

Viitoarea arhitectură a TPLF în cadrul Uniunii Europene

The future architecture of the TPLF within the European Union

Ion Arhiliuc¹

Rezumat: Prin prezenta lucrare se propune o analiză verticală a evoluției procedurii TPLF (*Third party litigation funding*) în dreptul continental. Cercetarea debutează prin prezentarea unor succinte considerații asupra instituției TPLF, precum și a aplicabilității acesteia în Europa. Ulterior, sunt prezentate normele *soft law* și *hard law de lege lata* în Uniunea Europeană. De asemenea, se urmărește creionarea unei „arhitecturi” viitoare a TPLF, din perspectiva unei directive europene propuse în domeniu. În acest sens, sunt trasate formele juridice corespunzătoare funcțiilor unei societăți finanțatoare, precum și așteptările juriștilor de la noua reglementare.

Cuvinte-cheie: TPLF, Directiva Europeană, investiții, forma juridică

Abstract: This paper proposes a vertical analysis of the evolution of the TPLF (third party litigation funding) procedure in continental law. The research begins by presenting brief considerations on the institution of TPLF, as well as its applicability in Europe. Subsequently, the soft law and hard law rules of *de lege lata* in the European Union are presented. It is also intended to outline a future "architecture" of the TPLF, from the perspective of a proposed European directive in this field. In this respect, the legal forms corresponding to the functions of a financing company are drawn up, as well as the expectations of the lawyers from the new regulation.

Keywords: TPLF, European Directive, investment, legal form

1. Noțiuni introductive privind Third Party Litigation Funding

Tema ce urmează a fi analizată vizează contractul *Third party litigation funding* (în continuare TPLF). Acesta își are originea în *common law*, predominant în materie comercială. Deși constituie o practică statornicită de mai multe decenii în *commonwealth*, rămâne a fi până în prezent controversată. Există studii care prezintă riscurile instituției, considerând-o „*a cure for a disease*”², din contra,

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: arhiliuc.ion@gmail.com

² U.S. Chamber Institute for Legal Reform, „Stopping the sale on lawsuits: a proposal to regulate third-party investments in litigation”, 24 october 2012, p. 1. [Online] la <https://instituteforlegalreform.com/research/stopping-the-sale-on-lawsuits-a-proposal-to-regulate-third-party-investments-in-litigation/>, accesat 07.06.2022.

doctrina consideră că TPLF este o garanție a eficientizării accesului liber la justiție³. Prezentul articol nu se axează pe avantajele și dezavantajele acestei instituții, ci urmărește să anticipeze anumite aspecte ce urmează a fi adoptate la nivel european.

Pentru început propunem o definiție a contractului, potrivit căreia TPLF reprezintă „un serviciu financiar specific, care constă în terți care furnizează fonduri reclamanților pentru a acoperi cheltuielile de judecată. Aceste fonduri sunt oferite în forma *non-recourse* și sunt avansate de finanțatori, care mențin un rol pasiv, în schimbul promisiunii de către reclamant de a plăti finanțatorului un procent determinat din câștig în cazul unei tranzacții (*settlement*) sau hotărâri favorabile”⁴.

Dintre contractele cu care TPLF are cele mai multe asemănări evidențiem *contingency fees*. Principala distincție se remarcă în persoana „finanțatoare”, care este avocatul părții. Astfel, dacă partea nu are resurse financiare pentru a-și susține apărarea, avocatul își asumă aceste cheltuieli, suportând riscul pierderii procesului. Deosebirea constă în rolul decizional⁵ al „finanțatorului”. În TPLF finanțatorul nu poate avea influență asupra cauzei, pe când în *contingency fees*, acest rezultat este inevitabil.

2. Evoluția legislativă a TPLF în Uniunea Europeană

Prima mențiune a TPLF în Uniunea Europeană a avut loc în 2008. Potrivit documentului elaborat de către Comisie, „în ceea ce privește acțiunile de reprezentare, finanțarea entităților care reprezintă consumatorii este esențială. O primă soluție ar fi alocarea unei părți din despăgubire organizației respective, pentru a acoperi cheltuielile acesteia. O parte terță (de exemplu, o bancă) sau un organism public ar putea acorda un împrumut pentru a acoperi costurile eventuale legate de prefinanțarea procedurilor judiciare. Finanțarea procedurilor judiciare de către părți terțe private (de exemplu, societăți specializate în acest domeniu) este o metodă deja aplicată cu succes în anumite state membre. O altă soluție ar putea consta în finanțarea publică de către statele membre”⁶.

³ D. S. Abrams, D. L. Chen, „A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding” (2013), în *Faculty Scholarship at Penn Law*. 875, pp. 1075-1109. [Online] la https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/875, accesat 06.06.2022.

⁴ Definiția în limba engleză: „specific financial service, which consists of third parties providing funds to plaintiffs to cover their litigation expenses. These funds are provided on a non-recourse basis and are advanced by funders who maintain a passive role, in exchange for the promise by the plaintiff to pay the funder a determined percentage of the award in the case of a favorable settlement or judgment”, în D.S. Abrams, D. L. Chen, *op. cit.*, pp. 1075-1109.

