

Externaliser le financement de procédures contentieuses

Depuis une dizaine d'années, des acteurs spécialisés proposent d'externaliser le financement et l'accompagnement des procédures contentieuses. Encore assez méconnu, le Tiers partie financement offre pourtant de nombreux avantages.



Alain Le Grec,
Directeur général

SUR L'ENTREPRISE

La Française International Claims Collection propose, avec ses fonds d'investissement dédiés, des solutions de financement des procédures contentieuses internationales (principalement d'arbitrage) ainsi que de l'exécution de sentences arbitrales. Cette activité est connue sous le nom de « financement de contentieux par un tiers » (ou « Third-party funding » en anglais). Grâce à une longue expérience en matière de recouvrement de créances, elle apporte également son savoir-faire technique spécialisé pour la conduite de l'exécution de sentences et jugements dans le monde entier. Les financements proposés couvrent les honoraires des avocats, les expertises, les frais de tribunal et les frais connexes à la procédure. Il s'agit d'un financement sans recours,

en cas d'échec de la procédure ou de l'exécution. La Française International Claims Collection est une filiale du groupe Acofi, dédié aux modes alternatifs de financement. Acofi s'inscrit dans le modèle multi-affiliés du groupe de gestion d'actifs La Française, organisé autour de quatre filières d'activité : valeurs mobilières, immobilier, solutions d'investissement et financement direct de l'économie. Le groupe La Française (500 salariés, plus de 50 milliards d'euros sous gestion au 31/12/2015) compte parmi ses clients des investisseurs privés et institutionnels du monde entier. Le groupe présente un actionariat solide et original, associant une banque française de renom – le Crédit Mutuel Nord Europe – les dirigeants et les salariés du groupe. Sites : www.acofi.com, www.lafrancaise-icfund.lu

Les entreprises sont confrontées de façon aléatoire à des incidents dans le cadre de leurs activités commerciales ou de leurs investissements à l'international : impayés, contestations, ruptures abusives, spoliations etc. Ces incidents peuvent perturber plus ou moins leur bonne marche (mobilisation de forces en interne, identification et traitement des responsabilités, incidences financières, juridiques et comptables).

Si les démarches amiables échouent, ces entreprises peuvent s'engager dans la résolution judiciaire du contentieux. Nous retiendrons pour le développement de cet article le cas du règlement des litiges par voie d'arbitrage, justice conventionnelle privée (par opposition aux systèmes judiciaires d'État), qui suppose qu'une clause compromissoire figure au contrat, ou que le préjudice subi dans un État d'accueil relève d'une violation d'un Traité bilatéral de protection des investissements (TBI). Cette justice « privée » présente les avantages suivants :

- les parties choisissent ensemble un arbitre unique (cas rare) ou chacune un arbitre, et ces arbitres en nomment un troisième qui sera le président du tribunal (chargé de départager en cas de besoin),
- les arbitres sont rémunérés par les par-

ties pour connaître exclusivement du litige qui leur est soumis,

- les règles de l'institution d'arbitrage ou du tribunal *ad hoc* s'appliquent universellement sans considération du lieu où se réunit le tribunal,
- les arbitres privilégient l'analyse de la situation en équité (prise en compte des circonstances et des pratiques) dans le respect des considérations du droit choisi,
- les procédures sont généralement confidentielles, ce qui préserve l'image de l'entreprise et sa liberté de transiger à tout moment ;
- en dehors de la requête en annulation (pour des motifs procéduraires), la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel (durée relativement courte et prévisible)
- les sentences arbitrales internationales rendues en matière commerciale sont reconnues dans 140 pays, grâce à la Convention de New York (1957), ce qui facilite leur exécution (sous réserve de l'obtention d'un jugement d'exequatur auprès d'un tribunal local)
- les sentences arbitrales relatives aux investissements couverts par les TBI, et rendues dans le cadre de la Convention de Washington (1965), sont reconnues par plus de 150 pays.

Cependant, cette justice est coûteuse (coût des intervenants et du tribunal), exige d'être familiarisé avec ses spécificités, et enfin l'exécution contre une entité étrangère (entreprise ou État) récalcitrante peut s'avérer longue, coûteuse et complexe.

TPF : késako ?

Depuis une dizaine d'années, des acteurs spécialisés proposent en Europe d'externaliser le financement et l'accompagnement de ces procédures contentieuses. Il s'agit le plus souvent de fonds d'investissement spécialisés qui prennent en charge à leur risque les coûts liés à la procédure, puis à la phase d'exécution de la sentence arbitrale. En contrepartie du risque qu'ils portent, le contrat signé avec l'entreprise leur donne un droit sur une portion des recouvrements, au-delà du remboursement prioritaire des débours effectifs. Ce schéma d'externalisation se différencie du prêt (ce n'est pas un crédit remboursable ; il n'y a pas d'intérêts), et de la cession de créance (l'actif déprécié objet du litige, les droits à réclamation, restent dans le bilan de l'entreprise, qui reste sans contestation possible la partie plaignante devant le tribunal). Cette activité, appelée Tiers partie financement (TPF) peut prendre des

Par Alain Le Grec, directeur général. **La Française International Claims Collection**

CASE STUDY

Une entreprise américaine X acquiert pour 4 millions USD en 1995 une société de média lors de sa privatisation, en Europe centrale. Son but est d'étendre la couverture de radiodiffusion sur le pays. Des entraves administratives discriminatoires l'empêchent de participer à plus de 200 adjudications. Cette logique d'expropriation de fait décide X à poursuivre l'État devant le tribunal Cirdi. Le tribunal, reconnaissant les violations du TBI applicable, a accordé une indemnisation à hauteur de 13 millions USD. La demande en annulation introduite par l'État débiteur a été rejetée après une procédure d'un an.

