

Focus sur le **financement** des litiges par des **fonds spécialisés**

La pratique consistant à avoir recours à un tiers (*third party litigation fund*) pour financer des contentieux séduit nombre d'entreprises à travers le monde. Revue de détail sur ce type de financements et ses avantages.

PAR JEAN-PIERRE BLIN, AVEC LA PARTICIPATION D'ANTOINE MASSON

Utiliser le droit comme arme stratégique au service de l'entreprise peut prendre différentes formes. Parmi lesquelles le recours au contentieux qui s'avère en effet souvent efficace pour modifier les rapports de force existants, faire évoluer une situation bloquée ou tout simplement obtenir ce qui ne peut être obtenu par des moyens non coercitifs. Toutefois, cette solution pose le problème du coût et des risques judiciaires. C'est pour apporter une réponse à ces obstacles que se sont développés, au cours des dernières décennies dans les pays anglo-saxons, des fonds contentieux spécialisés appelés *third party litigation funds*. Ces fonds, extérieurs au litige, prennent en charge une partie ou la totalité des coûts

d'une procédure contentieuse, qu'elle soit arbitrale ou juridictionnelle, et se rémunèrent en prélevant une fraction des sommes allouées à la partie financée, si elle est victorieuse.

UNE PRATIQUE EN PLEIN ESSOR

Les fonds contentieux ont vu le jour en Australie dans les années quatre-vingt. Tout d'abord actifs dans le cadre des faillites d'entreprises, ils ont ensuite étendu leur champ d'intervention à d'autres secteurs et d'autres pays au fur et à mesure de la levée de certaines barrières juridiques notamment liées à l'existence, dans les pays de *Common Law*, des délits de « maintenance » (qui condamnent l'aide apportée à un tiers, en argent ou par d'autres moyens, dans le cadre d'un procès dans lequel celui-ci n'est pas impliqué) et de « champerty » (qui sanctionnent le concours apporté à l'une des parties à un litige par un tiers en l'échange d'une part des bénéfices).

Ainsi, en Australie, ce n'est qu'en 2006 que la High Court of Australia a véritablement reconnu la légalité de la pratique. De même, en Grande-Bretagne, pays phare où sont actifs une quinzaine de fonds contentieux (Harbour Litigation Funding Ltd, Burford Capital Ltd...), ce n'est qu'à la suite d'une série de décisions dans les années deux mille et du rapport du juge Jackson sur les coûts de procédure que ce financement a pleinement été reconnu. Aux États-Unis, si la pratique s'est également développée, la situation est cependant moins claire, certains États appliquant toujours le délit de champerty. En outre, la

pratique par les cabinets d'avocats américains des « contingency fees » qui reposent sur le principe du *no win no fee*, prive en grande partie de son intérêt le recours à un tiers financeur.

Dans les pays de *Civil Law*, malgré l'absence de barrières juridiques, le développement des fonds contentieux reste limité. Cela tient, semble-t-il, au coût comparativement plus faible des procédures, au montant plus limité des dommages et intérêts octroyés, à la faiblesse des dépens récupérables et à une culture moins contentieuse que dans les pays de *Common Law*. Il existe toutefois quelques exceptions, en particulier l'Allemagne où une douzaine de fonds contentieux (DAS, Foris, Roland, Exactor AG...) ont été créés en complément des assurances de protection juridique, très répandues dans ce pays. En France, seuls deux fonds spécialisés sont actifs : Alter Litigation et La Française AM.

L'essor de cette pratique se traduit par une augmentation du volume des sommes investies qui avoisineraient aujourd'hui, en ce qui concerne les principaux acteurs anglo-saxons, le milliard de dollars. Sachant que l'investissement se situe généralement entre 500 000 et 5 millions de dollars.

Quant aux types de contentieux financés, si les fonds se concentrent naturellement sur les affaires à forts enjeux, comme le droit de la concurrence, ou les procédures rapides comme l'arbitrage, la palette est relativement large : contentieux relatifs à la propriété industrielle, à la responsabilité contractuelle, au droit financier, à la violation d'obligations fiduciaires, etc.