⁵ M. Velchik, J. Zhang, „Islands of Litigation Finance” (February 1, 2019), în *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, Vol. 24, No. 1, 2019. [Online] la <https://ssrn.com/abstract=3432036>, accesat 07.06.2022.

⁶ Comisia Comunităților Europene, Carte verde privind recursul colectiv pentru consumatori /* COM/2008/0794 final */, Bruxelles, 27.11.2008. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52008DC0794>, accesat 07.06.2022.

Observăm că poziția Comisiei în legătură cu aplicarea acestui tip de contract în cadrul acțiunilor colective în materia protecției consumatorilor este una prietenoasă. Mai mult, în 2013 Comisia a elaborat o Recomandare⁷ adresată statelor membre prin care a propus o primă reglementare a TPLF. Cu ocazia elaborării Recomandării Comisiei din 11 iunie 2013, s-au avut în vedere deopotrivă aspectele pozitive și cele negative ce derivă din reglementarea TPLF. În acest sens, „lipsa de finanțare nu ar trebui să limiteze accesul la justiție, dar, pe de altă parte, mecanismele de finanțare disponibile pentru acțiunile colective nu ar trebui să creeze stimulente pentru introducerea abuzivă de acțiuni în justiție”⁸. Totodată, s-a reliefat necesitatea condiționării TPLF pentru a se evita riscul unor acțiuni abuzive, precum și necesitatea „elaborării unui cadru orizontal european pentru acțiunile colective în despăgubire”⁹.

Totuși, propunerea nu a fost susținută de către statele membre. Așa cum reiese din raportul Comisiei, „recomandarea nu a fost pusă în aplicare în niciunul dintre statele membre. Niciunul dintre state nu a reglementat finanțarea de către un terț, cu atât mai puțin în baza recomandării. Republica Elenă și Irlanda, ca o regulă generală, interzic finanțarea de către un terț”¹⁰. Drept răspuns la pasivitatea statelor în reglementarea TPLF conform Recomandării Comisiei din 11 iunie 2013, a fost adoptată Directiva 2020/1828 a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2020 privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor și de abrogare a Directivei 2009/22/CE¹¹, care are caracter obligatoriu pentru statele membre.

⁷ Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013 privind principii comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii, OJ L 201, 26.7.2013, pp. 60–65. [Online] la <http://data.europa.eu/eli/reco/2013/396/oj>, accesat 07.06.2022.

⁸ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Către un cadru orizontal la nivel european pentru acțiunile colective, /* COM/2013/0401 final */, Bruxelles, 11.06.2013. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0401&from=EN>, accesat 07.06.2022.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Raport al Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind punerea în aplicare a Recomandării din 11 iunie 2013 a Comisiei privind principiile comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii (2013/396/UE), /* COM/2018/040 final */, Bruxelles, 25.01.2018. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:52018DC0040>, accesat 07.06.2022.

¹¹ Directiva (UE) 2020/1828 a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2020 privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor și de abrogare a Directivei 2009/22/CE (Text cu relevanță pentru SEE), OJ L 409, 4.12.2020, pp. 1–27. [Online] la <http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>, accesat 07.06.2022.

3. Cadrul actual al TPLF în Uniunea Europeană

În prezent TPLF reprezintă o noutate legislativă absolută pentru majoritatea statelor de pe continent, chiar dacă Comisia a elaborat o Recomandare acum nouă ani. Totuși, există jurisdicții care nu doar practică TPLF (spre exemplu Germania, Austria, Olanda etc.), dar care s-au preocupat de legiferarea instituției. În acest sens, la nivel normativ, menționăm Slovenia, care a adoptat o legislație națională prin care a preluat Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013¹².

Putem afirma că art. 10 al Directivei 2020/1828 constituie temelia TPLF în Uniunea Europeană, fiindcă reglementează cadrul legal al instituției. În acest sens, potrivit alin. (1) al acestui articol, *Statele membre se asigură că, în cazul în care o acțiune în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii este finanțată de un terț, în măsura în care acest lucru este permis în conformitate cu dreptul intern, sunt evitate conflictele de interese și că finanțarea de către terți care au un interes economic în introducerea sau în rezultatul acțiunii în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii nu îndepărtează acțiunea în reprezentare de protecția intereselor colective ale consumatorilor.*

De remarcat că poziția Uniunii nu este una „constrângătoare” în raport cu statele membre. Dat fiind faptul că unele state¹³ au interzis expres acest procedeu juridic, în art. 10 alin. (1) al Directivei 2020/1828 a fost introdusă următoarea teză: „în măsura în care acest lucru este permis în conformitate cu dreptul intern”. Înțelegem că în etapa actuală doar două state sunt scutite de obligația reglementării TPLF în dreptul intern, după cum restul statelor nu dispun de o asemenea interdicție expresă.

