 5 juin 2015, pp. 19-72 (le « règlement insolvabilité ») et 119 du Code DIP. Sur ces questions (sous l'emprise de l'ancien règlement), voy. I. VEROUSTRATE, « Les aspects internationaux de la faillite et de la réorganisation judiciaire », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, pp. 901 et s.

^{186.} Art. 3, 1., du règlement insolvabilité et 118 du Code DIP.

^{187.} Art. 3, 2., du règlement insolvabilité et 118 du Code DIP.

^{188.} Art. 46 de la loi sur les faillites.

^{189.} I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, p. 477.

^{190.} I. VEROUSTRATE, « Les aspects internationaux de la faillite et de la réorganisation judiciaire », in *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, pp. 944-945.

^{191.} Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (*M.B.*, 9 février 2009, p. 8.436).

^{192.} Dans la mesure où cette créance découle du contrat de tiers financement conclu avant l'ouverture de la procédure (art. 2, c), de la loi).

^{193.} Art. 36 de la loi (« *une créance issue de contrats en cours à prestations successives n'est pas soumise au sursis, en ce compris les intérêts contractuellement exigibles, dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure* »).

^{194.} On aperçoit en effet peu de circonstances dans lesquelles la partie financée pourra argumenter qu'un paiement volontaire d'une dette d'un tiers financeur est nécessaire à la continuité de l'entreprise, comme l'impose l'art. 33, 1°, de la loi.

^{195.} Dans le cadre d'un plan amiable (art. 15 et 43 de la loi), d'un accord collectif pouvant être imposé au tiers financeur s'il est adopté par la majorité des créanciers de la partie financée et homologué par le tribunal (art. 57). Le plan de réorganisation pourra prévoir une réduction de sa rémunération atteignant 85% (art. 49/1).

84. Une partie en réorganisation judiciaire pourrait envisager de conclure un accord de tiers financement après l'ouverture de la procédure. Si le tiers financeur devait accepter de prendre ce risque, sa créance ne sera pas considérée comme sursitaire même si la procédure financée est résolue de manière favorable avant la fin de la réorganisation judiciaire (p. ex. suite à une transaction). La rémunération du tiers financeur ne pourra alors pas non plus être réduite contre sa volonté, dans la mesure où seules les créances sursitaires peuvent faire l'objet de telles mesures dans le cadre d'un plan de réorganisation¹⁹⁶.

(v) Obligations d'agrément?

85. Les tiers financeurs ne devront pas être agréés en tant qu'institution de crédit auprès de la Banque Nationale en vertu de la loi bancaire¹⁹⁷. L'activité de ceux-ci ne consiste en effet pas « à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte »¹⁹⁸.

86. Le tiers financeur lui-même (selon son modèle de financement), voire le mécanisme contractuel mis en place entre le tiers financeur et la partie financée¹⁹⁹, pourrait par contre éventuellement être qualifié d'organisme de placement collectif (alternatif) au sens de la directive sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (ou « directive AIFM »)²⁰⁰, et son acte de transposition belge²⁰¹. Une telle qualification entraînerait la nécessité pour le gestionnaire de l'organisme de placement de s'enregistrer auprès de la FSMA (ou de l'autorité de contrôle nationale pertinente) voire, pour les organismes de placement gérant des actifs supérieurs à 100 millions d'euros (ou 500 millions pour les fonds ne recourant pas à l'effet de levier)²⁰², obtenir un agrément.

(vi) Autres questions éthiques et déontologiques

87. Comme nous le discuterons ci-après (voy. *infra*, nos 91 et s.), le tiers financement est susceptible de poser un certain nombre de questions éthiques et déontologiques (en termes de contrôle de la procédure par le tiers financeur, de transparence de son intervention, de risques de conflits d'intérêts, etc.), dont certains aspects font l'objet de règles de droit positif.

88. Ainsi, la protection du secret professionnel de l'avocat – sanctionnée par l'article 458 du Code pénal – est considérée comme faisant partie de l'ordre public, même si la jurisprudence considère désormais que son bénéficiaire, le client, peut librement y renoncer²⁰³. Il est dès lors essentiel pour les parties aux contrats de financement d'organiser de manière préalable la manière dont le tiers financeur pourra obtenir les informations nécessaires à contrôler le statut de la procédure financée.

