

● Litiges : vers des solutions de liquidité

Le financement de litige par un tiers, un outil au service des professionnels des entreprises en difficultés pour conduire des litiges sans mobiliser de trésorerie

par Stéphane GORRIAS (BTSG) et Frédéric PELOUZE, Alter Litigation, Société de financement de litiges

ABSTRACT

Pour les entreprises en redressement ou en liquidation certains contentieux, et a fortiori les arbitrages, sont fortement consommateurs des fonds propres, à tel point qu'ils sont parfois abandonnés faute pour l'entreprise de disposer de la surface financière nécessaire pour en supporter le coût.

Face à l'impossibilité de rendre ces actifs liquides en raison de la menace du retrait litigieux, des solutions de financement de litiges par des tiers sont apparues et permettent la monétisation à terme et sans risque de ces potentiels flux de liquidités que représentent les litiges.

Le financement de litiges offre ainsi une solution externalisation du coût d'un litige en demande à travers un financement hors bilan sans obligation de remboursement des frais supportés par le tiers en cas d'échec. Une opportunité pour le mandataire ou le liquidateur d'engager des procédures sans mobiliser de trésorerie, tout en conservant la conduite du procès.

INTRODUCTION

L'Europe connaît depuis une dizaine d'années une croissance significative du nombre de litiges en même temps qu'une augmentation remarquable des coûts y afférents. Cette tendance de fond s'est récemment intensifiée avec la crise économique.

La conjugaison de ce contexte structurel accéléré par la conjoncture a contribué à accentuer les déséquilibres entre entreprises en bonis et entreprises en difficultés, au détriment des plus faibles. A tel point que la surface financière d'une entreprise est devenue déterminante, surtout en arbitrage, pour faire valoir ses droits en justice.

Les entreprises en difficultés, qui sont de plus en plus nombreuses, sont trop souvent contraintes de gérer leurs litiges au rabais ou même d'abandonner les poursuites, faute de moyens.

Alors même que ces litiges sont pour l'entreprise de véritables actifs dont les liquidités qu'ils peuvent générer peuvent être significatives, le financement de ces procédures contentieuses reste, pour les professionnels en charge d'accompagner ces entreprises, un problème souvent délicat à résoudre. Dans ce contexte,

des solutions de financement de litiges par des tiers ont récemment émergé avec la promesse que ces entreprises peuvent désormais faire valoir leurs droits sans mobiliser leur trésorerie.

1. Le litige, cet actif non transférable et illiquide

D'une manière générale, les problèmes de trésorerie conduisent les entreprises qui y sont confrontées à céder certains de leurs actifs afin d'améliorer leur ratio de solvabilité dans la perspective notamment d'un refinancement.

Les litiges en demande représentent un des rares actifs de l'entreprise qui, de par leur nature et l'environnement législatif en vigueur, n'est pas inscrit au bilan et ne dispose pas de solution de liquidité.

1.1. Le retrait litigieux, obstacle à la libre négociabilité des litiges

Les entreprises et a fortiori les entreprises en difficultés, pourraient être tentées de « céder » certains litiges en demande nonobstant l'aléa dont ils sont frappés. La cession d'un litige représenterait pour l'entreprise l'opportunité :

- de monétiser immédiatement la valeur pondérée du flux de liquidités que ces litiges en demande peuvent générer dans le futur ;
- et de libérer les entreprises d'un actif consommateur de fonds propres dans la mesure où tout litige nécessite des liquidités pour conduire la procédure.

A l'instar d'une cession de créance, la cession d'un litige à un tiers permettrait donc à l'entreprise de renforcer ses fonds propres, de financer son fonds de roulement ou de pouvoir retrouver des capacités de prêt.

Cependant, les dispositions relatives au retrait litigieux anéantissent l'attractivité pour le cessionnaire de procéder à l'acquisition d'un droit litigieux.

En vertu de ces dispositions, le débiteur cédé - adversaire du cédant - peut contrarier la cession des droits litigieux, en exerçant le retrait que la loi lui réserve : en versant au cessionnaire le prix effectif de la cession, les frais éventuels du contrat et les intérêts au taux légal, le débiteur cédé devient retrayant et le cessionnaire, devenu retrayé, ne peut plus continuer le procès et la dette s'éteint par confusion.