În legătură cu interdicția legislativă internă, în România, timp îndelungat s-a considerat în doctrină că pactul *de quota litis* ar fi un impediment în reglementarea instituției. Pactul *de quota litis* reprezintă, potrivit art. 130 alin. (2) din Statutul profesiei de avocat¹⁴, „o convenție încheiată între avocat și clientul său, înainte de soluționarea definitivă a unei cauze, convenție care fixează exclusiv totalitatea onorariilor avocatului, în funcție de rezultatul judiciar al cauzei, indiferent dacă aceste onorarii constau într-o sumă de bani, un bun sau orice altă valoare”. După cum avocatul nu este parte a contractului de finanțare, care se încheie doar între partea litigantă și finanțator, TPLF nu are legătură cu pactul *de quota litis*¹⁵. Înțelegem că pactul *de quota litis* reprezintă un impediment aparent.

Astfel, „în România, în principiu, finanțarea procesului unei părți de către un terț nu este interzisă (...) și nu se opune legii, ordinii publice ori principiilor

¹² Pentru detalii, a se vedea Raportul Comisiei din 25.01.2018.

¹³ Acestea state au fost menționate de către Comisie cu ocazia elabării Comisiei din 25.10.2018, respectiv Republica Elenă și Irlanda.

¹⁴ Uniunea Națională a Barourilor din România, Statutul Profesiei de Avocat din 3 decembrie 2011, publicat în M. Of. nr. 898 din 19 decembrie 2011.

¹⁵ M. de Morpurgo, „A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding (April 2011)”, în *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, p. 404, [Online] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167802, accesat la 15.06.2022.

generale ale dreptului”¹⁶. La aceeași concluzie a ajuns și Curtea Supremă de Justiție din Austria¹⁷, statuând că pactul *de quota litis* nu se aplică TPLF. De asemenea, soluția a fost motivată prin faptul că „*third party funders must not exert influence over the proceedings and are required to remain independent from the funded party*”¹⁸, fiind delimitate obligațiile finanțatorului de cele ale avocatului.

După cum am constatat, Directiva 2020/1828 urmează să fie transpusă în legislațiile naționale. În etapa actuală, doar Olanda a implementat în legislația națională prevederea europeană, modificând în acest sens Codul de procedură civilă¹⁹. În Germania, Slovacia, Spania și România²⁰ se preconizează adoptarea unei legi pentru transpunerea Directivei 2020/1828 până la finele anului 2022²¹.

Urmează să punctăm pe scurt structura TPLF în materia protecției consumatorilor, respectiv, aspectele esențiale care trebuie implementate de statele membre, potrivit directivei. În primul rând se urmărește o protecție a entității calificate ce ar urma să reprezinte consumatorii prin asigurarea independenței acesteia față de terțul finanțator. Considerentul nr. 52 evidențiază „necesitatea unei transparențe cu privire la surse de finanțare (...) pentru a permite instanțelor judecătorești să evalueze dacă finanțarea de către un terț îndeplinește condițiile prevăzute în prezenta lege, dacă ar putea exista un conflict de interese între finanțatorul terț și entitatea calificată care să prezinte un risc de abuz de procedură”. Aceste cerințe sunt reluate la art. 4 alin. (3) lit. e) din Directiva 2020/1828 drept condiții pentru recunoașterea unei entități calificate.

Potrivit considerentului nr. 52, finanțatorul va trebui să furnizeze informații relevante autorităților naționale, iar acestea să decidă asupra unei

¹⁶ C. T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 303.

¹⁷ Supreme Court of Justice (Oberster Gerichtshof), OGH, 23 February 2021, 4 Ob 180/20d. [Online] la https://www.ris.bka.gv.at/JustizEntscheidung.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20210223_OGH0002_0040OB00180_20D0000_000&IncludeSelf=True, accesat 07.06.2022.

¹⁸ M. Wegmüller, M. Gnägi, „The Third Party Litigation Funding Law Review: Austria”, în S. Lathan, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, fifth edition, published in The Law Business Research Ltd., London, 2017, p. 35. [Online] la <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/austria>, accesat 07.06.2022.

¹⁹ Pentru mai multe detalii: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/kst-36034-1.pdf>, accesat 07.06.2022.

²⁰ România a demarat procedurile interne pentru implementarea Directivei 2020/1828. În acest sens a fost elaborat Proiectul Legii privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor. [Online] la https://anpc.ro/galerie/file/proiecte_acte/2022/180422.pdf, accesat 07.06.2022.

²¹ H. Heppner, T. Nebel, in L. Štorek, P.-J. Aerts, S. Biglieri, T. Csaki, J. Gyárfás, P. Kubina, A. M. Pukszto, I. Réczicza, A. Rosielle, J. M. G. Santos, C. Sévère, G. Steen, „Class Action in EU Status of implementation of the Class Action Directive 2020/1828”, în *Dentons*, 2022, p. 24. [Online] la <https://www.jdsupra.com/legalnews/class-action-in-eu-status-of-2147188/>, accesat 07.06.2022.

potențiale influențe asupra deciziilor procedurale, precum și în privința unor posibile conflicte de interese²² între terțul finanțator și partea finanțată, conform art. 10 din Directivă. Cu privire la sancțiunile posibile Directiva îngăduie instanței „să nu recunoască calitatea procesuală a entității calificate sau să declare inadmisibilă o anumită acțiune în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii”.