89. On pense aussi au principe de loyauté procédurale ou de loyauté des débats, qualifié de « principe directeur du procès civil » par le professeur Van Compernelle²⁰⁴, qui pourrait être interprété comme requérant la partie financée de faire état de l'existence du contrat de tiers financement (sans en exposer les modalités) et de l'identité du tiers financeur dans certaines circonstances²⁰⁵, par exemple pour s'assurer de l'absence de tout conflit d'intérêts de la part du siège²⁰⁶. C'est particulièrement le cas en matière d'arbitrage, où il apparaît plus vraisemblable que les arbitres aient été amenés à travailler avec ou connaître des tiers financeurs, par exemple dans le cadre de leurs activités de conseil (on sait que nombre d'arbitres mènent en parallèle une carrière d'avocat, ou l'ont à tout le moins exercé avant de pratiquer en tant qu'arbitre). On pourrait argumenter que si le juge ou l'arbitre n'a pas conscience du conflit d'intérêt, son indépendance ou son impartialité ne sera pas affectée. Cependant, la

¹⁹⁶. Art. 48 et 49 de la loi.

¹⁹⁷. Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse (*M.B.*, 7 mai 2014, p. 36.794).

¹⁹⁸. Art. 1^{er}, § 3, de la loi bancaire.

¹⁹⁹. Pour une analyse complète, voy. F. LEFEVRE, P. CALLENS et G. CROISANT, « The Legality of Third Party Funding Mechanisms under Belgian Law », *b-Arbitra*, 2017/1, pp. 60-64.

²⁰⁰. Loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires (*M.B.*, 17 juin 2014, p. 45.353).

²⁰¹. Directive n° 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives n° 2003/41/CE et n° 2009/65/CE ainsi que les règlements n° 1060/2009 et n° 1095/2010, *J.O.*, L. 174, 1^{er} juillet 2011, pp. 1-73.

²⁰². Considérant n° 17 de la directive AIFM.

²⁰³. Cass., 12 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 361; Mons, 16 février 2004, *J.T.*, 2005, p. 582; Bruxelles, 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 428, note P. HENRY.

²⁰⁴. J. VAN COMPERNELLE, « Principes directeurs du procès civil », in G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, T. 2, *Manuel de procédure civile*, Larcier, 2015, pp. 61 et s. (« la loyauté professionnelle – peut être définie comme étant 'la correction attendue du juge, des auxiliaires du juge et des parties'. Notion protéiforme affectée d'une forte connotation éthique, la loyauté inspire et sous-tend de multiples applications tant il est vrai que c'est le plus souvent de manière empirique que l'on en ressent la nécessité »).

²⁰⁵. En ce sens, voy. G. RULKIN, « Le financement des litiges en droit des affaires. Plaidoyer pour un encadrement contractuel du 'Third Party Litigation Funding' », *Ius & Actores*, 2016, p. 77, n° 38.

²⁰⁶. Voy. not. les art. 828 à 842 du Code judiciaire concernant les juridictions judiciaires, et l'art. 1686 en matière d'arbitrage (« lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa désignation éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. A partir de la date de sa désignation et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans délai aux parties toutes nouvelles circonstances de cette nature »). En matière d'arbitrage d'investissement, voy. E. DE BRABANDERE, « 'Derde partij financieren' en de onafhankelijkheid van arbiters in internationale investeringsarbitrage », *b-Arbitra*, 2013, pp. 101 et s.

découverte de tels liens *a posteriori* pourra bien entendu permettre à la partie opposée à la partie financée d'invoquer l'existence de doutes légitimes. Il s'impose dès lors, à tout le moins, que le tiers financeur lui-même vérifie au début de la procédure et durant tout le cours de l'existence potentielle de liens avec les membres du siège, et que, dans l'affirmative, il communique celle-ci.

4.4.5. Existe-t-il une place pour le tiers financement dans le cadre de l'action en réparation collective?

90. Le législateur belge s'est écarté de la recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013 qui avait préconisé l'encadrement légal du tiers financement afin d'éviter un usage abusif du système ou des conflits d'intérêts²⁰⁷. La loi ne contient en effet aucune disposition à cet égard, comme le précise son *exposé des motifs*: « le projet correspond en grande partie à la recommandation: (...) modalités de financement (à cet égard la possibilité d'un financement par un tiers privé n'est cependant pas prévu) »²⁰⁸. Cette absence est sans doute une illustration de la philosophie générale du système d'action en réparation collective institué par la loi, qui entend éviter les recours abusifs. Le ministre de l'Economie de l'époque a ainsi rappelé lors des travaux parlementaire que « cette procédure ne vise pas à réaligner des profits ou à lancer une nouvelle activité économique »²⁰⁹.