Par ce mécanisme, le débiteur cédé peut racheter sa propre dette à un prix a priori inférieur à sa valeur, la créance cédée faisant l'objet d'une contestation. Dans la mesure où l'acceptation du cessionnaire à cette substitution n'est aucunement requise, le mécanisme du retrait rend purement et simplement la cession des droits litigieux financièrement très peu attractive pour les cessionnaires. L'exercice du retrait requiert toutefois qu'il s'agisse effectivement d'une créance de nature litigieuse au sens de l'article 1700 du code civil qui dispose à cet égard que : « la chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit ». En visant la « contestation sur le fond du droit », la loi exige que le droit concerné fasse l'objet d'une négation ou d'une remise en cause. Dès lors que la créance n'est contestée ni dans son existence, ni dans son quantum mais que la contestation ne porte que sur la seule qualité du cédant à agir, le seul calcul des intérêts, ou l'exécution d'une décision, ou encore sur l'incertitude qui existe sur le recouvrement de la créance, la créance n'est pas litigieuse au sens des dispositions précitées et peut donc être cédée sans possibilité de retrait. Dans ces cas-là, l'entreprise n'est certainement pas confrontée à un véritable litige et elle aura sans doute intérêt à en assurer seule la gestion.

Contrairement à un portefeuille de créances que les entreprises peuvent mobiliser à travers les solutions d'affacturages, la loi prohibe donc indirectement la cession de droits litigieux.

1.2. L'aléa, obstacle à la liquidité

A première vue, il est permis de s'étonner que la valeur d'un litige en demande ne soit quasiment jamais utilisée comme assiette, garantie ou sous-jacent pour obtenir d'un tiers des liquidités.

A l'examen, il faut concéder que la difficulté d'appréhender les différentes inconnues de l'équation à laquelle répond l'aléa de tout litige, participe à rendre cet actif difficile à valoriser pour un non spécialiste. En effet, ce travail de modélisation est très particulier et nécessite de mobiliser des outils et des connaissances spécifiques.

Si le principe de prudence comptable interdit d'inscrire la valeur pondérée d'un litige à l'actif du bilan, l'aversion au risque et les compétences requises pour valoriser ces actifs expliquent en partie le peu d'engouement vis-à-vis des litiges.

Il n'en reste pas moins que ces litiges sont d'un point de vue strictement financier des actifs. Et que de surcroît, ils exigent de leur propriétaire qu'il engage des sommes parfois significatives afin de conduire une procédure en supportant le risque d'un échec.

C'est dans ce contexte de restriction légale à la négociabilité vis-à-vis d'un actif communément perçu comme risqué que sont nées certaines innovations financières et juridiques qui offrent désormais aux professionnels des entreprises en difficultés des opportunités intéressantes pour monétiser les litiges.

2. Le financement de litiges : le début de la monétisation des litiges

Le financement de litiges consiste à faire financer par un tiers aux parties à la procédure contentieuse, tous les frais liés à ce litige en échange d'un pourcentage sur les sommes recouvrées uniquement en cas de succès.

Il s'agit d'une solution inédite de monétisation non immédiate des droits litigieux et d'externalisation des coûts et des risques qui y sont adossés.

En effet, ayant recours à un tiers financeur de litiges, l'entreprise va pouvoir : (i) bénéficier d'un audit de son litige et (ii) le cas échéant conduire une bataille judiciaire (a) sans impact sur sa trésorerie, (b) en externalisant le risque adossé au litige (c) au profit d'un redéploiement sa trésorerie vers les activités cœur de l'entreprise.

2.1. Bénéficiaire de l'expertise d'un tiers en matière de valorisation du litige

La pratique du financement de litige a conduit les tiers financeurs à modéliser les litiges au regard d'un certain nombre de critères prédéfinis afin d'en extraire une valeur pondérée des risques et du temps nécessaire au recouvrement.

