

Myriam Doriat-Duban, Cécile Bourreau-Dubois

BETA – UMR CNRS 7522, Université de Lorraine

Auteur correspondant : myriam.duban@univ-lorraine.fr

L'ANALYSE ECONOMIQUE DES CONFLITS FINANCES PAR DES TIERS

Résumé : Le financement des procès par des tiers se développe dans de nombreux pays, quelle que soit leur tradition juridique. Justifié par un meilleur accès au droit des justiciables, ce mode de financement, fondé sur la recherche du profit davantage que sur la volonté de faire appliquer le droit, pourrait avoir d'importantes conséquences sur le fonctionnement de la justice. L'analyse économique du droit qui s'intéresse à l'impact des règles de droit et des systèmes juridiques sur les incitations à poursuivre et la résolution des litiges, trouve ici un nouveau terrain d'étude. L'objectif de cet article est de présenter une synthèse des travaux très récents en économie des conflits sur ce sujet, et de montrer que derrière la satisfaction d'intérêts privés, le développement de ce type de financement génère des effets externes tant positifs que négatifs, avec des conséquences indéterminées en termes de bien-être social.

Mots Clé : économie des conflits, financement de procès par des tiers.

JEL Classification : K41.

THE ECONOMICS OF THIRD-PARTY LITIGATION FUNDING

Abstract: Third-Party litigation Funding is growing in many countries, regardless of their legal tradition. Encouraged by a better access to justice this method of financing, based on the profit rather than on the will to enforce the law, could have major consequences on the functioning of justice. The economic analysis of law that deals with the impact of the law and legal systems on dispute resolution is a new field of study. The objective of this article is to present a synthesis of very recent works on the economics of conflict on this subject and to show that behind the satisfaction

of private interests, the development of this type of financing generates external effects both positive and negative, with undetermined consequences in terms of social welfare.

Keywords: economics of litigation, third-party financed litigation.

Introduction

Le financement des procès par des tiers (FPT) est apparu pour la première fois en Australie, au début des années 1990. Il s'est ensuite étendu aux autres pays de *Common Law*, d'abord aux Etats-Unis puis plus récemment au Royaume-Uni. Leur développement dans les pays de tradition civiliste est plus tardif et surtout beaucoup plus modeste, à l'exception de l'Allemagne¹. Ainsi, en France par exemple, le FPT ne concerne que des affaires relevant de l'arbitrage international [de Fontmichel 2012].

Dans la pratique, il existe plusieurs modes de FPT qui diffèrent sensiblement entre eux. Ainsi, par exemple, aux Etats-Unis², il en existe trois types [Faure et de Mot 2012] : les prêts accordés aux victimes de dommages corporels ou de pratiques discriminatoires (*Consumer legal funding*) et dont l'objectif consiste à fournir des revenus de substitution à la victime, celle-ci devant rembourser le capital prêté et les intérêts fixés au contrat si elle obtient une indemnisation (soit par arrangement, soit par jugement) ; les prêts accordés à des firmes d'avocats pour leur fournir des capitaux dans un système de *contingent fees*³ ; l'investissement dans des litiges commerciaux où le tiers prend en charge tous les frais de procès en échange d'un pourcentage sur les montants des dommages et intérêts obtenus à l'issue du procès s'il est gagné ou de l'arrangement. Une autre distinction, proposée par Veljanovski [2012], sépare les FPT selon que le tiers est passif (*passive funding*), en ce

¹ Pour une présentation plus détaillée de l'historique du financement des procès par des tiers, consultez : Club des juristes [2014], *Financement du procès par les tiers*, rapport réalisé par la commission financement de procès par les tiers, sous la présidence de Jean-Pierre Ancel, Président de la chambre honoraire de la Cour de cassation, 71 pages.

² Cette distinction, reprise dans la littérature, constituera le socle de notre analyse et nous préciserons dès que nécessaire, le type de financement sur lequel porte notre analyse.

³ Dans le système des *contingent fees*, autorisé aux Etats-Unis, l'avocat avance tous les coûts de procès et se rémunère sur les sommes perçues par la victime à l'issue du procès ou en cas d'arrangement. L'avocat supporte tous les risques puisqu'il est rémunéré uniquement s'il gagne le procès.

sens qu'il n'intervient pas dans la résolution de l'affaire dont il se contente d'assurer le financement en vue de percevoir un bénéfice (formule qui prévaut plutôt en Europe), ou que le tiers est actif (*active funding*), en ce sens qu'il s'implique directement dans la conduite du litige jusqu'à sa résolution (formule qui existe en Australie, aux Etats-Unis ou dans certaines actions de groupe en Europe). Selon la nature du financement et/ou l'implication du tiers, les conséquences du FPT peuvent différer sensiblement, ce qui rend l'analyse plus complexe.

Ces types de financement ne sont pas réellement une nouveauté et ont fait dans le passé l'objet d'interdiction, puis de positions plus nuancées de la part du législateur. En particulier, aux Etats-Unis, l'interdiction des doctrines de « maintenance » and « champerty »⁴ est souvent évoquée même si plusieurs Etats reconnaissent désormais la possibilité de recourir à ces types de financement tandis qu'en France, s'ils sont encore peu développés, rien ne semble s'opposer à leur licéité⁵.

L'économie du droit, dont l'objet d'étude porte sur l'influence des règles de droit et des systèmes juridiques sur le comportement des individus, s'est légitimement intéressée au FPT, en particulier parce que les questions qu'il pose sont celles traditionnellement traitées par l'économie des conflits. En effet, ce courant étudie plus particulièrement l'influence des règles de droit et des procédures de résolution des litiges sur les incitations des individus (qualifiés de demandeurs) à faire valoir leurs droits devant un tribunal contre la partie adverse (qualifiée de défendeur) et à conclure des arrangements ou à aller jusqu'au procès. Cette approche *ex post* qui analyse le comportement des acteurs après l'occurrence du dommage ou de l'atteinte supposée au droit d'autrui, est complétée d'une approche *ex ante* visant à établir l'influence des litiges sur les incitations à éviter les dommages. En matière de FPT, l'économiste, contrairement au juriste qui va s'intéresser à la validité juridique de ce type d'arrangement et au type de contrat devant l'organiser⁶, va ainsi

⁴ « A number of other courts, however, have objected to the practice of litigation lending and invalidated such contracts. Among these decisions, most point to prohibitions against “maintenance,” which is interference in litigation by those with no legitimate interest in the claim, and “champerty,” which is maintenance by those seeking to profit from another’s lawsuit” [Lyon 2010].

⁵ « En droit français, tirer profit d’une action en justice est suspecté. Traditionnellement, il existe une distinction faite dans les mœurs entre justice et argent (...) Pour autant, le mécanisme de financement par un tiers serait-il susceptible d’être condamné, à l’instar de l’interdiction des pactes *de quota litis*. La réponse doit être négative en raison de la capacité des SFP à contourner les obstacles juridiques susceptibles de se dresser devant elles » [de Fontmichel 2012].

⁶ Consulter sur ce point le rapport du Club des juristes [2014].

s'interroger, dans une approche *ex post*, sur les incitations du demandeur à recourir à ce type de financement, à celles du financeur de proposer une offre, à l'impact que cela peut avoir sur l'incitation du défendeur à proposer ou à accepter une offre de règlement amiable, aux modifications que cela peut entraîner dans la relation entre le demandeur et son avocat. Dans une approche *ex ante*, il se demandera si un accès au droit facilité peut avoir des conséquences sur la prise de précaution des auteurs de dommage potentiels et l'incitation à prendre des mesures visant à limiter l'occurrence des conflits. Ce faisant, l'économiste du droit est en mesure d'éclairer le législateur sur le caractère socialement souhaitable de l'autorisation et du développement de ce type de financement des procès, venant en cela contribuer à un débat dont les enjeux dépassent la seule sphère juridique.

Nous proposons, dans le cadre de cet article, une présentation des enseignements des travaux en économie du droit consacrés au FPT. Plus précisément, nous mobilisons ces travaux, tous publiés très récemment, dans une démarche originale, le but n'étant pas simplement de restituer des analyses existantes mais d'alimenter la réflexion globale et d'apporter des éléments d'éclairage au débat suscité par ce type de financement. Ainsi, dans une deuxième partie, après une présentation établissant que le FPT appartient à un dispositif plus large de financement de l'accès au droit, nous montrons que son étude nécessite une analyse comparative avec l'ensemble des modalités de financement possibles (autofinancement, aide juridictionnelle, assurance de protection juridique, honoraire de résultat). Nous nous recentrons, dans une troisième partie, sur le FPT en nous intéressant d'abord au côté demande, par l'étude des incitations du demandeur à recourir à ce type de financement, puis au côté offre en explicitant les raisons de son émergence. Enfin, nous élargissons l'analyse à l'ensemble des acteurs concernés et aux effets externes positifs et négatifs que cette modalité de financement engendre. La quatrième partie est ainsi consacrée à la question du caractère socialement souhaitable ou non du FPT.

2. Etude comparative du financement de procès par des tiers

Le FPT constitue la dernière innovation en termes de prise en charge des coûts de procès. Après avoir présenté les différents modes de financement de procès possibles, nous nous intéresserons aux spécificités du FPT puis nous aborderons l'analyse de ce type de financement sous l'angle de l'économie des conflits.

2.1. Diversité des modes de financement de l'accès au droit

Dans tous les pays démocratiques, l'accès au droit pour l'ensemble des justiciables constitue un droit fondamental, protégé en Europe par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. La possibilité de recourir à la justice pour faire valoir ses droits peut néanmoins être entravée par les coûts de procès, dont l'importance peut varier sensiblement selon le type de conflits mais aussi selon le système juridique (l'accès à la justice étant en effet plus coûteux d'une manière générale dans les pays de *Common Law*, en particulier aux Etats-Unis, que dans les pays de droit civil⁷). Il existe plusieurs modes de financement de l'accès au droit, lorsqu'un demandeur (i.e. le justiciable qui souhaite faire valoir un droit ou une prérogative) décide d'intenter des poursuites contre un autre justiciable (qualifié de défendeur). Le demandeur peut financer lui-même son action en justice. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'un individu, cette possibilité peut être entravée par une contrainte budgétaire, les liquidités disponibles pouvant être insuffisantes pour couvrir les frais de procédure et les honoraires des avocats. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise, celle-ci peut connaître des difficultés de trésorerie et ne pas disposer des fonds suffisants pour faire valoir ses droits devant un tribunal. Plusieurs autres modes de financement sont alors possibles.