91. Si le tiers financement n'est pas expressément réglementé, il n'est pas non plus prohibé par la loi²¹⁰. Les travaux préparatoires précisent que l'absence d'enrichissement du requérant est à la base de l'équilibre du système mis en place par la loi²¹¹, mais il pourrait avoir recours à l'assistance de tiers financeurs à but lucratif.

Conformément à la recommandation et à la proposition de Directive de la Commission européenne²¹², et dans la mesure où la capacité financière du requérant devrait être l'un des critères clés de l'appréciation de son caractère adéquat par le juge (voy. *supra*, n° 5), nous considérons que le représentant devrait déclarer dans sa requête l'éventuelle intervention

d'un tiers financeur²¹³. En effet, eu égard à l'influence décisive que pourrait avoir le tiers financeur sur le suivi de la procédure, ainsi que sur la conclusion d'un accord, et donc sur la véritable direction du procès et la protection des intérêts des consommateurs, le juge devrait tenir compte de l'existence et des modalités de cette intervention dans son appréciation du caractère adéquat du représentant et, ultérieurement, lors de l'homologation d'un éventuel accord.

92. La recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013 met en exergue les principaux problèmes que peut poser l'intervention d'un tiers financeur dans une procédure d'action collective:

« Les Etats 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;
- b) de financer une action collective dans le cadre de laquelle la partie défenderesse est un concurrent du bailleur de fonds ou tient ce dernier en dépendance;
- c) de percevoir des intérêts excessifs sur les fonds mis à disposition. »

La Commission recommande également d'interdire le calcul de la rémunération accordée au bailleur de fonds ou les intérêts que celui-ci percevra sur le montant de la réparation accordée par le juge²¹⁴.

Le rapport de la Commission européenne du 25 janvier 2018 concernant la mise en œuvre de cette recommandation du 11 juin 2013 indique qu'aucun Etat membre ayant introduit un mécanisme d'action collective, n'a légiféré la question du financement par une tierce partie (si ce n'est la Grèce et l'Irlande qui l'interdisent de façon générale)²¹⁵.

L'article 7 de la proposition de directive du 11 avril 2018, relatif au financement du représentant, reflète dans une très large mesure les principes dégagés par la recommandation du 11 juin 2013. Il est ainsi prévu que le représentant devra déclarer « à un stade précoce » de son action ses sources de financement (pour ses activités en général, et l'action concernée en particulier). Il devra également démontrer qu'il

207. Recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, précitée en note 24, considérant n°s 19 et 14 à 16.

208. *Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, p. 10.

209. Rapport du 17 février 2014 précité, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/004, p. 17.

210. H. BOULARBAH, « Class/collective actions in Belgium: overview », *PLC Class Actions Global Guide*, août 2015, accessible à www.global.practical-law.com, question n° 10.

211. *Exposé des motifs*, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 53-3300/001, pp. 12 et 34. Voy. aussi l'article 4(1)(c) de la proposition de directive du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE relative aux actions en cessation, COM/2018/0184 final.

212. Recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, précitée en note 24, n° 14; Proposition de directive du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE relative aux actions en cessation, COM/2018/0184 final, article 7(1).

213. En ce sens, H. BOULARBAH, « Class/collective actions in Belgium: overview », *PLC Class Actions Global Guide*, août 2015, accessible à www.global.practical-law.com, question n° 10.

214. Recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013, précitée en note 24, n°s 16 et 32.

215. Rapport de la Commission européenne du 25 janvier 2018, précité en note infrapaginale n° 107, point 2.1.6.

dispose des ressources suffisantes pour représenter au mieux les intérêts des consommateurs. Enfin, les juridictions compétentes pourront exiger du représentant qu'il refuse un financement voire, si nécessaire, pourront rejeter son action si elles constatent que le tiers financeur peut influencer les décisions du représentant, est un concurrent du défendeur ou est tenu en dépendance par ce dernier²¹⁶.

