

Premiers commentaires du CCBE sur les recommandations du Parlement européen à la Commission sur le financement privé responsable du règlement de contentieux

13/05/2022

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays, soit plus d'un million d'avocats européens.

Résumé

- Le CCBE se félicite de l'initiative du Parlement européen concernant un cadre juridique sur le financement privé responsable du règlement de litiges.
- Tout en reconnaissant les avantages que le financement du procès par des tiers a sur l'accès à la justice, le CCBE rappelle les dangers de cette pratique pour l'administration de la justice.
- Un encadrement du financement du procès par les tiers devrait également s'appliquer aux relations entre le tiers financeur et le défendeur. Le projet de directive ne mentionne et ne définit que le demandeur, sans justifier l'exclusion du défendeur. Le terme défendeur devrait également être inclus dans les définitions de l'article 3.
- Le CCBE considère que le Parlement européen devrait revoir le rôle de la profession d'avocat et établir une distinction claire entre le concept de conflit d'intérêts et l'indépendance de la profession d'avocat.
- Toute clause d'un accord de financement susceptible d'influencer la tâche de l'avocat et de l'empêcher de servir au mieux les intérêts de son client doit être interdite. L'article 11 b) du projet de directive doit être modifié en conséquence en supprimant le point i). afin d'exclure toute clause dans les accords avec les tiers restreignant l'autonomie de la partie .
- Les accords de financement par des tiers doivent garantir le principe du secret professionnel. Toute clause d'accord de financement par des tiers selon laquelle le financeur du litige peut contacter directement l'avocat de la partie n'aura aucun effet juridique en vertu de l'article 13 2). Le CCBE considère qu'il est important de séparer clairement la relation entre le financeur privé et le client de la relation entre le client et l'avocat.
- Concernant les clauses invalides, le projet de directive doit éviter les situations dans lesquelles l'invalidité d'une clause affecte les actes de procédure entrepris et les droits des parties eux-mêmes. L'article 13 2) devrait comporter une clause interdisant au financeur du litige d'influencer une transaction judiciaire de quelque manière que ce soit, indépendamment du stade auquel la transaction est conclue et indépendamment de ses conditions. Une clause interdisant l'influence du financeur du litige sur une demande relative à l'obtention de preuves génératrices de coûts et des recours judiciaires devrait également être ajoutée.
- Le projet doit préciser, au moins dans ses considérants, qu'il concerne non seulement les prestataires offrant le financement de contentieux en tant qu'activité principale mais également ceux exerçant de telles activités en tant que service accessoire.

- L'article 7 fait largement référence aux notions de devoirs fiduciaires et de relations fiduciaires, sans préciser pourquoi cette relation est nécessaire dans tous les cas ni l'objectif de cette relation. L'article 7 devrait être développé, notamment en indiquant les obligations concrètes des financeurs de litiges envers les parties.
- Le CCBE considère que le projet devrait clarifier le rôle des prestataires de services intermédiaires et mieux prendre en compte les spécificités de leurs relations avec le financeur et le demandeur. Le projet devrait clarifier les obligations et droits respectifs du financeur, de l'intermédiaire et de la partie.

A. Introduction

Le CCBE observe que la commission des affaires juridiques du Parlement européen rédige actuellement un rapport contenant des recommandations à la Commission sur le financement privé responsable du règlement de contentieux. Le projet de rapport¹ comporte une annexe à la résolution présentant le contenu d'une proposition de directive relative à la réglementation du financement des contentieux par des tiers.

Tel que le reconnaît le projet de rapport, la pratique du financement des contentieux par des tiers se développe alors qu'elle peut avoir des effets sur l'administration de la justice, par exemple en influençant les contentieux², et l'accès à la justice. Elle peut également avoir des conséquences importantes sur la déontologie de la profession d'avocat, en particulier ses principes fondamentaux, tels que l'indépendance de l'avocat, le droit et le devoir de l'avocat de maintenir la confidentialité des affaires de ses clients et de respecter le secret professionnel, ainsi que la prévention des conflits d'intérêts³.

À cet égard, le CCBE considère qu'il est de la plus haute importance que la profession d'avocat participe et soit consultée dans le processus d'élaboration d'une éventuelle initiative législative européenne sur le financement des contentieux par des tiers. Par conséquent, le CCBE présente ses premiers commentaires sur le projet de directive proposé par le Parlement européen.