La première alternative relève de la solidarité nationale et ne concerne que les justiciables les plus pauvres. Il s'agit pour l'Etat de permettre l'accès au droit des plus démunis par l'octroi d'une aide financière (*legal aid* dans les pays de *Common Law*, aide juridictionnelle en France), partielle ou totale, lorsque des poursuites sont intentées. Face au poids croissant de cette aide financière dans le budget de plus en plus contraint des Etats, ce mode de financement a été considérablement limité et d'autres modes de financement de l'accès au droit sont recherchés, modes qui consistent à étendre aux plus démunis des modes de financement accessibles à des catégories de justiciables plus aisées. C'est ainsi que s'est développée, en particulier en Europe, l'assurance de protection juridique [Faure et de Mot 2012]. L'assureur prend en charge tout ou partie des frais de procès (souvent avec un plafond) en échange du versement d'une prime d'assurance par le justiciable⁸. La

⁷ Club des juristes [2014].

⁸ Il existe en réalité deux types d'assurance de protection juridique. Nous traitons ici des assurances dites *before-the-event* où l'assurance est souscrite avant toutes poursuites judiciaires pour couvrir tout ou partie des frais de procès si un conflit survient. Mais il existe aussi un autre type d'assurances, *after-the-event*, où l'assurance couvre les coûts qui résulteraient d'une condamnation. La prime d'assurance est alors payée uniquement si l'affaire est gagnée [Veljanovski 2012].

logique sous-jacente consiste à transférer le risque de procès à un tiers qui n'a pas d'intérêt direct au conflit en ce sens qu'il n'est pas partie prenante au résultat, mais dont le métier est de gérer les risques, le risque de procès n'étant qu'un risque parmi d'autres⁹. Les Etats-Unis ont opté, pour leur part, pour un système fondé non pas sur les assurances mais sur les avocats, via un système de rémunération exclusive au résultat (*contingent fees*). Les frais de procès sont pris en charge par l'avocat qui se rémunère ensuite en percevant un pourcentage des gains du demandeur (environ 30% des dommages et intérêts) s'il gagne l'affaire (ou si un accord est conclu avec la partie adverse) mais qui ne reçoit rien s'il perd le procès. Au-delà de la prise en charge des coûts de procès, ce système organise un transfert de risque du demandeur vers l'avocat puisque le demandeur ne supporte aucun frais de procès s'il perd. Néanmoins, contrairement à l'assurance de protection juridique, le risque est ici transmis à une partie prenante au conflit, l'avocat étant directement impliqué dans la résolution du litige. Enfin, depuis le début des années 1990, le FPT élargit la panoplie des financements possibles, à la différence que l'accès au droit n'est pas perçu ici comme une façon de faire reconnaître des droits mais comme un moyen d'obtenir un rendement en investissant dans une activité risquée.

En définitive, dans tous les modes de financement de l'accès au droit, les coûts de procès du justiciable sont transférés à un autre agent (Etat, avocat, assureur, investisseur), moyennement paiement pour le demandeur, sauf dans le cas de l'aide financière de l'Etat qui relève de la solidarité collective. Dans une perspective économique, ces systèmes sont fondés sur une conception du droit à poursuivre relevant des droits de propriété au sens coasien du terme [Shavell 2004, p. 737] : chaque individu dispose de la possibilité d'échanger soit son droit à intenter une action en justice (par exemple dans le cas des *patent trolls*¹⁰), soit son droit à percevoir une indemnisation [de Morpurgo 2011]. Le financeur (qu'il s'agisse de l'avocat, de l'assureur ou de l'investisseur) achète en effet, par les fonds qu'il injecte dans l'affaire, soit le droit de percevoir une prime (pour l'assureur), soit le droit de percevoir tout ou partie

⁹ Le conflit peut, au moins dans certains domaines du droit, être considéré comme un risque au sens économique du terme, puisqu'il est possible d'estimer à la fois la probabilité de victoire et le montant des dommages et intérêts. Ceci peut aussi expliquer que les assureurs se détournent des conflits les plus risqués et se concentrent, en particulier pour la France, principalement sur ceux qui relèvent du droit de la consommation, du droit immobilier et du droit du travail [Brunel 2011].

¹⁰ Ces entreprises se constituent des portefeuilles de brevets dans le seul but d'utiliser ensuite la menace d'un procès en contrefaçon afin d'extorquer des fonds aux entreprises innovantes [Pénin 2010].

des dommages et intérêts (dans le cas de l'avocat rémunéré au résultat ou du tiers financeur). La question qui se pose est alors de savoir ce qui va guider le choix des justiciables vers tel ou tel mode de financement lorsqu'ils souhaitent intenter des poursuites.

2.2. Complémentarité ou substituabilité des modes de financement de l'accès au droit

Plusieurs différences importantes existent entre les différents modes de financement de l'accès au droit. S'ils constituent des substituts très imparfaits lorsqu'ils sont concurrents pour un même justiciable, ils sont plus largement complémentaires en ce sens qu'ils permettent l'accès au droit à un large éventail de justiciables différents.

Leur substituabilité est d'abord limitée par le fait qu'ils n'interviennent pas au même moment du litige. Ainsi, l'assurance de protection juridique intervient *ex ante*, avant sa survenue. Le justiciable doit donc anticiper le risque d'avoir un jour à aller en justice (ceci vaut pour le demandeur qui intente des poursuites mais également pour le défendeur qui court le risque d'être assigné en justice). En revanche, les systèmes d'aide juridictionnelle, d'honoraires de résultat ou de FPT reposent sur des logiques *ex post* puisque les justiciables y recourent une fois le litige né.

En dépit de cette temporalité différente, ces systèmes peuvent être concurrents les uns des autres. Faure et de Mot [2012] se sont notamment interrogés sur les raisons du faible développement de l'assurance de protection juridique et à l'inverse du recours croissant au FPT, dans les pays de *Common Law* où les honoraires de résultats sont autorisés à titre exclusif (système de *contingent fees* aux Etats-Unis) ou complémentaire (système de *conditional fees* au Royaume-Uni où l'avocat est rémunéré partiellement au résultat, au-delà d'une rémunération horaire). Ils concluent que les honoraires de résultat ne constituent pas un obstacle au développement du FPT pour plusieurs raisons. D'une part, les avocats n'ont pas toujours la capacité financière de supporter les coûts de procès des très grosses affaires, notamment dans le cas des *class actions* et lorsque la durée des procédures est très longue ; le tiers financeur peut alors apporter les capitaux nécessaires aux firmes d'avocats pour qu'elles puissent accepter l'affaire. D'autre part, les avocats ne sont pas autorisés à prendre en charge tous les frais de leurs clients. Ainsi, dans une affaire de préjudice corporel, le tiers financeur pourra proposer un prêt au demandeur afin de lui fournir les ressources nécessaires à sa vie quotidienne et aux soins que son état peut justifier, ce que l'avocat n'est pas autorisé à faire. Enfin, le

tiers financeur s'intéresse seulement à l'aspect financier de l'affaire tandis que l'avocat est concerné par le service qu'il fournit en termes d'assistance juridique et donc par le fond de l'affaire. Le choix de l'affaire peut ainsi avoir un impact sur sa réputation alors qu'il ne relève que d'une logique financière pour le tiers financeur qui peut choisir de financer des affaires qu'un avocat refuserait¹¹.

D'autres éléments relatifs au développement des financements par des tiers ont été analysés par Faure et De Mot [2012], comme les problèmes d'anti-sélection et de risque moral auxquels sont soumis à la fois les assureurs et les tiers financeurs et qui pourraient contraindre leur développement respectif. Les parades classiques en termes de recherche d'informations, de plafond de couverture, d'imposition de franchise permettent aux assureurs de les résoudre tandis que les tiers financeurs s'engagent généralement dans une collecte d'informations très poussée sur la qualité de l'affaire (sélection minutieuse des affaires financées, évaluation des chances de certification dans le cas des *class actions*, etc.) de sorte que ces problèmes sont généralement résolus.

La concurrence entre ces différents systèmes de financement n'empêche pas leur possible cohabitation au sein d'un même système juridique, en particulier parce qu'ils ne s'adressent pas aux mêmes justiciables. Ainsi, l'assurance de protection juridique s'adresse aux individus et aux petites entreprises tandis que le FPT concerne des affaires aux enjeux plus élevés, l'investissement moyen étant compris entre 500 000 et 3 millions de dollars et peut excéder 15 millions de dollars [de Fontmichel 2012]. Concernant les autres financements, l'aide juridictionnelle finance principalement des affaires dans les domaines civil et pénal tandis que le FPT, au moins en Europe, concerne surtout des affaires relevant du droit commercial (en France, ce type de financement concerne uniquement l'arbitrage international). L'analyse comparative entre les différents modes de financement est donc particulièrement intéressante pour les affaires où ces financements sont potentiellement en concurrence. Il peut alors être utile, pour les autorités publiques notamment, de mener une analyse comparative des avantages et inconvénients de chacun. Dans une perspective d'économie des conflits, il s'agit d'étudier l'impact de ces différents modes de financement sur la fréquence des poursuites, le montant des arrangements et l'issue des litiges (procès ou arrangement).

¹¹ On peut remarquer ici que l'interdiction du pacte de *quota litis* (honoraires pur de résultat) en France est justifiée, au moins en partie, par les valeurs auxquelles doivent adhérer les avocats, notamment le désintéressement. Or, le tiers financeur, contrairement à l'avocat, a pour seule motivation la recherche d'une rentabilité sur l'investissement risqué qu'est le conflit.

2.3. Etude comparative des modes de financement des procès dans une perspective d'économie des conflits

Le FPT constitue, comme nous l'avons vu, un mode de financement possible parmi d'autres. Dans une perspective comparative, il convient de s'interroger sur les conséquences relatives, en termes de fréquence des poursuites et de mode de résolution des conflits, de l'instauration d'un FPT comparativement à ce qui peut être observé avec d'autres types de financement. Cette démarche courante en économie des conflits a déjà permis de comparer l'aide juridictionnelle avec l'autofinancement [Doriât-Duban 2001], avec l'assurance de protection juridique [Ancelot, Doriât-Duban et Lovat 2012] et avec l'honoraire de résultat [Chappe et Lambert 2014] tant sur les incitations à poursuivre qu'à conclure un accord à l'amiable, avec l'impact que cela peut avoir sur le comportement de précaution des auteurs de dommage potentiels.