93. En pratique, il apparaît que la majorité des tiers financeurs dispose d'un portefeuille comptant de nombreuses procédures, voire même uniquement des parts de procédures financées par de multiples investisseurs²¹⁷, et qu'ils évitent d'adopter un rôle actif dans la gestion de ces dernières. Cette attitude s'explique notamment par les risques que présente l'existence des concepts de *maintenance*, de *champerty* et de *barratry* dans les états où le tiers financement a vu le jour (voy. *supra*, n^{os} 45 et s.), mais aussi aux coûts qu'entraînerait une telle gestion des nombreuses procédures financées.

94. Nous l'avons vu, il peut également arriver que les tiers financeurs créent une entité juridique distincte (un « *special purpose vehicle* » ou « SPV ») qui acquerra la créance litigieuse auprès des victimes connues du préjudice collectif et dirigera l'action à l'encontre du responsable²¹⁸. Dans l'hypothèse où le tiers financeur aura acquis les créances de l'ensemble des victimes du préjudice collectif, son influence sur la procédure ne posera bien entendu plus problème puisqu'il mènera lui-même l'action.

Nous savons toutefois qu'en Belgique le tiers financeur devra impérativement avoir recours à un représentant. Ce dernier devrait disposer des moyens et des compétences nécessaires pour garder un certain contrôle de la procédure. Il est d'ailleurs le seul client des avocats, même si le tiers financeur s'acquitte de leurs honoraires.

95. Le tiers financeur sera cependant susceptible d'exercer une influence considérable sur la procédure, par exemple en soumettant son intervention à certaines conditions spécifiques, entraînant de ce fait des risques de conflits d'intérêts. Cet élément plaide également pour la communication par le représentant de l'intervention d'un tiers financeur dès sa requête introductive d'instance (voy. *infra*, n^o 90). Une telle transparence permettrait également de rencontrer (à tout le moins partiellement) les autres problèmes identifiés par la recommandation.

96. Malgré la possibilité théorique du tiers financement de l'action en réparation collective, il nous semble douteux que celui-ci se développe dans le système législatif actuel.

Tout d'abord, la loi prévoit expressément la possibilité que l'entreprise défenderesse négocie ou soit condamnée à une réparation en nature plutôt que par équivalent²¹⁹. En pareille hypothèse, le tiers financeur ne pourra tirer un quelconque profit pécunier de l'action.

Ensuite, lors de l'exécution d'un accord en réparation collective ou d'une décision de condamnation intervenue au fond, le liquidateur sera tenu de verser l'indemnité directement aux consommateurs représentés, sous le contrôle du juge²²⁰. Le représentant ne pourra donc pas s'engager à ce qu'une partie de l'indemnité soit versée à un tiers financeur.

Par ailleurs, la loi permet uniquement au représentant de recouvrer les frais qu'il a réellement supportés pour mener l'action en réparation collective, à l'exclusion d'un quelconque bénéfice. Sauf à l'assumer sur ses fonds propres²²¹, le représentant ne pourra donc pas non plus offrir au tiers financeur plus que le remboursement des frais exposés.

97. Certes, on pourrait envisager que le tiers financeur s'assure de sa rémunération en démarchant lui-même les consommateurs, obtienne d'eux la cession d'une partie de leur indemnisation future, et propose à un représentant potentiellement éligible de financer pour lui la procédure, après avoir rassemblé un nombre suffisant de consommateurs adhérents. Cependant, même dans un tel scénario, des problèmes pratiques similaires à ceux que nous soulevons lors de notre examen d'une éventuelle demande de contributions des consommateurs par le représentant risquent de se poser: difficultés d'identification des victimes potentielles, *free-riding* et *rational apathy* (voy. *supra*, n^{os} 35 et s.).

98. Ces problèmes, en conjonction avec l'étroitesse du marché belge, vont vraisemblablement limiter l'intervention éventuelle de tiers financeurs à des situations tout à fait particulières, caractérisées par un préjudice collectif relativement important touchant un nombre limité de victimes facilement identifiables.

99. Il conviendra alors d'être particulièrement attentif à régler contractuellement la gestion des conflits d'intérêts pouvant survenir entre le tiers financeur et les victimes du préjudice collectif, dans la mesure où le représentant pour-

^{216.} Proposition de directive du 11 avril 2018 relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE relative aux actions en cessation, COM/2018/0184 final, article 7.