Certaines situations contentieuses sont relativement simples ; d'autres en revanche sont complexes et nécessitent de conduire en amont un audit juridique pointu afin d'établir le bien-fondé juridique et les chances de succès des demandes.

A cet égard, la justification par les parties du quantum des dommages réclamés, dont l'existence des juges à cet égard ne cesse de croire,

requiert désormais de plus en plus souvent de mobiliser des outils de valorisation sophistiqués et coûteux.

L'appréciation du risque de contrepartie requiert également qu'un audit sur la solvabilité du défendeur et que des travaux d'investigation soient le cas échéant engagés, afin de localiser des actifs notamment pour déjouer des schémas visant par exemple à organiser l'insolvabilité du débiteur.

Bien souvent, les entreprises, peu équipées en interne et fortement mobilisées par les affaires opérationnelles, renoncent à conduire cette analyse juridique.

Ces nombreux obstacles les conduisent à ne pas réaliser ce travail de valorisation ou à abandonner le recouvrement de litiges jugés trop risqués qu'il aurait été pourtant judicieux de poursuivre depuis le début et inversement.

Un tiers financeur conduira systématiquement ce travail de modélisation indispensable à une prise de décision éclairée. En sollicitant un tiers financeur, l'entreprise bénéficie gratuitement d'une information déterminante dans le processus de décision qui la conduit à arbitrer entre engager sur fonds propres une procédure contentieuse ou en externaliser le coût et le risque à travers un financement hors-bilan.

2.2. Convertir en liquidités un litige, sans trésorerie et sans risque

2.2.1. Un financement hors bilan sans obligation de remboursement

L'opération de financement de litiges n'est pas une opération de prêt. Il s'agit d'une opération d'investissement ou le tiers financeur supporte l'entier coût du litige en contrepartie d'une partie des dommages-intérêts en cas de succès.

En cas de perte du litige, l'investissement du tiers est perdu et l'entreprise n'a aucune dette à payer. En tant que solution de financement hors bilan elle s'avère extrêmement intéressante notamment pour les entreprises confrontées à des difficultés de trésorerie.

2.2.2. Une couverture de risque en cas d'insolvabilité du défendeur

L'insolvabilité du défendeur est un risque auquel font face tous les demandeurs à l'instance. Ce risque est souvent difficile à apprécier et

en pratique rarement intégré dans l'étude de l'opportunité d'engager des poursuites que conduisent les demandeurs avec leurs avocats. Si le risque d'insolvabilité est incontournable, il est en revanche possible de l'externaliser. En effet, l'opération de financement agit comme une véritable couverture de risque contre l'insolvabilité du défendeur à hauteur des frais engagés dans la mesure où la défaillance du débiteur n'aura aucun impact sur la trésorerie de l'entreprise demanderesse.

2.2.3. Une couverture de risque contre une condamnation aux frais de la partie adverse

Le contrat de financement stipule généralement qu'en cas d'échec de la procédure, les frais de la partie adverse auxquels le demandeur pourrait être condamné seront supportés par le tiers financeur.

En matière d'arbitrage, il est très fréquent que la partie qui succombe soit condamnée à payer à la partie qui triomphe les frais que cette dernière a engagés pour faire valoir ses droits. Ces montants peuvent parfois être subséquents et venir grever substantiellement la trésorerie d'une entreprise. L'opération de financement agit là encore comme une véritable couverture de risque contre le risque de condamnation aux frais de la partie adverse.

2.2.4. La maîtrise de la conduite du procès

Le financement de litiges consiste en un soutien financier et non en une assistance juridique extérieure. Le recours à un financement par un tiers n'entrave donc pas la liberté de choix de l'avocat. Le mandataire ou le liquidateur conservera donc seul, avec l'appui de l'avocat, la conduite du procès. Il s'agit d'une situation bien différente de celle où l'assureur conduit la procédure et choisit les avocats.

* * *

L'activité de financement de litige, apparue récemment en France, est amenée à se développer notamment vis-à-vis des professionnels des entreprises en difficultés dont la contrainte budgétaire est souvent le talon d'Achille d'une procédure contentieuse.