



Université Côte d'Azur
Gredeg – CNRS-Université Côte d'Azur

Colloque « La Justice à la Croisée des Chemins »

Tables rondes : « Les Acteurs »
 « Les Pratiques »

*Contribution d'Alain Grec - Associé Fondateur de Profile
Investment SAS*

20 novembre 2023



Le financement d'arbitrages par un tiers

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, tout en améliorant le suivi et l'accompagnement du dossier, avec des schémas multiples.

Le principe de fonctionnement du tiers partie financement (« TPF ») tel que pratiqué depuis 15 ans par l'équipe de Profile Investment est simple : des fonds d'investissement dédiés au financement de la résolution de litiges par voie d'arbitrage international reçoivent des capitaux d'investisseurs externes. Ces fonds sont régulés, appliquent une politique d'investissement répondant à des critères précis, et se conforment à des procédures et contrôles stricts.

Ces capitaux sont utilisés pour étudier et sélectionner des dossiers correspondant aux critères d'acceptabilité déterminés, puis à apporter le financement de tout ou partie des coûts générés par la procédure arbitrale puis, si besoin, de la phase d'exécution.

La contrepartie de la mise en place de ce financement sans recours est une rémunération prélevée sur le montant qui sera payé par la partie adverse si la sentence arbitrale est effectivement favorable, et que l'adversaire paye sa dette. Ainsi le fonds spécialisé en TPF n'acquiert pas la réclamation reflétant la perte présente au bilan de la demanderesse, mais des droits au bénéfice futur de la résolution du litige sous-jacent.

Ce mode de fonctionnement repose donc sur deux problématiques vitales parallèles.

D'un côté, il est nécessaire de lever les capitaux destinés à mettre en place les financements, et sur une durée suffisante pour être en ligne avec le calendrier des

dossiers qui seront accompagnés : cet enjeu est important et nécessite la pédagogie et l'attractivité vis-à-vis des investisseurs : ceux-ci confieront leurs capitaux sur une durée d'environ 7 à 9 ans ferme, sans connaître le détail des dossiers qui seront financés, car l'arbitrage oblige à la confidentialité.

D'un autre côté, il est nécessaire d'avoir accès à un grand nombre de dossiers à la recherche d'une externalisation de risque et de financement, afin de pouvoir mettre au travail les capitaux levés. En effet l'attente légitime des investisseurs est de réaliser un investissement rentable, et cela n'est possible que si les sommes sont rapidement allouées à des dossiers aux perspectives solides (mérites juridiques, montant qui sera attribué par le tribunal dans la sentence finale, recouvrabilité de la sentence contre une contrepartie solvable, solidité éthique). Avoir accès à un nombre trop restreint d'opportunités, conjugué à la pression du déploiement des capitaux, contraindrait le TPF à choisir des dossiers médiocres et à sacrifier la qualité de son portefeuille de dossiers financés, et donc à terme de détériorer gravement la rentabilité des capitaux reçus.

L'arbitrage international a été choisi par Profile Investment comme objectif et expertise principaux

En effet, ce mode de résolution des litiges correspond au besoin des entreprises (confidentialité, universalité, adaptabilité). De même les délais sont plus resserrés grâce à l'absence de recours possible en appel, et le développement des procédures accélérées.

Un autre avantage concerne la faculté d'exécuter les sentences arbitrales dans la plupart des pays grâce aux conventions internationales en vigueur (convention de New-York pour l'arbitrage commercial).

Cela étant, il est souvent reproché à l'arbitrage international, ses coûts exorbitants, et les dérives de calendrier. 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 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 en favorisant les négociations transactionnelles entre les parties, et à la maximisation du recouvrement (selon le TPF choisi).

Les caractéristiques du TPF en pratique

Le financement par un tiers ne s'accommode pas des procédures sans fin. Les intérêts de la partie financée et du 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 financeur, 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 aura accumulé des expériences multiples au travers de son équipe, des nombreux dossiers analysés, et des dossiers effectivement financés. En général l'équipe est constituée d'anciens avocats ou experts *quantum* spécialisés : ils auront l'avantage d'avoir traité des situations plus ou moins complexes, des types et des domaines de litiges différents, ce qui bénéficie aux parties financées 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. Ainsi, souvent, l'entreprise qui soumet son dossier à l'étude d'un TPF, est intéressée de voir si les conclusions s'alignent ou non avec l'appréciation et les recommandations du cabinet d'avocats, qui pourrait être biaisé par la perspective des honoraires à facturer.

Lorsqu'un TPF considère qu'un dossier correspond aux critères d'investissement, il s'accorde avec la partie financée sur le budget devant être engagé : les avocats doivent proposer et s'engager sur la base de leur expérience sur ce montant, qui devra couvrir l'ensemble des besoins. Le contrat de financement, le plus souvent tripartite (avec le cabinet d'avocats en charge) détaille aussi la rémunération prévue pour le TPF, les obligations de communications des documents et informations au TPF. Il spécifie également que le TPF reste une partie tierce au litige et n'instruit donc pas les avocats.

Le déroulement après signature du contrat est simple : le TPF débloque les paiements sur la base des factures qui lui

sont présentées, pour autant qu'elles relèvent des différentes étapes de la résolution du litige et correspondent aux engagements définis au contrat.

Dans les faits l'équipe du TPF est souvent consultée pour ses contributions qualitatives ou analytiques aux différentes phases de travail du dossier.

Le concept de TPF favorise aussi les perspectives d'accords transactionnels, notamment au cours de la procédure arbitrale : les intérêts de la partie financée et du TPF sont clairement alignés pour obtenir une résolution rapide du litige, à condition que le montant négocié soit suffisant. Par ailleurs certains tiers financeurs, tels que Profile Investment, disposent d'un savoir-faire en recouvrement international, souvent utilisé pour améliorer le rapport de forces en vue de l'ouverture de négociations transactionnelles 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'exécuter volontairement, auquel cas la demanderesse 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 spécialisé, éprouvé et fiable, ce qui peut alors s'avérer essentiel pour la société financée.

Par ailleurs il faut rappeler que le financement de la résolution de litiges a fait naître et se développer des outils complémentaires tels que l'assurance « after the event », l'assurance venant se substituer aux « securities for costs », ou la couverture du risque d'être condamné

à payer tout ou partie des coûts de l'adversaire.

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 provisionnement, 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 exige 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 permet la réallocation des capitaux, en contrepartie d'un prélèvement partiel sur un encaissement futur directement dépendant de l'issue du litige concerné.

Actuellement, de plus en plus de sociétés optent pour une solution de financement externalisé sur les fondements de cette analyse, et considèrent 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).