4. Viitorul european al TPLF

Preocuparea Uniunii în legătură cu implementarea la scară largă a TPLF nu s-a rezumat la art. 10 din Directiva 2020/1828. În martie 2021 a fost prezentat un studiu denumit *Responsible private funding of litigation*²³.

Avantajele din punct de vedere economic a reglementării TPLF constituie unul dintre motivele care stau la baza viitoarei Directive în domeniu, care va avea ca obiect principal TPLF, spre deosebire de Directiva 2020/1828, care abordează TPLF doar în plan subsidiar. Cercetările²⁴ efectuate au reliefat faptul că raportat la piața juridică mondială (care reprezintă 39 miliarde € în 2019, iar preconizările indică o posibilă creștere cu până la 18 miliarde € în 2025), Uniunea deținea 15%, S.U.A. - 50%, iar Regatul Unit - 6%. Observăm că statele din *common law* cu tradiție în TPLF dețin o cotă covârșitoare a pieței juridice. Un argument care susține această teză constituie faptul că TPLF european reprezintă 0,8% din totalul tranzacțiilor pe piața juridică, pe când indicatorul american este de 8,4 ori mai mare.

Studiul a sintetizat²⁵ problemele actuale ale TPLF în Uniunea Europeană, propunând și soluții. În continuare vom evidenția aspectele esențiale pentru a putea creiona viitorul cadru legal al TPLF european.

O primă problemă identificată de *European Parliamentary Research Service* (EPRS) se referă la lipsa unei definiții legale a contractului. Aceasta nu ar trebui să

²² În acest sens, se menționează expres la considerentul nr. 52, TPLF, faptul că: „Finanțarea directă a unei acțiuni în reprezentare specifice de către un comerciant care își desfășoară activitatea pe aceeași piață ca și pârâțul ar trebui considerată ca implicând un conflict de interese, întrucât concurentul ar putea avea un interes economic în rezultatul acțiunii în reprezentare, care nu ar coincide cu interesul consumatorilor. Finanțarea indirectă a unei acțiuni în reprezentare de către organizații care sunt finanțate prin contribuții egale de către proprii membri sau prin donații, inclusiv donații efectuate de comercianți în cadrul inițiativelor în materie de responsabilitate socială a întreprinderilor sau de finanțare participativă, ar trebui să fie considerată eligibilă pentru a fi calificată drept finanțare de către un terț, cu condiția ca finanțarea de către un terț să respecte cerințele privind transparența, independența și absența conflictului de interese”.

²³ J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, *European Parliamentary Research Service, „Responsible private funding of litigation, European added value assessment”, European Union, Brussels, 2021. DOI: 10.2861/057179.*

²⁴ *Idem.*, pp. 6-9.

²⁵ Pentru o enumerare a problemelor identificate și a soluțiilor propuse, a se vedea J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, *op. cit.*, pp. 18-19.

se pretindă a fi una exhaustivă, după cum procedeul juridic este nou și într-o continuă dezvoltare, putând lua diverse forme.

Forum shopping ar urma să fie diminuat prin însăși adoptarea viitoarei Directive în domeniu, fiindcă aceasta ar alinia toate legislațiile naționale. Astfel, grupurile de societăți al căror sediu real este dificil de identificat, se vor supune aceluiași prevederi pe teritoriul întregii Uniuni.

Ar fi bine-venit un filtru național care ar acorda o autorizație²⁶ societății specializate în finanțarea litigiilor. Prin acordarea autorizației, societatea s-ar obliga să se supună interesului superior al clientului. Acest mecanism ar permite evitarea unor abuzuri sau unui risc de influență din partea finanțatorului. Excepția este reprezentată de societățile investitoare non-profit. Dat fiind faptul că ele nu urmăresc un câștig patrimonial din finanțarea părții, posibilitatea unui conflict de interese este redus.

Referitor la insuficiența resurselor financiare ale terțului, a fost identificat riscul ca acesta să oprească finanțarea părții în favoarea unui alt client, având o cauză mai avantajoasă. Pentru a evita aceste inconveniente, s-a propus soluția adoptată în Singapore²⁷, potrivit căreia terțul poate finanța litigiul în funcție de capitalul social sau a unui fond special cu rol de garanție.