^{217.} Certains tiers financeurs vont jusqu'à regrouper de multiples procédures du même type avant de les titriser.

^{218.} C. VELJANOVSKI, « Third Party Litigation Funding in Europe », *Journal of Law, Economics and Policy*, vol. 8, n^o 3, 2012, p. 430; N. TZANKOVA, « Funding of mass disputes: lessons from the Netherlands », *Journal of Law, Economics and Policy*, n^o 8:3, 2012, pp. 549 et s.

^{219.} Voy. art. XVII.45, § 3, 6^e, XVII.54, § 1^{er}, 7^o et XVII.59, § 2, du C.D.E.

^{220.} Voy. art. XVII.58 et XVII.60 du C.D.E.

^{221.} Contrairement aux avocats (voy. *supra*, n^o 40), le représentant n'est pas soumis à une quelconque interdiction de conclure un accord de *contingency fee*. On pourrait donc envisager un accord de financement prévoyant que le tiers financeur supporte les frais de la procédure et ne soit remboursé de ceux-ci (augmentés d'une commission) par le représentant que dans l'hypothèse où l'action aboutirait.

rait être enclin à privilégier les intérêts de la personne finançant la procédure plutôt que ceux de l'ensemble de la classe. Bien que leurs intérêts seront habituellement alignés, tel ne sera pas toujours le cas. Ainsi, par exemple, on pourrait imaginer qu'après un calcul coûts/bénéfices, le tiers financeur se refuse à financer un appel contre une décision défavorable alors que, d'après l'analyse du représentant, il serait de l'intérêt de la classe de l'entreprendre. Un requérant n'ayant plus à se soucier des coûts du litige pourrait également vou-

loir poursuivre celui-ci même après avoir reçu une proposition de transaction tout à fait raisonnable.

100. Relevons que, pour tenter de contourner le système organisé par la loi et le monopole des représentants en matière d'actions en réparation collective, certaines sociétés de financement offrent aux avocats confrontés à des préjudices de masse de les accompagner dans des recours de droit commun en leur proposant une aide financière et organisationnelle²²².

5. CONCLUSION

101. Au terme d'une première analyse des coûts et du financement de l'action collective opérée quelques mois après l'adoption de la loi du 28 mars 2014 relative à l'action en réparation collective, nous écrivions que cette procédure « *semble destinée à demeurer exceptionnelle* »²²³.

Plus de 4 ans après son adoption, cette conclusion reste d'actualité. Les coûts importants de la procédure, l'absence de tout financement public et le monopole octroyé aux organisations représentatives des consommateurs en droit, et à Test-Achats dans les faits, a abouti à ce que seules six procédures aient été initiées.

102. Le financement par les tiers, envisagé par la Commission européenne comme l'un des moyens de permettre le développement des procédures de réparation collective s'il

est encadré de suffisamment de garanties, offrira-t-il une solution?

Il apparaît au terme de cette analyse que le représentant ne pourra vraisemblablement se tourner vers les victimes du dommage collectif, ses conseils ou un tiers financeur que dans certains cas relativement exceptionnels – caractérisés par un nombre limité de victimes ayant subi un préjudice important, ou par la défense d'une cause emblématique – et pourvu que le représentant ait été jugé adéquat malgré la déclaration de ces éléments.

Le projet de loi du 22 mars 2018 étendant l'action en réparation collective aux P.M.E. permettra justement que soient couvertes un nombre accru de situations rencontrant ces caractéristiques. Il reste à observer si leurs organisations représentatives sauront en tirer parti.

²²² Voy., p. ex., la société française We Claim (qui fait la promotion de ses services en Belgique également), qui explique sur son site web avoir souhaité « *créer un outil alternatif et complémentaire du dispositif procédural créé par la loi Hamon [l'équivalent français de la loi belge relative à l'action en réparation collective] pour permettre aux consommateurs et aux avocats de conduire eux-mêmes des actions collectives en justice sans être obligé de passer par des associations de consommateurs agréées* »; www.weclaim.com/.

²²³ F. LEFÈVRE et G. CROISANT, « L'action en réparation collective: ses coûts et son financement », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dirs.), *L'action en réparation collective*, Anthemis, 2015, p. 126.