Deffains et Desrieux [2014], pour leur part, sont les premiers à intégrer le FPT dans une comparaison avec l'autofinancement et l'honoraire de résultat. Les auteurs montrent plus précisément que le FPT n'accroît pas nécessairement l'accès à la justice. En effet, ils concluent qu'aucun mode de financement ne garantit l'accès à la justice alors même que l'affaire est « méritoire » au sens où les gains attendus des poursuites excèdent les coûts escomptés. Plus précisément, si l'accès à la justice est contraint par une barrière de coûts dans le cas de l'autofinancement et de l'honoraire au résultat, il l'est par une barrière de rentabilité sous un FPT. Ce résultat tient au fait que le FPT accroît les coûts de transaction. Plus précisément, alors que l'honoraire de résultat organise une relation entre deux acteurs, l'avocat et son client, le FPT met en scène trois agents, l'avocat, le client et l'investisseur. Les raisons à ces coûts supplémentaires sont multiples : obligation de signer deux contrats (un contrat entre l'avocat et le client et un autre entre le tiers financeur et le client) plutôt qu'un seul, coûts de négociations avec le tiers financeur (sur le pourcentage des dommages et intérêts prélevés sur l'indemnisation ou sur le taux d'intérêt lorsqu'il s'agit d'un prêt pour couvrir les dépenses quotidiennes, mais aussi sur les clauses de contrôle et de décision¹²), coûts d'étude et d'expertise de l'affaire (analyse des faits, de la loi applicable, de la qualité des avocats du demandeur,

¹² Ainsi, comme le rappelle Menétrey [2014, p. 1430] pour la France, « la partie financée doit en principe garder le contrôle complet de la procédure, la partie demeure le seul titulaire de l'action et le tiers n'intervient que comme financeur. Il s'agit de la conception la plus évidente du point de vue juridique [...] D'autres cas de figure sont néanmoins possibles et la conformité au droit procédural devient plus aléatoire ». Une clause de direction de procès, si elle était reconnue licite, pourrait ainsi donner au financeur la capacité de contrôler directement le procès. Cette possibilité est également discutée dans le rapport du Club des juristes [2014, p. 2]

de l'aversion pour le risque de la partie adverse, etc.), coûts de résolution des conflits susceptibles d'émerger au cours du processus de décision partagée (en particulier sur l'acceptation de l'accord). Les tiers financeurs investissent dans l'affaire uniquement s'ils estiment qu'elle est suffisamment rentable une fois l'ensemble de ces coûts intégrés. Mais, comme pour tout placement financier, ils effectuent aussi des arbitrages avec les autres placements possibles ; si le rendement attendu de l'affaire s'avère inférieur au rendement d'investissements alternatifs sur les marchés financiers, les tiers renoncent à financer l'affaire alors même que le gain net attendu est positif.

Deffains et Desrieux [2014] montrent également qu'en présence d'une asymétrie d'information du défendeur sur la qualité réelle de l'affaire¹³, le FPT peut inciter les demandeurs dont les affaires sont « frivoles » (c'est-à-dire dont les gains attendus aux procès sont inférieurs aux coûts, en particulier parce que la probabilité de gagner le procès du demandeur est faible) à intenter davantage de poursuites que l'honoraire de résultat et l'autofinancement. C'est le cas dès lors que le taux de rendement de ce type de placement est positif, une fois pris en compte les coûts de transaction de la relation tripartite. Ce résultat tient au fait que le montant de l'arrangement à l'équilibre étant plus faible avec le FPT que sous les deux autres modalités de financement, la probabilité d'obtenir un arrangement de la part du défendeur qui ignore si l'affaire est « méritoire » ou « frivole » est plus élevée que sous les autres systèmes.

En définitive, si les différents modes de financement des conflits ont principalement pour but de permettre l'accès au droit, leur impact sur l'incitation à poursuivre du demandeur est sensiblement différent de l'un à l'autre. Ainsi, il s'avère que cet objectif n'est pas nécessairement atteint alors même que l'affaire est « méritoire », en raison soit de contraintes de coûts, soit d'une contrainte de rentabilité. Améliorer l'accès au droit suppose alors dans le premier cas, de chercher à réduire les coûts liés au fonctionnement du système judiciaire, dans la perspective d'une plus grande efficacité mais aussi d'une plus grande équité entre les justiciables. Dans le second cas, l'approche est sensiblement différente puisqu'il s'agit de rendre l'investissement financier dans le procès au moins aussi attractif que l'investissement sur d'autres actifs. La baisse des coûts de procès peut y contribuer, mais l'objectif d'un FPT est moins d'accroître l'effectivité du droit en augmentant les chances qu'il soit appliqué que de créer des opportunités de profit. Se posent alors des questions éthiques, même si l'on

¹³ Les auteurs étudient deux types d'affaires : les affaires « méritantes » où le gain attendu du procès excède les coûts et les affaires « frivoles », intentées dans le seul but de soutirer un arrangement au défendeur qui ignore si l'affaire est « méritante » ou « frivole » [Katz 1990].

comprend à l'instar de De Fontmichel [2012] que « la valeur fondamentale n'est plus le désintéressement du monde de la justice, mais celle de favoriser son accès par une diversification des moyens de financement » de sorte que « désormais, l'objectif de profit s'accorde avec la mission de favoriser l'accès à la justice ».

Nous nous sommes intéressés jusqu'à présent au FPT dans une perspective comparative, afin d'étudier dans quelle mesure ce mode de financement accroît effectivement l'accès au droit des justiciables. Nous souhaitons désormais recentrer l'analyse sur ce mode de financement, en nous intéressant d'abord aux incitations des parties directement concernées, à accepter (s'il s'agit du demandeur) et à offrir (s'il s'agit du tiers financeur) ce type de financement.

3. Financement du conflit par des tiers : intérêts pour le demandeur et pour les financeurs

Pour qu'un contrat de FPT soit conclu, il faut l'accord conjoint du demandeur et des financeurs. Nous nous intéresserons donc, dans un premier temps, aux motivations du demandeur lorsqu'il décide de recourir à ce type de financement. Nous étudierons ensuite celles des financeurs. Enfin, nous chercherons les conditions sous lesquelles les incitations du demandeur et des financeurs sont compatibles, permettant la conclusion d'un contrat organisant ce type de financement.

3.1. Intérêt du financement du procès par des tiers pour le demandeur

L'intérêt pour le demandeur de recourir à un FPT est multiple : il concerne à la fois un meilleur accès au droit, une meilleure prise en charge du risque, un rééquilibrage des pouvoirs de négociation, un meilleur contrôle de l'avocat et une probabilité plus élevée d'exécution des jugements.

3.1.1. Accès au droit facilité

L'avantage le plus immédiat pour le demandeur d'un FPT est la levée de la contrainte financière, les coûts de procès pouvant empêcher l'accès au droit. Cet argument a en particulier été défendu par Lord Jackson [2009] dans un rapport consacré aux coûts de la justice civile au Royaume-Uni : « Third party funding provides an additional means of funding litigation and, for some parties, the only means of funding litigation. Thus third party funding

promotes access to justice. Although a successful claimant with third party funding foregoes a percentage of his damages, it is better for him to recover a substantial part of his damages than to recover nothing at all ». L'interdiction des honoraires de résultats, la non éligibilité à l'aide juridictionnelle, l'absence de couverture par une assurance de protection juridique face à des coûts de procès qui peuvent s'avérer élevés mais aussi l'impossibilité de pouvoir emprunter pour obtenir les ressources nécessaires sont autant d'obstacles à l'accès au droit en l'absence de financement alternatif par un tiers. L'argument d'un accès au droit facilité par la prise en charge des coûts de procès par les tiers, ce qui augmente d'autant le gain attendu du demandeur au procès, est commun à l'ensemble de la littérature sur le sujet.

Cela étant, l'argument de l'accès au droit grâce au FPT est à relativiser selon les pays (en France par exemple, ce type de financement ne concerne que l'arbitrage international) ou selon le type de financement. En effet, les financements prenant en charge les frais de procès en échange d'un pourcentage des gains concernent plutôt des affaires d'enjeux financiers importants (principalement des affaires commerciales), tandis que les financements consistant en un prêt permettant au demandeur de bénéficier de ressources lorsqu'il est victime d'un préjudice corporel et dont la rentabilité repose sur un taux d'intérêt, concernent des affaires de montant plus modeste. Enfin, lorsque le financement a pour but d'apporter des capitaux à un cabinet d'avocats, il s'agit d'affaires d'enjeu très élevé (*class actions*).

3.1.2. Réduction des coûts de financement et des risques

Des différences dans l'accès aux capitaux entre le justiciable et les tiers financeurs peuvent également rendre le financement par des tiers souhaitable. Ainsi, si les tiers peuvent accéder aux marchés de capitaux à un taux inférieur à celui du demandeur, alors ils peuvent conjointement avoir intérêt à conclure un contrat de prêt sur la base d'un arbitrage inter-temporel : le demandeur qui a une forte préférence pour le présent obtient les fonds immédiatement tandis que le financeur accepte de ne pas disposer de ses liquidités immédiatement en échange d'une rémunération [Daughety et Reinganum 2014a]. Enfin, même si le demandeur dispose des moyens financiers nécessaires pour son action en justice, il peut ne pas souhaiter financer lui-même le litige, afin que les frais de justice ne pèsent pas sur son bilan et sur sa trésorerie [Rubin 2011 ; Veljanovski 2012].

Un autre argument généralement avancé à l'avantage du demandeur est celui d'une meilleure répartition des risques. Un demandeur confronté à un litige peut en effet manifester de l'aversion pour le risque. Sans que cela ne

constitue nécessairement une barrière à l'accès au droit, son bien-être peut-être amélioré en transférant tout ou partie du risque à un agent neutre au risque. Or, les tiers financeurs sont des investisseurs qui peuvent mutualiser les risques au sein d'un portefeuille d'affaires non corrélées entre elles, les pertes subies sur les unes étant compensées par les gains sur les autres [Rubin 2011]. Une partie risquophobe (ici le demandeur) peut alors améliorer son bien-être en acceptant de sacrifier une partie de ses gains aléatoires en échange d'une disparition du risque. Le financement par un tiers permettant d'éliminer le risque d'un jugement potentiellement défavorable, un demandeur risquophobe accepte d'échanger une partie de ses droits à indemnisation en contrepartie d'une disparition du risque, ce qui peut l'encourager à intenter des poursuites [de Morpurgo 2011].

3.1.3. Meilleur équilibre des pouvoirs de négociation

Le transfert des coûts de procès au tiers permet non seulement de lever la barrière à l'accès au droit mais il accroît également le pouvoir de négociation du demandeur face au défendeur. En effet, un demandeur doté de ressources financières conséquentes grâce au soutien du tiers financeur sera plus crédible dans les négociations préalables au procès qu'un demandeur soumis à une pression financière qui peut le conduire à accepter une offre plus faible, faute de liquidités suffisantes [de Morpurgo 2011]¹⁴.