Posibilitatea instanței de a interveni din oficiu pentru a stabili existența conflictului de interese sau a consfinți o tranzacție judiciară instituită prin Directiva 2020/1828, va deveni o regulă de drept comun în materia TPLF. În completare se propune Comisiei elaborarea unui ghid adresat autorităților naționale, care să prezinte, cu caracter enunțativ, ipotezele care ar prezenta un posibil conflict de interese. Spre exemplu, în doctrină se menționează două ipoteze de conflicte de interese: „Situția în care finanțatorul, **care** este dependent de pârât, creează conflicte de interese mai mari decât situația în care finanțatorul este un concurent al pârâtului. În prima situație, interesele finanțatorului sunt mai bine aliniate cu cele ale pârâtului decât cu cele ale reclamanților, ceea ce este cea mai gravă formă a conflictelor de interese. În schimb, interesele finanțatorului și ale reclamanților sunt mai bine aliniate. Cu toate acestea, finanțatorul nu este interesat în primul rând să obțină cel mai bun rezultat pentru reclamanți, ci pentru el însuși, în calitate de concurent al pârâtului”²⁸.

²⁶ Pentru mai multe detalii despre forma și conținutul autorizației, a se vedea J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, op. cit., p. 19 și următoarele.

²⁷ J. J. Stoble, L. Welikson, „Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”, în *Defense Counsel Journal*, vol. 87, no. 1, pp. 1-18. [Online] la <https://www.proquest.com/docview/2429828937/51CC00F0FF2A4908PQ/1?accountid=15859>, accesat 07.06.2022.

²⁸ „The situation where the funder is dependent on the defendant creates larger conflicts of interests than the situation where the funder is a competitor of the defendant. In the first situation, the interests of the funder are better aligned with those of the defendant than with those of the plaintiffs, which obviously is the most extreme form of a conflict of interest imaginable. In the opposite situation, the interests of funder and plaintiffs are better aligned, but the funder is not primarily interested in getting the best result for the plaintiffs, but for itself as a competitor of the defendant”, în Visscher L., Faure M., „A Law and Economics

Aceste aspecte au stat la baza elaborării Proiectului de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), în anexa căruia este prezentată Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului referitoare la reglementarea finanțării de către terți a litigiilor, (în continuare Propunerea de Directivă)²⁹. În considerente sunt reluate o serie de probleme actuale, în completarea celor sintetizate în studiul *Responsible private funding of litigation*, menționat mai sus. Astfel, s-a observat o politică agresivă a terților finanțatori care încearcă să preia controlul asupra litigiului, obținând sume exorbitante cu titlu de profit, ajungând la 3000%; faptul că finanțatorii pretind că TPLF ar fi unica metodă de a garanta accesul la justiție, în detrimentul mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor; lipsa unor *fiduciary duties*³⁰ specifice a finanțatorilor.

Pentru soluționarea deficiențelor legislative actuale, dar și pentru prevenirea unor eventuale riscuri în acest domeniu relativ nou, s-au propus o serie de condiții care ar contura o arhitectură juridică comună a TPLF în legislația fiecărui stat membru.

Cu titlu preliminar, din sfera de aplicare a viitoarei Directive dedicate TPLF nu vor face parte societățile non-profit. De asemenea, în acord cu art. 10 din Directiva 2020/1828, statele membre care interzic TPLF nu vor fi obligate să transpună viitoarea Directivă. Statele membre a căror legislație permite TPLF, urmează să înființeze, conform Capitolului 3 din Propunerea de Directivă, Autoritatea de supraveghere, care va controla activitatea finanțatorilor din perspectiva transparenței, resurselor financiare și a respectării *fiduciary duties*, având competența de a acorda și retrage autorizația propusă în studiul *Responsible private funding of litigation*. Activitatea acestor entități va fi coordonată de către Comisie.

Pentru a exclude eventuale conflicte de interese, potrivit considerentului nr. 24 din Propunerea de Directivă, se va impune societăților finanțatoare adoptarea, fie prin actul constitutiv, fie printr-un act separat, a unor norme interne care să asigure deopotrivă transparența și preeminența interesului superior al părții finanțate.

Cu referire la faza execuțională a procesului civil, considerentul nr. 26 din Propunerea de Directivă învederează ca creditorul-parte să aibă prioritate, în

Perspective on the EU Directive on Representative Actions”, în *J Consum Policy* 44, pp. 455–482. [Online] la <https://doi.org/10.1007/s10603-021-09491-3>, accesat 07.06.2022.

²⁹ Comisia pentru afaceri juridice, Proiect de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), Raportor: Axel Voss. [Online] la https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_RO.pdf, accesat 07.06.2022.

³⁰ *Fiduciary duties* reprezintă „o obligație legală de cel mai înalt grad pentru o parte de a acționa în interesul celuilalt. Persoana însărcinată cu obligația este fiduciarul sau persoana încredințată cu îngrijirea bunurilor sau a banilor. Persoana față de care un fiduciar își datorează creanța este cunoscută drept beneficiar. Fiduciarul trebuie să depună toate diligențele pentru beneficiul comitentului și pentru a obține un rezultat satisfăcător sau o administrare capabilă a activelor comitentului”, pentru mai multe detalii [Online] la <https://www.bankrate.com/glossary/f/fiduciary-duty/>. Accesat 07.06.2022.

detrimentul finanțatorului. Această soluție asigură o probabilitate mai mare de îndeplinire a creanței ce a format obiectul litigiului în favoarea subiectului activ al obligației. Procedura ar urma să fie asemănătoare creanțelor privilegiate.