B. Commentaires généraux

1. Les avantages du financement des contentieux par des tiers

La pratique du financement des contentieux par des tiers peut présenter un grand intérêt pour les parties et les avocats. Elle constitue un moyen d'accès à la justice pour les parties qui ne disposent pas des fonds nécessaires pour faire valoir leurs droits. Le financement des contentieux par des tiers peut offrir une solution au déséquilibre entre les parties. La pratique croissante du financement des contentieux par des tiers est également une possibilité qui ne doit pas être négligée par les praticiens du droit, en particulier les avocats.

2. Les risques

Cependant, l'intervention d'un financeur tiers peut entraîner une violation des obligations éthiques des avocats. À cet égard, le CCBE se félicite du fait que le Parlement européen reconnaisse les dangers que représente le financement des contentieux par des tiers pour l'administration de la justice et

¹ Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission sur le financement privé responsable du règlement de contentieux (2020/2130(INL)).

² Avis BRAK 51/2021, août 2021.

³ Charte des principes essentiels de l'avocat européen (CCBE).

envisage l'adoption d'un régime réglementaire pour garantir que les systèmes judiciaires en Europe ne donnent pas la priorité aux intérêts des investisseurs. En effet, en tant qu'entités commerciales, les financeurs de litiges ont leurs propres intérêts économiques et attendent des bénéfices de l'issue d'un contentieux. D'une manière ou d'une autre, ils peuvent essayer d'influencer le contentieux pour obtenir les résultats les plus rentables, créant ainsi des conflits d'intérêts avec les parties financées qui cherchent à faire valoir et appliquer leurs droits.

3. Champ d'application et inclusion du défendeur

Le CCBE considère qu'un encadrement du financement du procès par des tiers devrait également s'appliquer aux relations entre un tiers financeur et le défendeur. Bien qu'un accord de financement par des tiers couvre également un accord dans lequel l'investisseur supporte, en tout ou en partie, les coûts de la procédure en échange de l'obtention d'une rétribution sur le résultat, incluant le succès du défendeur (article 3(h)) ; selon l'article 2, le projet de directive s'applique uniquement aux relations entre les entités exerçant des activités de financement de litiges et les demandeurs. Le CCBE note qu'il y a 104 mentions du demandeur dans la proposition de directive et aucune explication ou justification de l'exclusion des défendeurs de l'encadrement du financement par les tiers. À cet égard, il pourrait y avoir des situations où le tiers financeur est intéressé par le jugement pour ses affaires futures et pourrait donc fournir un financement pour que le défendeur gagne ou soit passif pendant la procédure, ce qui pourrait être déterminant pour la prise de décision.

Par conséquent, le CCBE considère que le champ d'application du projet de directive devrait inclure non seulement le demandeur, mais aussi le défendeur en tant que parties susceptibles d'être financées dans le litige, et que le terme défendeur devrait être inclus dans les définitions de l'article 3.

4. Le rôle de la profession d'avocat

Le CCBE constate, en ce qui concerne le rôle de la profession d'avocat au sein du financement des contentieux par des tiers, que le point 6 de la page 5 de la résolution préparée par le Parlement européen doit être examiné de manière critique. Le fait de mandater un avocat est assimilé à un financement direct et est décrit comme constituant un conflit d'intérêts potentiel. Il convient de distinguer soigneusement le conflit d'intérêts de l'indépendance de la profession d'avocat. La question de savoir si la liberté d'agir d'un avocat dans une affaire donnée est entravée par une coopération permanente et récurrente avec un autre client ou une institution pouvant influencer l'attribution d'un mandat est traitée dans la loi sur la profession d'avocat sous le concept d'indépendance. La profession d'avocat a prouvé par le passé sa capacité à préserver son indépendance et sait comment éviter les restrictions déraisonnables à cette indépendance.

Du point de vue de la profession d'avocat, il est également surprenant que le projet ne mentionne pas la profession d'avocat au point D. de la page 4, mais plutôt « la médiation, le règlement extrajudiciaire des litiges/le règlement en ligne des litiges, le médiateur ou [les] mécanismes d'examen des plaintes gérés par les entreprises [qui] pourraient donner lieu à une indemnisation plus rapide et plus adéquate des parties ». Le libellé suggère que l'administration actuelle de la justice dans son ensemble n'est pas capable d'atteindre cet objectif, ce qui n'est pas le cas.

C. Contenu des accords de financement par des tiers

Le CCBE constate que les dispositions proposées à l'article 11 réglementent le contenu des accords de financement par des tiers étant donné que ceux-ci doivent être présentés dans « *des termes clairs et faciles à comprendre* », notamment pour ce qui concerne des éléments spécifiques tels que les risques que les parties assument, y compris « *toute restriction de l'autonomie des parties vis-à-vis de l'émission*

d'instructions au cabinet d'avocats de la partie ou de tout autre contrôle sur la conduite du contentieux » (article 11 b) i)).