De surcroît, le financement du procès par un tiers casse le pouvoir de monopsonne du défendeur vis-à-vis du demandeur lorsque celui-ci vend son droit en acceptant l'arrangement. Plus précisément, le règlement amiable du litige peut être considéré comme équivalent à l'achat, par le défendeur, du droit à réparation du demandeur [Hylton 2014]. On peut alors considérer que le tiers financeur se positionne également comme acheteur du droit du demandeur à obtenir réparation, le prix d'achat correspondant au paiement

¹⁴ Costargent [2012] illustre cette situation dans le cas d'un litige entre deux sociétés en *joint-venture* dont l'une se consacre totalement à l'activité commune et y consacre toutes ses ressources financières et humaines tandis que l'autre s'y investit seulement partiellement, ayant par ailleurs d'autres activités. La première entreprise, souvent demanderesse, n'aura probablement pas les moyens de payer les services d'un cabinet d'avocats experts dans son domaine alors que son adversaire disposera certainement de ressources importantes lui permettant même de développer une stratégie d'allongement coûteux de la procédure. L'objectif poursuivi consiste ici à profiter du fait que la menace de procès de l'entreprise demanderesse n'est pas crédible même si les arguments au fond sont solides, faute de moyens financiers et ainsi de l'obliger à accepter une transaction peu favorable parce que biaisée. Le financement du procès par un tiers permet alors de redonner de la crédibilité à la menace de procès du demandeur, crédibilité qui garantit des négociations plus équitables.

des coûts de procédure qui est la contrepartie d'un droit à percevoir une partie des réparations obtenues par le demandeur en cas d'accord avec le défendeur ou en cas de procès gagné. Or, ce tiers financeur, parce qu'il rend la menace de procès plus crédible mais aussi parce qu'il consacre des ressources à la valorisation du droit qu'il a acquis, permet au demandeur d'obtenir une meilleure indemnisation [Avraham et Wickelgren 2014].

En plus de fournir des fonds nécessaires pour porter l'affaire devant les tribunaux, le tiers va fournir de l'information. La crédibilité de la menace de procès du demandeur est ainsi renforcée non seulement par la levée de la contrainte financière mais également par le signal crédible que transmet le financeur sur la qualité de l'affaire [Faure et De Mot 2012]. En effet, avant d'accepter de financer une affaire, le tiers financeur va mener des investigations poussées, motivé par la prise de risque qui est la sienne une fois engagé auprès du demandeur. L'examen minutieux du tiers porte sur différents éléments qui conditionnent le rapport rendement/risque de l'affaire comme la solvabilité de la partie adverse, l'estimation des chances de succès au regard des lois en vigueur et des prétentions des parties, l'évaluation des fonds nécessaires qui doit rester proportionnelle à l'enjeu du litige afin que l'investissement soit rentable, l'évaluation de la qualité et de l'expérience des avocats du demandeur [de Fontmichel 2012]. Le financeur va également étudier l'intérêt d'investir dans une affaire en fonction de la composition de son portefeuille global [Veljanovski 2012]. La procédure de sélection des affaires peut ainsi durer plusieurs semaines. Au final, peu d'affaires seraient retenues à l'issue de cet examen : 10% selon de De Fontmichel [2012], lorsque la probabilité estimée de gagner le procès dépasse 70 % selon Veljanovski [2012]. Cette sélection rigoureuse a pour conséquence d'envoyer un signal clair : un demandeur qui obtient le soutien d'un tiers financeur signale au défendeur que sa menace de procès est crédible et que ses chances de gagner sont élevées ce qui a pour conséquence directe d'accroître son pouvoir de négociation.

3.1.4. Un meilleur contrôle de l'avocat

Les intérêts des demandeurs seraient également mieux défendus grâce au fait que non seulement le tiers financeur va orienter le demandeur vers les meilleurs avocats mais qu'il va également mieux contrôler ces derniers, contribuant ainsi à aligner les intérêts des avocats sur ceux de leur client [Schanzenbach et Dana 2009]. Un autre problème d'agence peut néanmoins survenir entre le tiers financeur et l'avocat. Demougin et Maultzsch [2014] montrent alors qu'il est possible de déterminer une combinaison entre un financement par un tiers et un honoraire de résultat permettant de surmonter à la fois les problèmes

d'agence et les difficultés d'accès au droit de demandeurs potentiels dont les affaires sont « méritoires ».

3.1.5. Une meilleure garantie de l'exécution des jugements

L'intérêt pour le demandeur de recourir à un tiers financeur est donc multiple. Qu'il s'agisse de lui permettre d'accéder à la justice, de réduire son risque ou d'accroître son pouvoir de négociation, l'intervention bénéfique du tiers paraît jouer uniquement avant le procès (ou l'arrangement selon l'issue du litige). Or, l'influence positive pour le demandeur du tiers financeur peut aussi se mesurer *ex post*, certaines sociétés de financement de procès (SFP) ayant développé une véritable expertise dans le recouvrement des créances [de Fontmichel 2012]¹⁵. Le financement par un tiers garantit ainsi non seulement l'accès au droit mais également l'effectivité du droit, par l'exécution des décisions judiciaires ou des transactions.

Le recours à un tiers financeur présente de multiples avantages pour le demandeur. Il convient désormais de s'intéresser aux incitations des investisseurs à s'engager dans ce type de financement.

3.2. Intérêt du financement du procès pour le financeur

Les sociétés qui investissent dans le financement de procès sont motivées par la recherche du profit tandis que le justiciable cherche à faire reconnaître un droit ou une prérogative. Les motivations sont donc de natures différentes puisque pour le tiers financeur, ce qui compte c'est l'indemnisation que permet la reconnaissance d'un droit et non la reconnaissance du droit lui-même alors que c'est l'inverse pour le demandeur. Cela explique en particulier que les sociétés de financement de procès ne vont s'intéresser qu'aux affaires dont l'enjeu est principalement financier et qui sont susceptibles d'être rentables, une fois les coûts de procès déduits. C'est à cette seule condition qu'elles peuvent espérer attirer des investisseurs soucieux de diversifier leurs placements. Les fonds

¹⁵ De Fontmichel [2012] explique en effet que « certaines SFP ont la particularité d'avoir développé une expertise particulière dans le domaine du recouvrement de créances. C'est le cas notamment de la première SFP française, La française AM, qui, avant de développer son activité de financement de procès, s'est spécialisée dans les procédures de recouvrement de créances internationales. Cette étape, souvent fastidieuse pour les avocats, requiert de plus en plus une véritable expertise dans un contexte de plus en plus internationalisé. C'est à ce stade que le financement du contentieux par certaines SFP peut se révéler particulièrement précieux. Si pendant la phase judiciaire tout est piloté par l'avocat, une fois la décision de justice rendue, la SFP actionne ses stratégies de recouvrement pour permettre le paiement effectif des dommages et intérêts alloués au financé ».

levés par les sociétés de financement de procès proviennent plus précisément de capitaux privés venant soit d'individus très fortunés, de grandes familles ou d'institutions, de compagnies d'assurance ou de *hedge funds* [de Silguy 2013 ; Veljanovski 2012].

3.2.1. Une rentabilité élevée

L'attractivité de ce type de placement dépend du rapport rentabilité/risque. Veljanovski [2012] explique qu'il existe trois méthodes de calcul de rémunération du tiers financeur. Il peut s'agir d'un multiple de l'investissement initial (la rémunération est comprise entre 1,5 fois et 6 fois l'investissement), d'un pourcentage de l'indemnisation perçue que l'affaire ait été jugée ou réglée à l'amiable (le pourcentage étant compris entre 20% et 40%, celui-ci pouvant atteindre dans certains cas 50%) ou d'une combinaison des deux. Le risque étant limité par la sélection rigoureuse des affaires, la rentabilité peut s'avérer très importante de sorte que le placement peut apparaître très attractif pour les investisseurs¹⁶.

A la rentabilité élevée s'ajoutent d'autres éléments d'attractivité pour les investisseurs comme le fait que ces actifs ne sont pas corrélés avec d'autres (à l'exception éventuellement des titres de la société mise en cause par le demandeur) et qu'ils sont légèrement contra-cycliques. Ces éléments d'attractivité sont néanmoins contrebalancés par les vérifications et l'expertise préalables, le risque toujours associé à un procès, l'échéance difficilement prévisible et non contrôlable, la faible liquidité voire l'illiquidité de tels placements, le risque d'insolvabilité du défendeur [Veljanovski 2012].

3.2.2. L'absence de risque réel

En raison de sa rentabilité élevée, l'élément déterminant de ce type de placement dans les procès réside dans le risque réellement encouru par le financeur une fois la sélection des affaires opérée. Ainsi, dans un article de la Revue Lamy de droit Civil (2013), on peut lire le témoignage particulièrement éloquent d'un investisseur : « En mars dernier, Juridica, un *hedge fund* anglo-saxon, a rendu publics ses résultats. Il affirme avoir gagné 38 millions de dollars en *cash* et 256 millions grâce à des investissements. Son fondateur, Richard Fields, déclare avoir investi dans 30 des 1 200 cas qu'on lui a apportés et gagnés à chaque fois.

¹⁶ Le rendement peut atteindre des niveaux très élevés. Ainsi, selon McLaughlin [2007], la part de l'indemnisation qui revient au financeur peut atteindre 200% des sommes investies et parfois davantage selon Abrams et Chen [2013] prenant l'exemple d'une société de financement de procès australienne dont le taux de retour sur investissement entre octobre 2006 et Février 2008 dépassait 300%.

Selon lui, « *le risque c'est le temps* » ! La justice est lente puis « *le cash tombe tout d'un coup* » ! ». En conséquence, il semble que les sociétés de financement de procès ne soutiennent que les affaires dont elles ont la quasi-certitude qu'elles seront non seulement gagnées mais surtout très rentables (suffisamment pour couvrir aussi les coûts d'expertise des affaires non retenues). Il en résulte que le risque auquel elles sont soumises est proche de zéro en pratique.

L'absence de risque pour le financeur est confirmée par l'analyse économique, Daughety et Reinganum [2014a] montrant en effet que le risque est nul pour le financeur. Les auteurs centrent leur analyse sur un type de financement où le tiers fournit des revenus au demandeur pour faire face à ses dépenses quotidiennes¹⁷. Si le procès est gagné, le demandeur rembourse le capital au financeur, moyennant le paiement d'intérêts. Les auteurs élaborent un modèle de signal où le demandeur détient une information privée sur la valeur réelle de son affaire qui détermine son type. Ils montrent que le taux d'intérêt optimal, entendu comme celui qui maximise le paiement conjoint du demandeur et du financeur, induit toujours un règlement amiable du litige, quel que soit le type du demandeur. L'équilibre mélangeant obtenu est tel que l'information privée n'est jamais révélée puisque d'une part, l'offre d'arrangement est identique quel que soit le type du demandeur et que d'autre part, aucune affaire ne va jamais au procès¹⁸. Ce résultat tient au fait que le tiers financeur va déterminer son taux d'intérêt de façon à ce que l'offre du demandeur soit égale au montant moyen des dommages et intérêts auxquels s'ajoutent les coûts de procès du défendeur (la règle d'allocation des coûts de procès étant ici la règle américaine où chaque partie supporte ses coûts). Ne connaissant pas le type du demandeur

¹⁷ Les affaires concernées par ce type de financement portent sur des dommages corporels ou sur la discrimination. Le tiers financeur permet au demandeur de disposer d'un revenu de substitution pendant la durée de l'affaire. Le taux d'intérêt généralement appliqué dans ce type d'affaires est compris entre 2% et 5% par mois [Avraham et Wickelsen 2014].