Se urmărește plafonarea profitului finanțatorului. În acest sens, se indică suma ce îi va reveni părții - minimum 60%. Cu alte cuvinte, profitul maxim al terțului finanțator va fi limitat la 40%. Pentru a diminua dificultățile probatorii, a fost instituită o prezumție de inechitate în ipoteza depășirii plafonului de profit în valoare de 40%. În formularea actuală a Propunerii de Directivă nu se menționează cu exactitate la ce fel de prezumție face referire considerentul nr. 27, respectiv prezumție absolută sau relativă. Totuși, acest aspect pare a fi tranșat prin art. 13 alin. (4) din Propunerea de Directivă, potrivit căruia se instituie posibilitatea răsturnării probei în cazurile excepționale.

Totodată observăm o abordare mai restrictivă asupra profitului finanțatorului, în comparație cu statele din *common law*. Acolo nu există o plafonare prestabilită, caracterul echitabil al profitului urmând a fi analizat de către instanță în fiecare caz în parte, în funcție de riscurile ce au fost avute în vedere la momentul contractării.

Definiția finanțatorului este una extrem de largă, permițând încadrarea unor proceduri juridice considerate distincte în *common law*. Potrivit art. 3 lit. a) din Propunerea de Directivă, „finanțator de litigii” înseamnă orice întreprindere care încheie un acord de finanțare de către terți în legătură cu o procedură, chiar dacă nu este nici parte în procedura respectivă, nici avocat care reprezintă o parte la o astfel de procedură, nici prestator de servicii de asigurare reglementate pentru o parte din cadrul acestei proceduri”.

Din redactarea definiției deducem aspectul că finanțatorul nu este nici parte, nici avocat, nici asigurător al părții, neavând nicio legătură cu litigiul. Aceasta reprezintă transpunerea considerentului nr. 5 din Propunerea de Directivă, potrivit căruia „Conceptul de finanțator nu urmărește să includă avocații reprezentând o parte în procedura judiciară sau furnizorul de servicii de asigurare a unei asemenea părți”.

Art. 5 alin. (1) din Propunerea de Directivă menționează condițiile ce vor fi luate în considerare de Autoritățile de supraveghere, care vor acorda autorizațiile pentru activitatea terțului finanțator. Printre acestea se va număra sediul în statul membru, obligația de a demonstra Autorităților de supraveghere că societatea îndeplinește condițiile de transparență, *fiduciary duties*³¹ și alte obligații prevăzute de legislația națională; deținerea unor resurse financiare pentru plata obligațiilor ce derivă din contractul de finanțare a părții (*Capital adequacy*).

De asemenea, potrivit art. 12 din Propunerea de Directivă, se urmărește prezentarea reclamantului a tuturor informațiilor relevante cu privire la posibilitatea ivirii unui conflict de interese, respectiv: „informații privind orice acorduri existente, financiare sau de altă natură, între finanțatorul de litigii și orice

³¹ Art. 7 alin. (2) din Proiectul de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), indică printre *fiduciary duties* interesul superior al părții finanțate, chiar în detrimentul propriului interes.

altă societate care are legătură cu procedurile, inclusiv orice acorduri cu orice entitate calificată pertinentă, entitate de agregare a reclamațiilor, avocați sau alte părți interesate; detalii privind orice alte acorduri de finanțare de către terți încheiate de finanțatorul de litigii care sunt legate de cauza reclamantului, pertinente pentru aceasta sau similare cu ea și detalii privind orice legătură pertinentă între finanțatorul de litigii și un pârât în cadrul procedurii.”

Autorităților de supraveghere **li se va** cere verificarea anuală, din oficiu, a activității finanțatorului sub aspectul îndeplinirii condițiilor care stau la baza autorizației³². Această obligație fiind dublată de cea a societății finanțatoare de a prezenta, cel puțin anual, un certificat privind îndeplinirea condițiilor art. 6 din Propunerea de Directivă, mai exact un certificat contabil ce atestă suficiența fondurilor bănești.

Printre atribuțiile Autorităților de supraveghere se va număra demararea unei anchete privind îndeplinirea sau nu a condițiilor legale de către societatea finanțatoare, din oficiu, la cerere sau chiar în urma unei dispoziții a instanței.

Societatea finanțatoare va trebui, potrivit art. 11 din Propunerea de Directivă, să informeze contractanții atât asupra activității proprii, cât și asupra riscurilor la care s-ar supune partea.

Conform art. 13 din Propunerea de Directivă, vor fi sancționate cu nulitatea contractarea cu societatea finanțatoare ce nu deține autorizația necesară, exercitarea unei influențe asupra litigiului, orice clauză prin care societatea finanțatoare impune contractantului să returneze o sumă de bani în caz de pierdere a cauzei, diminuarea cu mai mult de 60% a cotei din câștigul părții (nefiind aplicabil în situațiile excepționale) și excluderea sau diminuarea răspunderii juridice a societății finanțatoare.