Le CCBE considère que cette disposition ouvre la possibilité aux financeurs d'influencer la conduite du contentieux ou de restreindre les instructions données par le demandeur à son avocat. Toutefois, le demandeur reste libre de donner des instructions à son avocat sans être influencé, et l'avocat est libre de servir au mieux les intérêts de son client, sans être lié par un accord de financement.

Une telle disposition mettrait en péril l'indépendance de l'avocat, telle que reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »). Cette dernière a reconnu que l'objectif de la mission de l'avocat, représentant son client, consiste avant tout « à protéger et à défendre au mieux les intérêts du mandant, en toute indépendance ainsi que dans le respect de la loi et des règles professionnelles et déontologiques ». Selon la CJUE, « la notion d'indépendance de l'avocat (...) se définit non seulement de manière négative, c'est-à-dire par l'absence d'un rapport d'emploi, mais également de manière positive, à savoir par une référence à la discipline professionnelle ».

La Cour conclut que le devoir d'indépendance de l'avocat doit être compris comme « l'absence non pas de tout lien quelconque avec son client, mais de liens qui portent manifestement atteinte à sa capacité à assurer sa mission de défense en servant au mieux les intérêts de son client »⁴. Par conséquent, toute clause d'accord de financement susceptible d'influencer la tâche de l'avocat et de l'empêcher de servir au mieux les intérêts de son client est interdite.

Le CCBE considère que l'article 11 b) devrait être modifié en conséquence en supprimant le point i), afin d'exclure toute clause dans les accords avec les tiers restreignant l'autonomie de la partie .

En outre, le CCBE considère que l'article 11 b) i) est en contradiction avec les dispositions de l'article 13.2 sur les « Accords et clauses non valables » qui prévoit que « les tiers financeurs ne puissent pas influencer les décisions d'un demandeur au cours de la procédure » et que « toute clause des accords de financement par des tiers accordant à un tiers financeur le pouvoir de prendre ou d'influencer des décisions en rapport avec la procédure ne produit aucun effet juridique ».

D. Protection du secret professionnel

Le CCBE considère que toute initiative législative sur le financement des contentieux par des tiers doit garantir le respect du secret professionnel et la protection de la confidentialité des communications entre un client financé et son avocat. Un tiers financeur peut essayer d'obtenir des informations sur la nature et le déroulement de la procédure financée. À cet égard, il peut souhaiter obtenir ces informations directement auprès de l'avocat de la partie financée. L'accord de financement par un tiers pourrait le prévoir.

Cependant, l'avocat est soumis au secret professionnel et ne peut révéler à un tiers financeur ni documents, ni informations ni même confidences du client financé relevant du secret professionnel. **Les accords de financement par des tiers doivent garantir le principe du secret professionnel. À cet égard, toute clause d'accord de financement par des tiers selon laquelle le financeur du litige peut contacter directement l'avocat de la partie n'aura aucun effet juridique en vertu de l'article 13 2).**

Le CCBE considère qu'il est important de séparer clairement la relation entre le financeur privé et le client de la relation entre le client et l'avocat. Cette dernière ne peut faire l'objet d'aucune ingérence de la part du financeur privé afin de préserver le secret professionnel.

⁴ CJUE, Grande Chambre, 4 février 2020, Uniwersytet Wrocławski, affaires C-515/17 P et C-561/17 P, §§62-64.

E. Conséquences des accords non valables

Le CCBE considère que les dispositions de l'article 13 pourraient être inadéquates et préjudiciables au demandeur, qui doit être, selon le paragraphe 6 de l'article 13, indemnisé de toute perte provoquée si un accord de financement s'est révélé non valide en raison d'une violation des principes contenus dans la directive.

Le constat d'invalidité entraîne l'extinction des droits contractuels (exécution spécifique) et le renvoi de la partie à une demande d'indemnisation. **Le CCBE estime qu'un demandeur pourrait être dans une meilleure position si l'accord de financement n'était pas considéré comme invalide dans son intégralité en raison d'une clause invalide, mais qu'il restait valide dans la mesure permise par la directive, en éliminant uniquement la clause invalide.**

En fonction des relations contractuelles, l'invalidité de l'accord de financement ne protège pas le demandeur étant donné qu'il n'a pas conclu d'accord avec le financeur du litige. Par exemple, si une organisation à but non lucratif regroupe des demandes, seule l'organisation sera indemnisée en vertu du paragraphe 6 de l'article 13 étant donné que les relations contractuelles n'existent qu'entre l'organisation et le financeur.