¹⁸ Ce résultat diffère sensiblement de la situation sans financement où certaines affaires vont aller jusqu'au procès [Daughety et Reinganum 2014a]. En l'absence de financement par les tiers, on peut montrer en effet que le défendeur n'a pas intérêt à toujours accepter l'offre du demandeur, au risque de payer trop en cas d'arrangement. En effet, un tel comportement inciterait les demandeurs dont les chances de gagner au procès sont faibles à proposer des offres identiques à celles des demandeurs dont les affaires sont plus solides. Tous les types de demandeurs feraient donc la même offre, et l'offre la plus élevée. Pour se couvrir contre cette stratégie de mimétisme, le défendeur adopte une stratégie qui consiste à rejeter l'offre du demandeur avec une probabilité positive, probabilité d'autant plus élevée que l'offre l'est également. Cette stratégie va désinciter les demandeurs de type faible à adopter une stratégie de mimétisme de sorte qu'à l'équilibre, les différents types de demandeurs vont formuler une offre qui révèle parfaitement leur type. L'équilibre obtenu est donc un équilibre séparateur [Daughety et Reinganum 2014b].

auquel il est confronté mais seulement la distribution des types dans la population, le défendeur fonde sa décision sur le montant moyen des dommages et intérêts et sur les coûts de procès évités en concluant un accord ; il accepte toujours la proposition du demandeur puisque le montant de l'arrangement correspond à sa perte moyenne attendue s'il va au procès et que la menace de procès du demandeur est toujours crédible quel que soit son type puisque le risque a été transféré à l'avocat et au tiers financeur. Le conflit est donc résolu à l'amiable quel que soit le type du demandeur.

Le modèle de Kirstein et Rickman [2004] permet également de conclure à l'absence de risque pour le tiers financeur à l'équilibre, dans une configuration où il n'existe en revanche pas d'asymétrie d'information mais seulement des estimations divergentes des parties (demandeur et défendeur) sur les chances du demandeur de gagner le procès. Les auteurs montrent plus particulièrement que le financement par un tiers est une option mutuellement bénéfique et donc choisie à la fois par le demandeur et le tiers financeur uniquement lorsque le conflit se conclut par un arrangement. Dans les situations où il y a procès, l'une ou l'autre des parties (financeur ou demandeur) a intérêt à ne pas conclure d'accord de financement. Ceci nous conduit à examiner les conditions sous lesquelles un contrat de FPT va effectivement être conclu, le demandeur et le tiers ayant intérêt à conclure un contrat de financement mutuellement avantageux.

3.3. Conditions de signature d'un contrat de financement par un tiers

Il existe plusieurs modèles d'analyse économique des conflits qui s'intéressent à la décision conjointe du demandeur et du financeur de conclure un contrat de financement du conflit, sachant qu'un contrat de FPT sera conclu dès lors qu'il est pareto-améliorant. Tous relèvent d'une approche « optimiste » du conflit¹⁹, mais l'un explique la conclusion d'un contrat de FPT par ses effets

¹⁹ En économie des conflits, il existe deux grandes catégories de modèles. Les modèles dits « optimistes » où l'échec des négociations provient d'un excès d'optimisme des parties sur le résultat attendu du procès. Ce type de modèles a été développé initialement par Posner [1973], Gould [1973] et Shavell [1982b]. La deuxième catégorie de modèles, apparue au début des années quatre-vingt, introduit une asymétrie d'information ; la résolution des conflits prend alors une dimension plus stratégique. Les modèles utilisés sont soit des modèles de filtrage où la partie non-informée fait la proposition d'arrangement [Bebchuck 1984], soit des modèles de signal où la partie informée fait la proposition d'arrangement [P'ng 1983]. Le modèle de Kirstein et Rickman [2004] fait partie des modèles dits « optimistes » tandis que celui de Daughety et Reinganum [2014a] est un modèle « stratégique » et plus particulièrement un modèle de signal.

positifs sur l'arrangement par rapport à la situation sans financement, tandis que l'autre, écartant par hypothèse toute possibilité d'arrangement, s'appuie sur des différences dans l'aversion pour le risque ou dans la perception des enjeux entre le demandeur et le tiers financeur.

3.3.1. Effets positifs du FPT sur l'arrangement

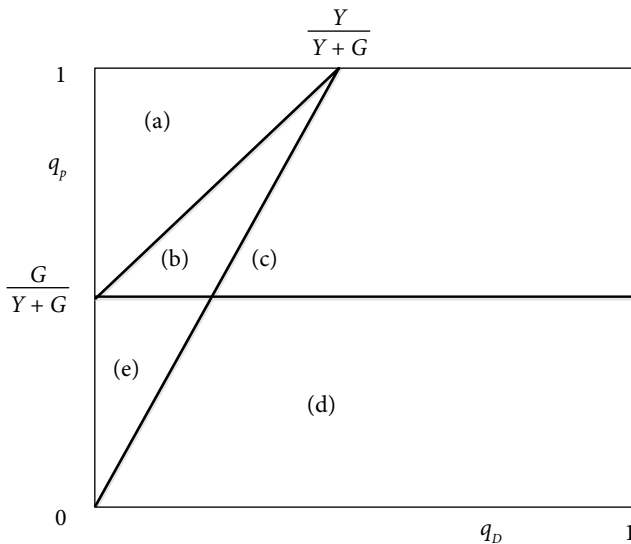
Le premier modèle de FPT a été imaginé par Kirstein et Rickman [2004], suite à l'apparition de ce type de contrats en Allemagne. Il s'agit ici d'un financement où le tiers prend en charge les coûts de procès et récupère en échange un pourcentage des gains du demandeur en cas d'arrangement ou de victoire au procès et rien sinon. L'un des objectifs des auteurs est de déterminer les conditions de la vente par le tiers financeur et de l'achat par le demandeur d'un contrat de financement de procès. Plusieurs hypothèses sont posées comme l'application de la règle britannique d'allocation des coûts de procès (qui implique que le perdant supporte ses coûts de procès mais aussi ceux de la partie gagnante), la neutralité des parties envers le risque y compris pour le demandeur, l'identité des estimations du demandeur et du financeur sur la probabilité de victoire du demandeur au procès.

Suivant la démarche classique des modèles optimistes, les auteurs déterminent l'impact d'un financement du procès par un tiers sur l'intervalle de négociation. Plus précisément, dans ce type de modèles, un accord est conclu si l'offre maximale du défendeur pour régler le conflit à l'amiable est supérieure à la demande minimale du demandeur pour accepter l'arrangement, la première constituant la borne supérieure de l'intervalle de négociation et la seconde sa borne inférieure. Le financement par un tiers provoque une élévation de la borne inférieure de l'intervalle de négociation parce qu'il augmente le gain net attendu du demandeur au procès, celui-ci étant déchargé des coûts de procès pris en charge par le tiers²⁰. Dans ces conditions, il s'agit de savoir dans quelles circonstances le demandeur et le financeur vont trouver mutuellement avantageux de conclure un contrat de financement de procès.

Les auteurs étudient cinq cas susceptibles de se produire en fonction de l'optimisme relatif du demandeur et du défendeur (cf. figure 1). Dans le premier cas (1), le demandeur et le défendeur sont tous les deux très optimistes ; les auteurs montrent que le contrat n'est jamais conclu et l'affaire est jugée. Dans le deuxième cas (2), en l'absence de financement par un tiers, les parties

²⁰ La prise en charge des coûts de procès par les tiers élimine également l'issue du jeu consistant pour le demandeur à abandonner l'affaire, l'abandon étant une stratégie toujours dominée par l'arrangement ou le procès dès lors que le demandeur n'a plus à supporter les coûts de procès.

souhaitent négocier ; le financement par un tiers accroît les exigences du demandeur pour conclure un arrangement ; les auteurs montrent qu'aucun contrat ne peut être mutuellement bénéfique pour le demandeur et le tiers (il n'existe pas de pourcentage de rémunération du tiers rendant le contrat de financement mutuellement avantageux) de sorte qu'aucun contrat de financement ne peut être signé ; l'affaire est réglée à l'amiable. Dans le troisième cas (3), les parties négocient lorsqu'il n'y a pas de contrat de financement ; les auteurs montrent qu'il existe un pourcentage de rémunération du tiers tel que le contrat de financement soit mutuellement avantageux pour les deux signataires et l'affaire est réglée à l'amiable. Dans le quatrième cas (4), il y a abandon en l'absence de financement par un tiers mais arrangement lorsque celui-ci existe ; les auteurs montrent alors que le contrat de financement est mutuellement avantageux quel que soit le pourcentage de rémunération du tiers ; l'affaire est en outre résolue à l'amiable. Enfin, dans le dernier cas (5), le demandeur abandonne lorsqu'il n'est pas financé par un tiers et le contrat de



Y – valeur de l'affaire ($Y > 0$)

G – coûts agrégés du procès (i.e. du demandeur et du défendeur, à règle britannique d'allocation des coûts de procès s'appliquant)

q_P – probabilité estimée par le demandeur de gagner le procès

q_D – probabilité estimée par le défendeur que le demandeur gagne le procès

Figure 1. Contrats de financement mutuellement bénéfiques

Source : [Kirstein and Rickman 2004, p. 565]

financement n'est jamais mutuellement bénéfique de sorte qu'aucun contrat n'est signé et que l'affaire est abandonnée. Les cas (4) et (5) correspondent à des conflits dont le gain net attendu au procès (i.e. les dommages et intérêts attendus desquels il faut déduire les coûts de procès) est négatif de sorte que le demandeur n'est pas incité à aller devant le juge (sa menace de procès est non crédible de sorte qu'il abandonne s'il ne parvient pas à soutirer un arrangement au défendeur). On s'aperçoit qu'un contrat mutuellement avantageux est conclu uniquement dans les cas (3) et (4) c'est-à-dire dans les cas où l'affaire est réglée à l'amiable. Les auteurs en concluent que le risque réel supporté par le financeur de devoir payer les coûts de procès (des deux parties puisque la règle britannique s'applique) est nul. Le pourcentage de rémunération du tiers ne peut donc pas se justifier par la prise de risque. Il se justifie en revanche par l'augmentation du montant de l'arrangement auquel conduit le contrat de financement du procès (cas (3)) ou par l'arrangement qu'il permet (cas (4) où l'affaire serait abandonnée sans financement par un tiers) de sorte qu'un tel contrat peut être intéressant même pour un demandeur neutre envers le risque. L'intérêt de ce modèle est donc aussi de montrer que même neutre au risque, un demandeur peut avoir intérêt à ce type de financement.

