



LEADERS LEAGUE

présente



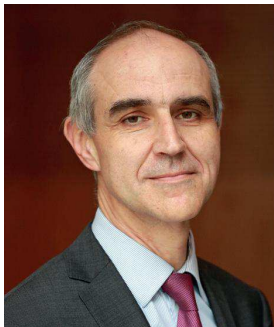
LA FRANÇAISE



tiré du Guide 2017
Stratégies Financières et Fiscales

Le financement d'arbitrages par un tiers en pratique

La possibilité d'externaliser les coûts d'un litige, en particulier lorsqu'il s'agit d'un arbitrage international, est de mieux en mieux connue et utilisée dans le monde des affaires. L'entreprise peut ainsi transférer à un tiers spécialisé le risque financier lié à son arbitrage. Quels sont donc les avantages pratiques d'un tel financement externalisé ?



Alain Grec,
directeur général

SUR L'AUTEUR

La Française International Claims Collection propose, grâce à ses fonds d'investissement dédiés, des solutions de financement sans recours de procédures contentieuses internationales (principalement d'arbitrage international) ainsi que de l'exécution de sentences arbitrales dans le monde entier. Cette activité est connue sous le nom de « financement de contentieux par un tiers » (« Third-party funding », ou « TPF » en anglais).

Les avantages du TPF en pratique

Bien que l'existence du financement de litiges se développe depuis une vingtaine d'années, les avantages concrets de ce mécanisme restent méconnus. Il arrive souvent que les sociétés confrontées à un litige transfrontalier décident de ne pas poursuivre un arbitrage, suivant parfois l'adage selon lequel une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès. Or, les avantages de l'arbitrage international devraient encourager une société disposant d'un dossier solide à faire valoir ses droits, et le coût ne devrait pas l'en dissuader dans la mesure où non seulement les acteurs de l'arbitrage s'efforcent de trouver des solutions pour maîtriser le temps et les coûts des procédures, mais aussi où des partenaires financiers spécialisés sont prêts à contribuer avec leurs capitaux et leur savoir-faire à la réussite et à l'efficacité de la résolution du litige.

Parmi les avantages du financement d'arbitrages internationaux d'un point de vue pratique, il convient de noter ce qui suit :

- Le financement par un tiers ne s'accom-

mode pas des procédures sans fin. Les intérêts de la partie financée et du Tiers financeur (communément désigné par son acronyme anglophone « TPF ») sont ainsi alignés dès le démarrage du dossier vers une résolution concrète dans les meilleurs délais (soit, pour le TPF, un retour rapide sur son investissement).

Ainsi, le contrat de financement d'un arbitrage peut prévoir une rémunération qui sera calculée en fonction de la durée de la procédure, des montants investis et des recouvrements effectifs, de façon modulable.

Ce qui précède vaut également pour l'hypothèse d'un règlement du litige en nature. Ce cas peut par exemple être couvert dans le contrat de financement par une clause octroyant au tiers financeur une équivalence prédéterminée en numéraire.

- Dans le cadre de la procédure d'arbitrage, le tiers financeur permet à la partie financée de se battre à armes égales avec son adversaire.

Cela vaut pour toutes les sociétés susceptibles de faire appel à un tiers finan-

ceur, indépendamment de leur taille et de leur situation financière (y compris lorsqu'elles sont en procédure collective). En effet, un tiers financeur spécialisé en arbitrage a accumulé des expériences (avec des professionnels spécialisés, des situations plus ou moins complexes, des types et domaines de litiges différents) ce qui bénéficie à ses clients, pour le meilleur succès de leur dossier, sans aucunement transgresser les règles strictes de confidentialité auxquelles le TPF doit être tenu.

Cet apport d'expérience, qui va au-delà de l'accompagnement financier et logistique procuré, constitue un avantage important pour les sociétés qui se voient impliquées dans un arbitrage international.

- Le concept de TPF favorise aussi les perspectives d'accords transactionnels. Ainsi, certains tiers financeurs disposent d'un savoir-faire en recouvrement international, souvent utilisé pour améliorer le rapport de forces en vue de l'ouverture de négociations transactionnelles pendant la procédure ou après le rendu de la sentence. Cela procure à leurs clients une véritable valeur ajoutée lorsqu'ils privilégient une issue transactionnelle.