Un TPF a pris en charge les coûts de la procédure d'arbitrage, puis de l'exécution de la sentence, qu'il a directement pilotée. Il a ainsi procédé à la localisation et à la saisie d'actifs de l'État débiteur et de ses « alter ego », dans certains pays d'Europe présentant une jurisprudence favorable. Ces actions ont débouché sur la signature d'un accord transactionnel pour le montant total de la dette (intérêts et principal), cinq ans après le lancement de l'arbitrage. Le coût total supporté par le TPF a dépassé 2 millions USD (dont 0,5 pour l'exécution) mais a permis l'encaissement de 15 millions USD.

formes diverses mais se présente en général ainsi : le dossier est analysé méthodiquement sous différents aspects (éléments caractérisant le préjudice allégué, vérification de la compétence de juridiction, mérites juridiques, environnement éthique, qualité de la base documentaire et des témoins, composantes et crédibilité de la quantification de la réclamation, solvabilité de la partie adverse et stratégies de recouvrement, dans la perspective de l'exécution d'une future sentence ; avocats et experts envisagés pour conseiller l'entreprise ; budgets définis pour couvrir les besoins financiers de la procédure puis de l'exécution ; durée envisageable). À travers cette « due diligence », le TPF procède à un véritable diagnostic indépendant, précieux pour l'entreprise, car en alignement d'intérêt avec elle : en effet le TPF s'apprête à mettre en jeu ses propres moyens financiers, sans recours, dans la double perspective d'une sentence conforme et d'une exécution fructueuse. Il doit donc écarter les dossiers faibles et regarder l'équation financière avec prudence et objectivité, démarche identique à celle des directeurs financiers et juridiques de l'entreprise. Une fois le dossier accepté par le TPF et les clauses d'un contrat de prise en charge financière négociées entre l'entreprise et le TPF, sur la base d'un budget et d'une rémunération clairement définis, le TPF interviendra durant toute la vie du dossier : gestion des paiements des factures, adéquation avec les devis établis avec les prestataires, pilotage financier par étapes clés. Il peut apporter une valeur ajoutée importante par ses commentaires, relecture de projets d'écriture, échanges d'expériences et aide à la direction juridique

ou aux avocats, ou encore par le pilotage des stratégies d'exécution de la sentence (lorsque le TPF dispose de ce savoir-faire en interne). On comprendra que le TPF n'est pas une solution universelle d'externalisation mais est adapté à certains cas, impliquant par exemple des budgets élevés.

Des avantages financiers et stratégiques

Nous pouvons lister les principaux avantages d'une extériorisation du financement des procédures auprès d'un TPF professionnel :

1. Allocation des ressources. Les fonds apportés par le TPF permettent de réalouer les moyens financiers de l'entreprise vers les axes d'excellence ou de développement, qui constituent sa raison d'être et dont les équations économiques sont mieux maîtrisées, alors que le financement de litiges n'est qu'une incidente subie (sauf dans certains secteurs comme le recouvrement ou l'assurance).

2. « Task force » supplétive dédiée. Le choix d'un TPF expérimenté, notamment en exécution de sentences ou d'accompagnement actif de la procédure (le TPF peut être considéré comme une force de travail complémentaire permanente) améliore les perspectives du dossier intrinsèquement, soit par la promotion de négociations transactionnelles (le TPF comme l'entreprise ont souvent avantage à favoriser le déclenchement d'une transaction en exploitant un rapport de force favorable durant la procédure), soit en contribuant à la qualité des travaux préparatoires, soit en assurant de façon efficace l'exécution de la sentence.

3. Comptabilité. Au-delà du provisionnement de l'actif concerné par le litige, les comptes ne subissent aucun impact complémentaire. Le TPF règle tous les coûts liés à la procédure (frais de tribunal, honoraires des avocats et des experts, frais annexes) ; aucune nouvelle provision n'est à constituer puisqu'il ne s'agit pas d'un prêt. Le risque résiduel constitué, en cas de sentence défavorable, par la perspective de devoir rembourser une partie des frais exposés par l'adversaire, peut être couvert par certaines polices d'assurance. À la conclusion du dossier, si elle est heureuse, le TPF émettra une facture pour le montant de sa rémunération contractuelle : ce montant est donc déductible de l'impôt sur les sociétés au même titre que toute charge réglée par l'entreprise. En cas d'échec, l'entreprise ne doit rien au TPF.

4. Services support de la société (comptabilité, direction juridique). La gestion administrative et financière du litige étant assurée par le TPF, les services de l'entreprise sont soulagés. De même, la relation avec les avocats et experts est consacrée exclusivement au succès de la procédure et « dépolluée » de sa composante financière (irritations fréquentes sur l'évolution des honoraires). Après avoir surtout concerné les entreprises affaiblies financièrement par un préjudice majeur subi, l'activité de TPF est maintenant considérée par les plus grandes entreprises comme une alternative intelligente à l'autofinancement des contentieux. De solution née de la nécessité, le TPF devient l'objet de décisions rationnelles de gestion dans la vaste panoplie des outils à disposition du management des entreprises internationales.