3.3.2. Effet positif du FPT sur la prise en charge des risques du procès

Le second modèle visant à établir les conditions de signature d'un contrat de financement entre un tiers et le demandeur a été imaginé par De Morpurgo [2011]. L'auteur envisage le même type de financement par un tiers que Kirstein et Rickman [2004] mais à la différence de ces derniers, il étudie l'impact, sur le recours à ce mode de financement, des règles d'allocation des coûts de procès. Il envisage donc deux situations selon que la règle américaine (chaque partie supporte ses coûts de procès quelle que soit l'issue du litige) ou la règle britannique (le perdant prend en charge l'ensemble des coûts du litige du gagnant et du perdant) s'applique. Ce qui importe ici c'est donc de tenir compte du fait que la règle d'allocation des coûts de procès en vigueur impacte le risque encouru par le tiers financeur en cas de jugement défavorable au demandeur, ses pertes étant plus élevées sous la règle britannique que sous la règle américaine. A la différence de Kirstein et Rickman [2004], De Morpurgo [2011] écarte toute possibilité d'arrangement de sorte que le conflit est toujours résolu devant le juge.

L'auteur montre plus précisément que sous la règle américaine, tous les demandeurs ont intérêt à conclure un contrat de FPT, quelle qu'en soit la raison (manque de liquidités ou souhait de ne pas consacrer ses propres ressources au procès) parce que leur espérance de gains est toujours supérieure à celle

sans financement par un tiers (puisque' alors, le demandeur doit supporter ses frais de procès). Sous la règle britannique, s'ajoute la situation du demandeur qui dispose des liquidités suffisantes pour couvrir ses coûts de procès mais pas pour payer ceux de son adversaire s'il perd. Là encore, l'auteur montre que le demandeur, quelle que soit sa situation financière, a toujours intérêt à recourir à un tiers financeur. Une fois introduites les motivations du tiers à s'engager dans ce type de contrats, si le tiers et le demandeur disposent des mêmes informations (en particulier sur l'enjeu financier du litige et les coûts de procès), s'ils font la même estimation sur les chances de gagner le procès et s'ils sont tous les deux neutres envers le risque, alors il n'y a aucun gain collectif à conclure un contrat de financement de procès par un tiers, quelle que soit la règle d'allocation des coûts de procès. En d'autres termes, il n'existe pas de pourcentage de rémunération du tiers qui rende le contrat de financement mutuellement avantageux. En conséquence, les raisons pouvant conduire à la signature de ce type de contrats résident soit dans des perceptions différentes de l'enjeu financier du litige et/ou de la probabilité de gagner le procès, soit dans des attitudes envers le risque différentes (sachant que le demandeur est plutôt risquophobe tandis que le tiers financeur est neutre). Les différences de perception dans les chances de gagner le procès peuvent s'expliquer par l'expertise du tiers financeur, acquise notamment par le fait qu'il est un agent récurrent contrairement au demandeur qui est confronté pour la première fois à un conflit, mais aussi par les dépenses qu'il réalise en expertise. Ceci peut néanmoins l'inciter à soutirer au demandeur un pourcentage des dommages et intérêts trop importants par rapport au risque réel qu'il prend et aux coûts effectifs qu'il supporte. De Morpurgo estime cependant qu'il existe des parades pour éviter ce problème : le droit des contrats qui s'applique comme pour tout autre contrat et permet d'éviter les clauses abusives, l'instauration d'une réglementation, la concurrence entre tiers financeurs d'une part et entre tiers financeurs et gros cabinets d'avocats.

Nous nous sommes intéressés à la décision du demandeur et du tiers financeur de conclure un contrat de financement de procès. Nous avons donc mené l'analyse d'un point de vue privé. Or, ce type de contrats impacte nécessairement le défendeur puisque, comme nous l'avons vu, le FPT renforce ou rend crédible la menace de procès du demandeur. Le marché des avocats peut aussi être impacté par l'intervention de tiers financeurs. Enfin le système juridique lui-même peut subir les conséquences du développement du FPT par son influence sur l'accès au droit. En conséquence, le FPT a non seulement des effets sur le bien-être privé du demandeur mais aussi des effets sur le bien-être social.

4. Financement du conflit par des tiers et bien-être social

L'ensemble de la littérature en économie des conflits consacrée au FPT pose la question de son impact sur le bien-être social. Les conditions de conclusion d'un contrat entre le demandeur et le financeur sont en effet souvent le point de départ d'une analyse plus large sur l'existence d'effets externes, positifs et négatifs, engendrés par ce type de financement. La question centrale est en effet celle de savoir s'il est socialement souhaitable de développer ce type de financements des procès et dans l'affirmative, comment les réguler. Nous allons donc nous intéresser aux externalités positives et négatives engendrées par le financement des procès par des tiers afin de tracer les contours d'une réflexion globale sur leur désirabilité sociale.

4.1. Le financement des procès par des tiers à l'origine d'effets externes positifs

La littérature économique montre que le FPT engendre des effets externes positifs sur le fonctionnement du système judiciaire, sur la fréquence des dommages et sur le marché des services fournis par les avocats.

4.1.1. Transmission d'une information crédible sur la qualité de l'affaire

Le tiers financeur, avant de s'engager dans le soutien financier d'un demandeur, examine avec beaucoup d'attention la qualité de l'affaire, conduisant à une sélection extrêmement sévère des affaires, comme nous avons eu l'occasion de l'expliquer. Or, si cette expertise poussée est effectivement menée dans le cadre des financements de conflits de nature commerciale (où le tiers se rémunère par un pourcentage des dommages et intérêts si le procès est gagné) où les enjeux financiers sont très importants, elle l'est relativement moins dans les affaires de *consumer legal funding* (où le financeur se rémunère via un taux d'intérêt sur le capital prêté) où les enjeux sont plus limités.

Pour Avraham et Wickelgren [2014], dans ce type de financements portant sur des litiges en matière de préjudices corporels, les tiers financeurs ont intérêt à envoyer un signal clair au défendeur et au juge sur la qualité de l'affaire qu'ils financent. Le signal passe alors par le taux d'intérêt appliqué pour accorder le prêt au demandeur. En fixant un taux d'intérêt faible, le financeur informe les autres acteurs au conflit (défendeur, avocat du défendeur, juge) de la « bonne » qualité de son affaire. Ces derniers, qui savent que la rémunération du financeur est proportionnelle au risque qu'il prend, déduisent d'un taux d'intérêt faible que l'affaire est fondée sur des motifs solides et donc que les chances que les prétentions du demandeur soient reconnues

sont réelles. La question est alors de savoir dans quelles conditions ce signal est crédible puisqu'un tiers finançant une affaire plus faible pourrait avoir intérêt à se comporter comme un tiers dont l'affaire est solide, en fixant un taux faible alors même que son risque réel est élevé. Les auteurs expliquent que la crédibilité du signal provient du fait que le juge reçoit en réalité deux signaux : l'un de la part du demandeur qui doit apporter les preuves de la pertinence de ses prétentions, l'autre de la part du financeur. A l'équilibre, le taux imposé par un tiers financeur d'une affaire solide ne doit pas être trop faible, de façon à se démarquer des tiers à affaires faibles. Plus précisément, deux conditions s'imposent au tiers finançant une affaire solide. D'une part, il doit fixer un taux supérieur au taux sans risque, quel que soit le mérite de l'affaire car il existe toujours un risque que le juge tranche en faveur du défendeur. D'autre part, il doit tenir compte du fait que le tribunal croise le signal envoyé par le tiers avec le signal qu'il reçoit du demandeur sur la qualité de l'affaire. Un tiers finançant une affaire faible qui fixerait un taux faible serait confronté au risque que le tribunal juge son signal peu crédible compte-tenu de l'autre signal qu'il reçoit sur la qualité de l'affaire (et qui dépend des preuves). Pour que la combinaison des deux signaux trompe effectivement le juge, il faut alors qu'il baisse fortement son taux d'intérêt, davantage que ne devrait le faire un tiers finançant une affaire de qualité et qui souhaiterait obtenir le même effet sur le jugement (puisque le signal fondé sur les preuves est conforme dans ce cas à celui transmis par le taux). Pour que le signal du tiers finançant une affaire de qualité soit crédible, il faut donc qu'il baisse son taux d'intérêt de façon à envoyer un signal de qualité, mais pas en-dessous du taux qui serait nécessaire pour un tiers finançant une affaire faible. En d'autres termes, la crédibilité de l'annonce d'un taux faible par le financeur d'une affaire de qualité repose sur la combinaison des deux signaux qui empêche les tiers financeurs d'affaires faibles d'adopter un comportement mimétique. En conséquence, du point de vue du bien-être social, l'un des effets externes positifs du financement du procès par un tiers est de nature informationnelle, en contribuant à améliorer de manière crédible l'information du juge sur la qualité des prétentions du demandeur.

4.1.2. Réduction du nombre de dommages attendus

L'économie des conflits, si elle étudie les modes de résolution des conflits, s'intéresse également aux incitations qu'ils créent sur le comportement des auteurs de dommages potentiels en termes de prise de précaution pour éviter l'occurrence des dommages. L'analyse se déplace d'une approche *ex post* vers une étude des effets externes positifs *ex ante*. La question est alors de savoir s'il

faut favoriser ou décourager le développement des FPT selon qu'il est socialement souhaitable ou non d'accroître la fréquence des poursuites judiciaires.

Ce type d'analyses est fondé sur l'article fondateur de Shavell [1982a] qui le premier a cherché à comparer les incitations privées et sociales à intenter des poursuites judiciaires. Les incitations privées (celles du demandeur) dépendent de la comparaison entre les bénéfices attendus des poursuites en termes d'indemnisation escomptée et les coûts privés (coûts de procédures, honoraires des avocats, frais d'expertise, règle d'allocation des coûts de procès). Les incitations sociales portent sur des éléments sensiblement différents puisque les bénéfices sociaux comprennent les dommages évités grâce aux précautions prises par les auteurs de dommage potentiels tandis que les coûts sociaux résident dans les dépenses en mesures de précautions, celles-ci pouvant être excessives au regard des gains à entendre en termes de dommages évités. Hylton [2012] explique alors que si des poursuites socialement désirables ne sont pas intentées faute de rentabilité, alors le FPT est socialement souhaitable parce que le transfert de coûts qu'il permet rend les poursuites rentables pour le demandeur d'un point de vue privé. L'auteur émet néanmoins une réserve et considère que cette analyse ne tient que sous une hypothèse d'uniformité des pertes des victimes ou des coûts de précaution des auteurs de dommage. Si l'on introduit de l'hétérogénéité et que le bénéfice social attendu des poursuites est décroissant, il peut arriver un moment où une affaire supplémentaire est socialement indésirable car le bénéfice en termes de dommages évités n'est plus suffisant pour couvrir les coûts supplémentaires de précaution. Autrement dit, il existe probablement un nombre optimal de procès²¹. Toute analyse sur la désirabilité sociale des FPT devrait donc commencer par déterminer si le nombre de poursuites est inférieur ou supérieur au nombre socialement optimal. Dans le cas où il est socialement souhaitable d'encourager les demandeurs à intenter des poursuites, l'intervention du tiers, si elle permet en outre des gains d'efficacité (dans le contrôle des avocats par exemple), accroît alors encore davantage le bien-être social.