Deși Propunerea de Directivă nu prevede expres forma juridică a societății finanțatoare, considerăm utilă parcurgerea unor scurte considerente din *common law* pentru a reliefa avantajele și dezavantajele principalelor forme juridice.

Limited liability companies (în continuare LLC - societatea cu răspundere limitată) prezintă următoarele avantaje: tratamentul fiscal mai îngăduitor și răspunderea limitată. Totodată, pentru înființarea LLC este necesar doar *certificate of formation* și *limited liability company agreement*³³.

În acord cu condițiile menționate în Propunerea de Directivă, actul constitutiv poate să prevadă clauze speciale care ar evita conflictul de interese³⁴. Evitarea conflictului de interese este urmărită nu doar de partea finanțată, dar și

³² În urma acestor verificări se vor emite acte administrative ce vor fi transmise Comisiei care are va veghea coordonarea activității Autorităților de supraveghere, precum și alte decizii luate, conform art. 10 alin. (5) din Proiectul de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)).

³³ Knight J. F., „Of Conflicts and Corporations: Analyzing Corporate Forms for Future Litigation Finance Firms”, în *The Journal of Corporation Law*, vol. 41:4, 2016, pp. 993-1007. [Online] la <https://www.proquest.com/docview/1783397479/E8107E7EC6814F3CPQ/1?accountid=15859>, accesat 07.06.2022.

³⁴ *Idem.*, p. 1001.

de asociații societății finanțatoare. Putem exemplifica prin ipoteza în care un asociat urmărește finanțarea unui litigiu în interes personal, în detrimentul interesului urmărit de ceilalți asociați și a societății finanțatoare înseși. Aparent, din perspectiva părții finanțate persistă riscul ineficienței unei asemenea clauze, însă tocmai pentru asigurarea respectării garanțiilor minime ale viitoarei Directive, se instituie Autoritatea de supraveghere.

Principalul dezavantaj al acestei forme juridice se referă la influența decisivă pe care o au asociații asupra deciziilor de finanțare³⁵. Chiar dacă ar fi instituită o clauză care ar evita conflictul de interese, aceasta nu ar fi în stare să garanteze confidențialitatea informațiilor cu privire la litigiu. Dat fiind numărul restrâns de asociați (am putea puncta și regula potrivit căreia unul dintre asociați îndeplinește și rolul de administrator), numărul persoanelor care ar avea acces la informațiile confidențiale ar fi prea mare. De asemenea, lipsa varietății părților sociale în comparație cu acțiunile, poate fi privită ca un alt dezavantaj.

Alternativa la LLC ar fi *corporation* (societatea pe acțiuni). Printre avantajele acesteia enumerăm răspunderea limitată și deținerea unor resurse financiare considerabile. De asemenea, se evidențiază structura de administrare a *corporation* care nu permite accesul acționarilor la informațiile confidențiale privind cauza ce se dorește a fi finanțată. De asemenea, vărsămintele de capital social sunt mai facile în cazul *corporation*³⁶, fiind prevăzute proceduri cu o celeritate mai mare. Rezultatul practic ar fi posibilitatea suplinirii capitalului social sau a fondului special destinat plății obligațiilor (menționate în Propunerea de Directivă). În completare, ar exista și posibilitatea deținerii mai multor tipuri de acțiuni, aspect ce ar permite accesul mai facil al terților în cadrul *corporation* (ceea ce ar reprezenta noi vărsăminte).

Dintre cele două forme juridice, considerăm că doar *corporation* sau societatea pe acțiuni autohtonă, poate satisface cerințele viitoarei Directive, având un capital social mai mare și mai ușor de adaptat, o varietate a acțiunilor, structura administrativă ce asigură confidențialitatea informațiilor din proces și limitarea eficientă a conflictului de interese.

5. Concluzii

În Uniunea Europeană, la fel cum s-a întâmplat în statele din *common law*, TPLF apare ca o modalitate de a eficientiza accesul liber la justiție. Inițial necesitatea s-a resimțit în materia consumatorilor pentru a acorda resursele financiare necesare în acțiunile colective. După ce au fost conștientizate avantajele TPLF, s-a decis lărgirea câmpului de aplicare a acestuia prin reglementarea distinctă a instituției.

Propunerea de Directivă, TPLF se practică în prezent în Uniune, însă „*it is happening largely in the shadows (...) and most agreements are made in secret - rendering them ripe for abuse*”. Același mesaj a fost transmis de către *The*

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Idem.*, p. 1002.

*U.S. Chamber Institute for Legal Reform*³⁷ în legătură cu implementarea Directivei 2020/1828. Potrivit acestora, există riscul unor abuzuri din partea finanțatorilor, dat fiind faptul că Directiva 2020/1828 nu este adresată în mod special TPLF, ci doar indică anumite cerințe ce ar trebui respectate de societățile finanțatoare în acțiunile colective. Astfel, deși nu *expressis verbis*, aceștia, totuși, au sugerat o serie de condiții ce ar trebui impuse de către Uniune în materia TPLF. Printre acestea se numără profitul limitat al finanțatorului, garanțiile privind resursele financiare ale acestuia și necesitatea unei definiții a „*undue influence*”.