Enfin il ne serait pas raisonnable de négliger l'hypothèse où l'adversaire, une fois condamné, pourrait ne pas s'exécu-

LES POINTS CLÉS

- Le TPF est compatible avec une solution transactionnelle et/ou une procédure raccourcie ou accélérée. Le TPF et le client partagent l'objectif d'obtenir une compensation juste dans un délai raisonnable.
- Le TPF apporte un savoir-faire financier, logistique et technique en particulier lorsqu'il propose également de participer activement en vue de l'exécution de la sentence ou de l'obtention d'une transaction.
- Le TPF permet à la société qui y a recours d'allouer ses capitaux disponibles à des investissements liés à son domaine d'activité et susceptibles d'améliorer la rentabilité opérationnelle de l'entreprise.

ter volontairement, auquel cas la société plaignante doit prévoir, non seulement le paiement des frais et honoraires relatifs aux procédures d'exécution (qui varient de manière conséquente en fonction des pays ciblés et de la complexité de la stratégie à mettre en œuvre), mais aussi le choix des professionnels spécialisés pour les actions locales. Certains TPF peuvent intervenir dans ce domaine, s'ils sont dotés d'une équipe spécialisée, et disposent d'un réseau expérimenté et fiable, ce qui peut alors s'avérer essentiel pour la société financée.

- Le financement de litiges par un tiers permet aux sociétés d'allouer leurs ressources vers des investissements « *core business* ». En effet, s'agissant d'un financement sans recours, l'impact est neutre sur le bilan de l'entreprise (aucun provi-

sionnement, aucune dette), laquelle peut mobiliser de façon durable les ressources considérées sur ses axes prioritaires.

En effet, la gestion et le financement en interne des procédures contentieuses exigent la mobilisation de moyens (qualitatifs et quantitatifs), parfois sur plusieurs années, qu'il est difficile de calibrer, ce qui entraîne une incertitude budgétaire et comptable considérable. Une solution de financement externalisé auprès d'un partenaire professionnel approprié, affranchit l'entreprise de cette « épée de Damoclès », et permet l'investissement des capitaux libérés dans ses projets « *core* », sans coût additionnel, en contrepartie d'un prélèvement partiel sur un encaissement futur directement dépendant de l'issue du litige concerné : elle peut donc ainsi se révéler plus rentable qu'une solution d'autofinancement.

Il s'avère donc de saine gestion pour une société confrontée à un arbitrage international de comparer les options de financement disponibles : d'une part l'autofinancement et sa prévisibilité, et d'autre part la comparaison de plusieurs TPF. Elle doit tenir compte, entre autres, des aspects suivants :

- les moyens qu'elle devra mobiliser si elle décide de financer la procédure elle-même,
- la valeur pour l'entreprise du préjudice subi du fait du litige, et
- les aléas associés à l'arbitrage (coût de la procédure, et d'une exécution forcée éventuelle, résultat incertain, différentiel de rentabilité induite).

Actuellement, de plus en plus de sociétés optent pour une solution de financement externalisé sur les fondements de cette analyse. Elles considèrent en effet que le schéma de rémunération du tiers financeur matérialise une convergence d'intérêts, l'affranchissement pour elles des principaux risques (durée, capitaux), ainsi que l'apport de certaines valeurs ajoutées déterminantes (assistance au fil de l'eau, accompagnement du processus transactionnel, exécution).

Par ailleurs, dans le sondage cité ci-contre, les professionnels interrogés disposant déjà d'une expérience avec un TPF ont déclaré majoritairement avoir une opinion positive du financement par un tiers. Cela illustre que, pour une société disposant d'un dossier solide, l'attelage avec des avocats et experts expérimentés ainsi qu'avec un tiers financeur spécialisé, ne peut qu'augmenter les chances de réussite tout en optimisant les ressources de l'entreprise.

EXTERNALISER LE FINANCEMENT D'UN ARBITRAGE : POUR OU CONTRE ?

Un sondage mené en 2015 auprès de professionnels de l'arbitrage montrait une préférence pour l'arbitrage international comme mode de résolution de litiges¹. Il souligne son adaptabilité aux besoins des parties. On observe ainsi la prise en compte des problèmes des coûts et délais : création de procédures accélérées, ou autorisation récente du financement des procédures par un tiers (à Singapour notamment). Un autre avantage concerne la faculté d'exécuter les sentences arbitrales dans la plupart des pays grâce aux conventions internationales en vigueur. Cela renvoie aux principaux reproches adressés à l'arbitrage international, au sujet des coûts et des délais procéduraux. Cela s'ajoute au risque que le créancier n'obtienne réparation effective de son préjudice qu'au prix d'années d'efforts d'exécution, ou même qu'il ne l'obtienne jamais. Pour y parer, le recours à un « Tiers financeur » (TPF) pour externaliser les coûts futurs d'un arbitrage opère un transfert du risque financier, mais peut aussi contribuer à l'efficacité de la résolution du litige, et à la maximisation du recouvrement (selon le TPF choisi).

¹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, par le cabinet White & Case et Queen Mary University of London