4.1.3. Influence du financement de procès par un tiers sur le marché des avocats

D'autres effets externes positifs du financement du procès par un tiers sont également présents dans la littérature sur les FPT. Ainsi en est-il de l'argument de De Fontmichel [2012] qui explique que « Bien souvent, dans le contexte du contentieux international, les grandes entreprises, aux capacités de financement importantes, sont assistées de grands cabinets d'avocats internationaux,

²¹ Selon Hylton [2012], il en est de même sous l'hypothèse d'uniformité dès lors que l'augmentation du nombre de poursuites crée des effets d'engorgement des tribunaux.

leur procurant un avantage décisif dans le procès. Le financement du contentieux par les tiers, outre de permettre l'accès à la justice de certaines affaires, permet à des entreprises petites ou moyennes de lutter à armes égales dans les grands contentieux internationaux en leur donnant les assises financières suffisantes et en faisant émerger des nouveaux profils d'avocats plus modestes mais aussi performants ». En conséquence, un plus grand accès au droit pour des justiciables jusque-là privés de cette possibilité permettrait également une meilleure offre de services en matière de représentation et donc un fonctionnement plus optimal du marché des avocats.

S'ajoute à cet argument que le financement des procès par un tiers accroît également la concurrence entre les avocats puisque la qualité de l'avocat fait partie des critères de sélection des affaires [Veljanovski 2012 ; Costargent 2012] mais accroît aussi la concurrence entre les gros cabinets d'avocats qui sont incités à financer seuls l'affaire (par un système de *contingent fees*) et les tiers financeurs qui ont intérêt à financer les conflits rentables [De Fontmichel 2012].

En définitive, les effets externes positifs du FPT concernent principalement la transmission d'informations crédibles sur la qualité de l'affaire et la plus grande prévention des dommages qu'elle engendre et, de manière plus secondaire, un meilleur fonctionnement du marché des avocats, à supposer néanmoins que le tiers financeur ne s'immisce pas dans la relation entre le client et l'avocat, au détriment de l'un et de l'autre²². De Morpurgo [2011] ajoute un élément original, non repris dans la littérature et pourtant fréquemment admis en économie publique, selon lequel un meilleur accès au droit accroîtrait l'égalité des justiciables devant la loi, ce qui aurait pour conséquence d'augmenter l'utilité de tous les individus soucieux de justice donc aussi le bien-être social. Cet argument est le même que celui qui justifie un système d'aide juridictionnelle. A ces effets externes positifs, s'ajoutent des effets externes, négatifs, qui rendent les conclusions sur la désirabilité sociale des FPT théoriquement indéterminées.

4.2. Le financement de procès par des tiers, générateur d'effets externes négatifs

La question de la désirabilité sociale des FPT est d'abord de nature éthique. Si l'on peut se réjouir comme De Morpurgo [2011] d'un accroissement du bien-être social consécutif à une plus grande égalité devant l'accès au droit, on peut considérer que d'un point de vue social, il n'y a pas que le résultat qui compte mais aussi la façon dont il est obtenu. Financer l'accès au droit par

²² Consulter sur ce point le rapport du Club des juristes [2014, p. 35–36].

la recherche du profit pourrait alors contribuer à réduire le bien-être social. Si les auteurs reviennent pour la plupart sur ce point, l'analyse économique ne cherche pas à étudier directement cette question mais tente d'y répondre en analysant les effets externes négatifs de ces financements et la baisse du bien-être collectif qui pourrait en résulter. Les conclusions portent principalement sur les doutes qui peuvent être exprimés concernant la réduction des dommages attendus, sur les coûts supplémentaires pour les défendeurs et sur la manipulation du droit à des fins stratégiques.

4.2.1. La remise en cause de la baisse du nombre de dommages attendus

Hylton [2014] s'intéresse à un type très particulier de FPT. Il envisage, plus précisément, un financement non pas d'affaires existantes (*matured claims*) mais d'affaires potentiellement à venir (*unmatured claims*). L'idée centrale réside dans l'autorisation qui serait faite au demandeur de vendre son droit à intenter des poursuites et dans la possibilité pour le tiers financeur d'acheter ce droit. Son analyse porte sur la régulation à mettre en place dans ce type de financements, qui devrait selon lui reposer sur deux principes : le premier impose que le vendeur dispose d'une information suffisante sur le type de l'acheteur de façon à fixer le prix approprié et le second que les incitations de l'acheteur à faire appliquer la loi doivent être alignées sur celles du vendeur (autrement dit, le vendeur et l'acheteur du droit doivent poursuivre les mêmes intérêts). Hylton montre que si ces deux principes ne sont pas respectés, alors le FPT peut être socialement indésirable.

Plus précisément, Hylton [2014] envisage trois types de transferts de droit à percevoir des dommages et intérêts de la victime à un autre agent : l'arrangement amiable où le droit est transféré *ex post* au défendeur une fois le dommage subi, l'accord de renonciation où le droit est transféré *ex ante* au défendeur puisque le demandeur s'engage à ne pas le poursuivre en cas de dommage, la subrogation (transmission d'une créance à un tiers) où le demandeur vend son droit *ex ante* à un tiers qui est habituellement un assureur. L'auteur montre alors que l'absence d'arguments économiques solides pour empêcher la vente *ex post* des droits fait qu'il n'existe pas non plus d'arguments économiques solides devant conduire à empêcher le financement des conflits par un tiers dans le cas des affaires existantes (*matured*). La vente de droits *ex ante* en revanche est un problème plus complexe parce que des transferts de droits inefficients peuvent conduire à une augmentation du nombre de dommages pour les victimes potentielles. Tout dépend des intentions du tiers.

Le tiers financeur qui achète un droit à poursuivre *ex ante* peut en effet adopter deux types de comportement en fonction de sa motivation. Il peut

vouloir obtenir le paiement de dommages et intérêts si le litige survient ; dans ce cas, ses intérêts sont alignés sur ceux de la victime potentielle qui lui vend son droit à poursuivre (cas de la subrogation). Il peut à l'inverse avoir pour objectif d'éviter les poursuites si le litige éclate (cas de la renonciation). Si dans le premier cas, les effets sont bénéfiques d'un point de vue social en particulier lorsque cela permet la reconnaissance de droits dormants, ils sont négatifs dans le second car ce type de financements se traduit par une baisse des précautions prises et donc par un accroissement du risque de subir un dommage pour les victimes potentielles (les auteurs de dommage n'étant plus incités à éviter le dommage). Comme l'explique Hylton, l'identité de l'acheteur est donc extrêmement importante dans la vente de droits *ex ante*, la vente d'un droit à renonciation étant plus risquée pour la victime potentielle que celle d'un droit à subrogation. Les conséquences se mesurent également au niveau du bien-être social si les victimes non informées renoncent à leurs droits à poursuivre puisque l'extinction de ce droit va conduire à une réduction des précautions prises et donc à un nombre accru de dommages. Sans compter, comme le souligne l'auteur, que le tiers a intérêt à ce qu'il y ait plus de dommages puisqu'alors, il y aura plus de conflits à financer.

4.2.2. Augmentation des coûts pour le défendeur

Rubin [2011] propose de centrer l'analyse des FPT non pas sur la question généralement traitée de l'accès au droit (et donc dans une optique axée sur le demandeur) mais de s'intéresser à l'autre partie au conflit, le défendeur.

Si le demandeur peut choisir d'entrer en conflit en intentant des poursuites judiciaires, le défendeur est tenu par la décision du demandeur. La règle américaine d'allocation des coûts de procès (où chaque partie paye ses propres coûts de procès) crée de fait une externalité puisqu'elle occasionne des coûts pour le défendeur, qu'il ne récupère pas même s'il gagne le procès. Dans le cas des affaires financées par les tiers, notamment en matière commerciale, les coûts de procès sont généralement très élevés et peuvent même dépasser l'enjeu du litige. Le conflit génère également des coûts au sein de la firme elle-même si elle doit consacrer des ressources humaines et financières à des expertises et à la recherche d'informations. Toute mesure facilitant l'accès au droit des demandeurs doit donc tenir compte, dans une perspective de bien-être social, des coûts que cela engendre pour la partie adverse. Au final, pour Rubin [2011], un meilleur accès au droit est socialement souhaitable si les bénéfices à en attendre sont supérieurs à l'ensemble des coûts de procès, les dommages et intérêts relevant pour lui d'un simple transfert et n'intervenant pas dans les coûts et bénéfices sociaux du litige. Cependant, il existe déjà aux Etats-Unis,

qui constituent son terrain d'étude en la matière, de nombreuses modalités d'accès au droit. Y ajouter la possibilité d'un FPT pour accroître le nombre de procès a peu de chances, selon l'auteur, d'améliorer encore le bien-être social.

4.2.3. Risque de recherche de rente

Cette critique des financements de procès par des tiers est également développée par Rubin [2011] qui y voit un risque de pertes d'efficacité du système juridique américain, qu'il étudie plus particulièrement. L'auteur explique que l'intérêt des avocats mais aussi des « pourvoyeurs de procès » peut consister à faire en sorte de délaissier un système fondé sur le contrat pour se diriger vers un système fondé sur la responsabilité. Les raisons sont multiples, mais toutes liées à la possibilité d'obtenir davantage au procès. Ainsi, Rubin évoque le fait que le droit des contrats restreint généralement *ex ante* le montant des indemnités par des accords bilatéraux alors que le droit de la responsabilité intervient *ex post* et laisse théoriquement plus de marges de négociation sur les indemnités. Le droit des contrats est également plutôt fondé sur la faute tandis que la responsabilité, notamment des produits, repose davantage sur un système de responsabilité sans faute qui facilite l'indemnisation des demandeurs. Favoriser le développement d'un droit fondé sur la responsabilité plutôt que sur le contrat profiterait donc aux avocats qui auraient œuvré, selon Rubin [2011], via leurs associations, pour des changements allant dans ce sens ; cette évolution profiterait également aux avocats des défendeurs qui ont intérêt à ce que le nombre de litiges augmente. Rubin craint alors que des investisseurs intéressés par le financement de procès se lancent également dans cette stratégie de recherche de rente²³ et dans une stratégie de croissance de leur marché. Ce risque pourrait en outre être accru par des stratégies de *forum shopping* (stratégie consistant à intenter les poursuites dans le système juridique le plus favorable), l'autorisation de recourir à des financements par des tiers ayant déjà permis d'accroître le nombre de *class actions* [Veljanovski 2012].