En
moyenne
5 à 10 % des dossiers
présentés
obtiendraient
un financement
de la part
des fonds sollicités.

CRITÈRES POUR ÊTRE FINANCÉ

En moyenne, 5 à 10 % des dossiers présentés obtiendraient un financement de la part des fonds sollicités. Pour avoir une chance d'aboutir, la demande doit remplir des critères précis. Le premier d'entre eux est la probabilité de succès qui devra être d'au moins 60 %. Sont aussi analysées en détail l'importance des coûts à supporter, la valeur nette de la demande (les fonds se concentrant dans leur grande majorité sur des dommages réclamés de plusieurs millions de dollars), la durée potentielle de la procédure ou encore la facilité de recouvrement des sommes accordées.

Cette analyse se fait généralement dans le cadre d'une phase d'examen préliminaire. Au terme de cette première sélection, certains fonds sollicitent la signature d'un engagement d'exclusivité avant d'engager la phase d'examen approfondi. Le coût associé à ces examens, notamment aux audits, est soit pris en charge par le fonds, soit supporté par le client.

Une fois l'acceptation du dossier obtenue, un contrat de financement est conclu. Si la qualification juridique précise de tels contrats n'est pas très claire, une certaine harmonisation de leur contenu semble se développer, portée notamment par l'adoption d'un code de conduite par l'Association of Litigation Funders en 2011.

À cet égard, les éléments importants de ce type de contrat sont notamment :

- l'étendue du financement, qui peut

couvrir intégralement ou partiellement les coûts liés à la procédure et les coûts de recouvrement, ainsi que la possibilité d'avoir à supporter, en cas de défaite, certains coûts de la partie adverse ;

- le montant du financement, son éventuel plafonnement, la durée de disponibilité ainsi que les garanties relatives à cet apport ;

- la rémunération du fonds, souvent un pourcentage des sommes recouvrées (en général entre 20 et 50 % des dommages et intérêts recouvrés) ;

- l'étendu du contrôle exercé par le fonds sur la conduite du contentieux, ainsi que les obligations à la charge du tiers financé vis-à-vis du fonds, en particulier en matière de communication d'informations.

Concernant le contrôle, si la règle est en général la passivité du fonds, il peut arriver que les intérêts divergents des parties créent des situations délicates. Le contrat doit donc être précis sur cet aspect. Quant aux obligations en matière d'information, il faut faire attention à la perte du *legal privilege* que peut entraîner ce type d'obligations dans certaines juridictions.

AVANTAGES POUR LES DIRECTIONS JURIDIQUES

Ce type de financements présente plusieurs avantages pour les tiers financés. Le bénéfice principal est la levée de la contrainte budgétaire. Les entreprises, dont la trésorerie est limitée, retrouvent des possibilités d'agir en justice pour se défendre ou pour faire valoir leurs droits face à des adversaires qui pourraient être tentés de profiter de leur incapacité financière. Ce type de financement, en créant de la liquidité vis-à-vis d'un actif qui en est jusqu'alors dépourvu, constitue également un outil intéressant d'optimisation budgétaire et de trésorerie. Par ailleurs, les

’
Avec ces financements, les entreprises, dont la trésorerie est limitée, retrouvent des possibilités d'agir en justice pour se défendre ou pour faire valoir leurs droits vis-à-vis de leurs adversaires qui pourraient être tentés d'exploiter leur incapacité financière à agir en justice.

directions juridiques peuvent être moins regardantes sur les dépenses engagées dans le cadre du contentieux. C'est aussi un outil de gestion du risque puisqu'il permet de faire supporter à un tiers le risque lié à l'action contentieuse. Enfin, le recours à ce type de financement permet de voir son contentieux passé au crible par un tiers ayant une certaine expérience et de bénéficier de son soutien pour le recouvrement des sommes qui seront octroyées. |

à propos de

JEAN-PIERRE BLIN ET ANTOINE MASSON

> Tous deux sont experts associés au Centre Européen de Droit et d'Économie de l'Essec.

Rens. : <http://cede.essec.edu>