Odată cu adoptarea și ulterior implementarea viitoarei Directive privind TPLF, va urma înființarea unor noi societăți comerciale în Uniune, respectiv un nou sector economic. Înțelegem că se așteaptă un val de investiții din afara Uniunii în acest domeniu, fiind avantajate state precum Germania, care deja au formată o tradiție în practicarea TPLF.

Dacă analizăm perspectiva justițiabililor, evidențiem că *The U.S. Chamber Institute for Legal Reform* a realizat un sondaj în acest sens³⁸. Acesta exprimă poziția respondenților europeni cu privire la reglementarea TPLF în Uniune. 83% dintre aceștia își doresc o reglementare strictă, cu cât mai multe garanții. Auto-reglementarea prin intermediul practicilor, jurisprudenței sau codurilor de conduită este preferată doar de 27% dintre respondenți.

Referințe

- Abrams D. S., Chen D. L., „*A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding* (2013)”, în *Faculty Scholarship at Penn Law*. 875, pp. 1075-1109
- Comisia Comunităților Europene, Carte verde privind recursul colectiv pentru consumatori / * COM/2008/0794 final */ Bruxelles, 27.11.2008
- Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Către un cadru orizontal la nivel european pentru acțiunile colective, / * COM/2013/0401 final */ Bruxelles, 11.06.2013
- Comisia pentru afaceri juridice, Proiect de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), Raportor: Axel Voss
- de Morpurgo M., „*A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding* (April 2011)”, în *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, pp. 343-412
- Heppner H., Nebel T., în Štorek L., Aerts P.-J., Biglieri S., Csaki T., Gyárfás J., Kubina P., Puksztó A. M., Récziczka I., Rosielle A., Santos J. M. G., Sévère C., Steen G., „Class

³⁷ Public Consultation on the Transposition of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC. Response from the U.S. Chamber Institute for Legal Reform, pp. 20-21. [Online] la <https://enterprise.gov.ie/en/Consultations/Consultations-files/US-Chamber-Institute-for-Legal-Reform-submission-Directive-2020-1828.pdf>, accesat 07.06.2022.

³⁸ U.S. Chamber Institute for Legal Reform: New Poll Shows 83 Percent of EU Consumers Want Safeguards for Third Party Litigation Funding 2021, Washington, D.C. [Online] la <https://www.proquest.com/wire-feeds/u-s-chamber-institute-legal-reform-new-poll-shows/docview/2577386449/se-2?accountid=193930>, accesat 07.06.2022.

- Action in EU Status of implementation of the Class Action Directive 2020/1828”, în *Dentons*, 2022
- Knight J. F., „Of Conflicts and Corporations: Analyzing Corporate Forms for Future Litigation Finance Firms”, în *The Journal of Corporation Law*, vol. 41:4, 2016, pp. 993-1007
- Public Consultation on the Transposition of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC. Response from the U.S. Chamber Institute for Legal Reform, pp. 20-21
- Saulnier J., Müller K., Koronthalyova I. (European Parliamentary Research Service - EPRS), „Responsible private funding of litigation, European added value assessment”, European Union, Brussels, 2021. DOI: <https://doi.org/10.2861/057179>
- Stroble J. J., Welikson L., „Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”, în *Defense Counsel Journal*, vol. 87, no. 1/2020, pp. 1-18
- Raport al Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind punerea în aplicare a Recomandării din 11 iunie 2013 a Comisiei privind principiile comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii (2013/396/UE), /* COM/2018/040 final */, Bruxelles, 25.01.2018
- Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013 privind principii comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii, OJ L 201, 26.7.2013, pp. 60–65
- Ungureanu C. T., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018
- Supreme Court of Justice (Oberster Gerichtshof), OGH, 23 February 2021, 4 Ob 180/20d.
- U.S. Chamber Institute for Legal Reform: New Poll Shows 83 Percent of EU Consumers Want Safeguards for Third Party Litigation Funding 2021, Washington, D.C.
- U.S. Chamber Institute for Legal Reform, *Stopping the sale on lawsuits: a proposal to regulate third-party investments in litigation*, 2012
- Velchik M., Zhang J., „Islands of Litigation Finance (February 1, 2019)”, în *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, Vol. 24, No. 1/2019
- Visscher L., Faure M., „A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions”, în *Journal of Consumer Policy* 44/2021, pp. 455–482, <https://doi.org/10.1007/s10603-021-09491-3>
- Wegmüller M., Gnägi M., „The Third Party Litigation Funding Law Review: Austria”, în Lathan S., *The Third Party Litigation Funding Law Review*, fifth edition, published in The Law Business Research Ltd., London, 2017