Conclusion

La question du caractère socialement souhaitable du FPT traverse l'ensemble des articles portant sur cette forme de financement de l'accès au droit. Les craintes les plus souvent avancées concernent le risque d'encourager des poursuites socialement indésirables ; l'analyse économique des conflits

²³ « These litigation funding organizations would exactly fit Galanter's model of "repeat players" who are able to change the direction of law in their favour » [Rubin 2011, p. 684].

montre qu'elle peut sembler infondée en raison de la sélection très stricte des affaires opérée par le tiers. En outre, d'autres effets positifs peuvent en résulter, notamment en matière de prévention des dommages. Cependant, ils sont contrebalancés par le risque d'encombrement des tribunaux, le développement d'une culture de l'indemnisation au détriment d'une culture de reconnaissance des droits, les risques que l'intervention du tiers peut faire peser dans la relation entre l'avocat et son client, etc. En définitive, nous avons donc montré que l'analyse économique des conflits peut contribuer à éclairer le débat sur la désirabilité sociale du FPT, par le développement de modèles de conflit correspondant aux différents modes de financement, s'inspirant à la fois des modèles optimistes et des modèles stratégiques, et donc mobilisant toute la panoplie des outils théoriques traditionnellement utilisés dans ce type de littérature.

Force est cependant de constater que les conclusions auxquelles les auteurs parviennent ne permettent pas de trancher définitivement sur la désirabilité sociale du développement de ce type de financements. Le recours à des études empiriques peut alors constituer une aide à la décision. Il existe un seul article empirique sur le sujet, portant sur l'Australie. Abrams et Chen [2013] montrent que le financement des procès par des tiers augmente la fréquence des poursuites et le nombre de procès. Ils établissent en particulier que dans les Etats australiens où les financements de procès par les tiers sont plus fréquents, l'encombrement des tribunaux est plus important, le nombre d'affaires terminées et le taux de non-élucidation plus faibles, ce qui a aussi des conséquences dans les dépenses des tribunaux. Pour autant, les auteurs expliquent que ces effets peuvent être transitoires et les conclusions en termes de bien-être social ambiguës (accroissement du taux d'arrangement, reconnaissance plus rapide des droits, clarification de la loi). Ces conclusions ne peuvent en outre être généralisées à tous les pays.

L'incertitude sur la désirabilité sociale du FPT nécessite désormais d'enrichir la réflexion, par des analyses empiriques par pays mais aussi par des analyses théoriques complémentaires. L'économie des conflits trouve ici un terrain d'étude original lui permettant de mobiliser ses propres outils ; mais pour être plus féconde, il lui faudra mobiliser des outils complémentaires, relevant notamment de la finance. La régulation de ce type de financement appelle en effet à approfondir l'analyse des tiers financeurs et des motivations des investisseurs et donc à intégrer une nouvelle partie dans le conflit, dont les motivations sont purement financières et non juridiques (contrairement aux demandeurs, défendeurs et avocats). Le FPT offre ainsi un nouveau terrain d'investigation aux économistes des conflits mais aussi un nouveau défi.

Bibliographie

- Abrams, D.S., Chen., D.L., 2013, *A Market for Justice: a First Empirical Look at Third Party Litigation Funding*, University of Pennsylvania Journal of Business, no. 14–7, pp. 1075–1109, DOI 10.2139/ssrn.2404483.
- Ancelot, L., Doriat-Duban, M., Lovat, B., 2012, *Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : co-existence ou substitution dans l'accès au droit des justiciables ?*, Revue Française d'Economie, vol. XXVII, pp. 115–148, DOI 10.3917/rfe.124.0115.
- Avraham, R., Wickelgren, A., 2014, *Third-Party Litigation Funding – a Signaling Model*, De Paul Law Review, no. 63, pp. 233–263, DOI 10.2139/ssrn.2302801.
- Bebchuck, L.A., 1984, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, The RAND Journal of Economics, no. 15(3), pp. 404–415, DOI 10.2307/2555448.
- Brunel, G., 2011, *Faut-il rendre obligatoire l'assurance de protection juridique ?*, la Tribune de l'assurance, no. 154.
- Chappe, N., Lambert, E.-A., 2014, *Litigation with Legal Aid versus Litigation with Contingent/Conditional Fees*, Review of Law and Economics, no. 10(1), pp.95–115, DOI 10.1515/rle-2013–0028.
- Club des juristes [2014], *Financement du procès par les tiers*, rapport réalisé par la commission financement de procès par les tiers, sous la présidence de Jean-Pierre Ancel, Président de la chambre honoraire de la Cour de cassation, pp. 71.
- Costargent, J-R., 2012, *Le financement par un tiers comme réponse aux évolutions de l'arbitrage international*, avec Guy Lepage, Versailles International Arbitration and Business Law Review, disponible à l'adresse : http://www.lafrancaise-icfund.lu/fileadmin/redacteurs/docs/articles/article_financement_par_tiers_J-C_Costar-gent.pdf [accès: Janvier 2016].
- Daughety, A.F., Reinganum, J.R., 2014a, *The Effect of Third-Party Funding of Plaintiffs on Settlement*, American Economic Review, no. 104(8), pp. 2552–2566, DOI 10.2139/ssrn.2197526.
- Daughety, A.F., Reinganum, J.R., 2014b, *Revelation and Suppression of Private Information in Settlement-Bargaining Models*, The University of Chicago Law Review, no. 81(1), pp. 83–108, DOI 10.2139/ssrn.2285004.
- Deffains, B., Desrieux, C., 2014, *To Litigate Or Not to Litigate ? The Impacts of Third-Party Financing on Litigation*, International Review of Law and Economics, available online: <http://dx.doi.org/10.1016/j.irle.2014.08.005>, DOI 10.1016/j.irle.2014.08.005.
- De Fontmichel, M., 2012, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français*, Revue des sociétés, p. 279.
- De Morpurgo, M., 2011, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, Cardozo J. of Int'l & Comp. Law, no. 19, pp. 343–412.
- Demougin, D., Maultzsch, F., 2014, *Third-Party Financing of Litigation: Legal Approaches and a Formal Model*, CESifo Economic Studies, pp. 525–553, DOI 10.1093/cesifo/ift006.

- De Silguy, S., 2013, *Du financement de process par des hedge Funds*, Revue Lamy de Droit Civil (RLDC), no. 105, pp. 66–68.
- Doriat-Duban, M., 2001, *Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle*, Revue Internationale de Droit Economique, no. 1, p. 77–100, DOI 10.3917/ride.151.0077.
- Faure, M.G., De Mot, J.P.B., 2012, *Comparing Third Party Financing of Litigation and Legal Expenses Insurance*, Journal of Law, Economics and Policy, no. 8(3), pp. 743–778.
- Galanter, M., 1974, *Why the « Haves » Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change*, Law and Society Review, no. 9, pp. 95–160, DOI 10.2307/3053023.
- Gould, J.P., 1973, *The Economics of Legal Conflicts*, Journal of Legal Studies, no. 2, pp. 279–300, DOI 10.1086/467499.
- Hylton, K.N., 2012, *The Economics of Third-Party Financed Litigation*, Journal of Law, Economics and Policy, no. 8, 701, DOI 10.2139/ssrn.1971229.
- Hylton, K.N., 2014, *Toward a Regulatory Framework for Third-Party Funding of Litigation*, De Paul Law Review, no. 63(2), pp. 527–546, DOI 10.2139/ssrn.2281453.
- Jackson, J., 2009, *Review of Civil Litigation Costs, Final Report*, Published with the permission of the Ministry of Justice on behalf of the Controller of Her Majesty's Stationery Office, disponible online: www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/./jackson-final-report-140110.pdf [accès ; Janvier 2016].
- Katz, A., 1990, *The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation*, International Review of Law and Economics, no. 10, pp. 3–27, DOI 10.1016/0144–8188(90)90002-b.
- Kirsten, R., Rickman, N., 2004, *«Third Party Countrigency» Contracts in Settlement and Litigation*, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), vol. 160, no. 4, pp. 555–575, DOI 10.2139/ssrn.427400.
- Lyon, J., 2010, *Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation*, UCLA Law Review, no. 58, pp. 571–609, DOI 10.2139/ssrn.2034625.
- McLaughlin, J.H., 2007, *Litigation funding: charting a legal and ethical course*, Vanderbilt Law Review, no. 31, pp. 620–621, DOI.
- Ménetrey, S., 2014, *Financement du procès par les tiers, à propos du rapport du Club des juristes*, La Semaine Juridique, édition générale, no. 29, pp. 1429–1430.
- Pénin, J., 2010, *Le problème des « patents trolls » : comment limiter la spéculation sur la propriété intellectuelle dans une économie fondée sur les connaissances ?*, De Boeck Supérieur, Innovations, no. 2(32), pp. 35–53, DOI 10.3917/inno.032.0035.
- P'ng, I.P.L., 1983, *Strategic Behavior in Suit, Settlement and Trial*, Review of Economics and Statistics, no. 14, pp. 7–14, DOI 10.2307/3003655.
- Posner, R.A., 1973, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, Journal of Legal Studies, no. 2, pp. 399–458, DOI 10.1086/467503.
- Rubin, P.H., 2011, *Third-Party Financing of Litigation*, Northern Kentucky law review, no. 38, pp. 673–685.

- Schanzenbach, M., Dana, D., 2009, *How Would Third Party Financing Change the Face of American Tort Litigation?*, Third Party Financing of Litigation Roundtable, Searle Ctr., Nw. Univ. Law Sch., available at http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/Schanzenbach_Agency%20Costs.pdf [accès : Janvier 2016].
- Shavell, S., 1982a, *The Social versus the Private Incentives to Bring Suit in a Costly Legal System*, Journal of Legal Studies, no. 11, pp. 333–339, DOI 10.3386/w0741.
- Shavell, S., 1982b, *Suit, Settlement and Trial: a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, Journal of Legal Studies, no. 11, pp. 55–81, DOI 10.1086/467692.
- Shavell, S., 2004, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press.
- Veljanovski, C., 2012, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, Journal of Law, Economics and Policy, no. 8(3), pp. 405–449.