Le CCBE considère que les dispositions du projet de directive doivent éviter les situations dans lesquelles l'invalidité d'une clause affecte les actes de procédure entrepris et les droits des parties eux-mêmes.

En outre, le CCBE considère que l'article 13 2) devrait comporter une clause interdisant au financeur du litige d'influencer une transaction judiciaire de quelque manière que ce soit, indépendamment du stade auquel la transaction est conclue et indépendamment de ses conditions. Une clause interdisant l'influence du financeur du litige sur la demande d'obtention des preuves génératrices de coûts et des recours judiciaires devrait également être ajoutée.

F. manque de clarté dans la terminologie et dans le champ d'application du projet de directive

Le CCBE considère qu'en raison du manque de clarté dans la formulation du projet, il est difficile de savoir si le champ d'application de la directive proposée inclut uniquement le financement d'un « contentieux » ou s'il concerne également les phases précontentieuses, telles que la négociation d'une transaction. Le CCBE note que l'article 2 ne fait référence qu'aux litiges, tandis que l'article 3 fait référence aux litiges « devant un tribunal ou une autorité administrative ». **À cet égard, le CCBE considère que le champ d'application du projet de directive devrait explicitement inclure le règlement extrajudiciaire des litiges.**

En outre, le CCBE constate que le projet parlementaire fait référence aux financeurs de litiges en tant qu'« entreprises », sans faire de distinction entre les entreprises pratiquant le financement de litiges en tant qu'activité principale et les entreprises offrant de tels services en tant que service accessoire. **Le CCBE considère à ce sujet que le projet doit préciser, au moins dans ses considérants, qu'il concerne non seulement les prestataires offrant le financement de contentieux en tant qu'activité principale mais également ceux exerçant de telles activités en tant que service accessoire.**

G. Autres remarques

• Obligations et relations fiduciaires

Dans son article 7, le projet fait largement référence aux notions de devoirs fiduciaires et de relations fiduciaires, sans préciser pourquoi cette relation est nécessaire dans tous les cas ni l'objectif de cette relation. Une formulation aussi large peut conduire à des doutes quant à la véritable nature juridique des relations entrant dans le champ d'application de la directive entre un demandeur et un financeur de litiges, ainsi que des obligations qui y sont liées. **Le CCBE considère que l'article 7 du projet de directive devrait être développé, notamment en indiquant les obligations concrètes des financeurs de litiges envers les parties.** Il serait correct d'insérer une référence soit aux obligations fiduciaires, soit à la création d'obligations fiduciaires.

La seule situation dans laquelle le concept de relation fiduciaire s'applique est celle où la cession de la créance est faite à un tiers qui, en tant que partie, provoque en même temps l'exécution de la créance et donc la prise en charge du risque de contentieux. À l'inverse, si le tiers finance le contentieux, il s'agit d'un simple financement et non d'une relation fiduciaire. Dans tous les cas, les conséquences négatives d'une invalidité de l'accord de financement du contentieux pour les bénéficiaires doivent être prises en considération.

• Seuil de la rétribution du financeur du litige

Le CCBE fait remarquer qu'il n'y a aucune justification ni explication du choix du pourcentage maximum de 40 % admissible comme rétribution réclamée par le financeur du litige tel que prévu au point 4 de l'article 13. Un pourcentage maximal de 25 à 30% devrait suffire comme rétribution du financeur du litige. **Le CCBE considère que le projet de directive devrait motiver et justifier le seuil de la rétribution du financeur du litige.**

• Prestataire intermédiaire de services juridiques

Le CCBE observe que les conditions dans lesquelles le projet de directive s'applique aux prestataires de services intermédiaires ne sont pas claires, par exemple lorsque les accords de financement de contentieux ne sont pas conclus directement avec le bénéficiaire effectif mais avec de tels intermédiaires. C'est le cas lorsque l'accord de financement n'est pas conclu avec le bénéficiaire effectif de la demande mais avec un prestataire de services juridiques, tel qu'une société de recouvrement de créances, un avocat ou une entité qualifiée représentant les consommateurs. Ce type de situation pourrait entraîner des conflits d'intérêts au détriment du bénéficiaire effectif de la demande. **Le CCBE considère que les spécificités de ces relations devraient être mieux prises en compte dans la proposition. Ses dispositions devraient clarifier les obligations et droits respectifs du financeur, de l'intermédiaire et de la partie.**