

Enquête

**DU FINANCEMENT DE PROCÈS
PAR DES HEDGE FUNDS***Par Stéphanie de SILGUY*

105

M E N S U E L

Juin 2013

Entretien

69 « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté »

*Avec Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ***Éclairages**

19 La responsabilité professionnelle des avocats à l'épreuve des incertitudes du droit

Par Hadi SLIM

29 L'autorisation des garanties octroyées par les sociétés anonymes : un dispositif à rafraîchir

Par Jean-Jacques ANSAULT

56 Cautionnement souscrit dans le même acte par des époux communs en biens : éviction de l'article 1415 du Code civil et appréciation de la proportionnalité

*Par Philippe SIMLER***Entretien**

69 « Après, il y aura d'autres sujets qu'il faudra nécessairement aborder »

*Avec Nicolas GOUGAIN***Chronique**

79 Droit des biens (février-avril 2013)

Par Béatrice PARANCE et Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET

Wolters Kluwer

France

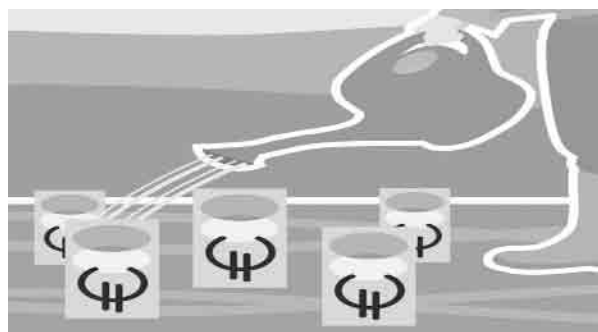
Du financement de procès par des hedge funds

Livret A, comptes épargne en tout genre ou encore assurance-vie. Et si demain le meilleur moyen de faire fructifier son épargne était d'investir dans le financement de procès ? L'idée apparaît audacieuse et très risquée, mais elle commence à s'imposer. Des sociétés dites de *financement de procès* sont apparues en Australie dans les années 1990, puis aux États-Unis et au Royaume-Uni. Et en France ? L'enquête de Stéphanie de Silguy.

Par Stéphanie de SILGUY

Journaliste

→ RLDC 5141



Né il y a une quinzaine d'années en Australie, le financement de procès par un tiers s'est ensuite développé aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Ce secteur assez opaque regroupe tout type de procès : arbitrage international, droit commercial, *class action*, voire des procédures de divorce. Depuis moins de cinq ans, ce mécanisme est arrivé en France.

Le principe est le suivant : des sociétés spécialisées investissent dans des contentieux en échange d'un pourcentage sur l'issue du procès. Le pari est audacieux puisque ces sociétés espèrent que les dommages et intérêts gagnés permettront de décupler leur mise de départ. Financiarisation de la justice ou moyen privilégié d'y accéder ? Ce mécanisme laisse de nombreuses questions sans réponses. Et difficile de savoir si les procès se sont multipliés, encombrant les tribunaux, ou si, au contraire, seuls les contentieux pertinents sont présentés à un juge.

Selon Maximin de Fontmichel, docteur en droit, ces sociétés dites de *financement de procès* (SFP) « prennent en charge toutes les factures du litigant relatives au procès, en échange de quoi, elles récupèrent un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue du procès. Ce pourcentage peut varier en moyenne entre 20 et 50 % ».

UNE PROCÉDURE LÉGALE DEPUIS 2009 DANS LES PAYS ANGLO-SAXONS

Historiquement, l'environnement légal dans les pays anglo-saxons était hostile à la pratique du financement de contentieux par des tiers. Cette pratique a été utilisée dès le Moyen Âge en Angleterre : « À l'époque, les nobles anglais prêtaient leurs noms à des parties qui avaient des problèmes de voisinage par exemple. Les "lords" acceptaient de les aider mais ensuite le plaignant se trouvait "grugé" car le lord gardait les indemnités ! », raconte

Guy Lepage, directeur général du groupe La Française AM, première SFP créée en France.

Ainsi, jusqu'au rapport de 300 pages de lord Jackson publié en 2009 (Review of Civil Litigation Costs, www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/.../jackson-final-report-140110.pdf), il était interdit de financer un procès pour un tiers. Dans ce document, l'auteur souligne qu'il faut « encourager cette pratique dans l'optique de permettre un accès à la justice le plus large possible ».

Depuis, de nombreuses SFP sont apparues dans les pays anglo-saxons. Burdford Capital et Juridica Investments Limited sont les principales entreprises publiques, installées à Londres, qui effectuent du financement de procès.

JUSQU'À 140 MILLIONS DE DOLLARS INVESTIS DANS UN CONTENTIEUX

Désormais ce ne sont plus les lords qui investissent mais « les compagnies d'assurance, les caisses de retraite ou des particuliers extrêmement fortunés », détaille Maximin de Fontmichel, qui précise que, selon les SFP et les sommes en jeu dans les litiges, « l'investissement moyen varie entre 500 000 et 3 millions de dollars ».

En mars dernier, Juridica, un *hedge fund* anglo-saxon, a rendu publics ses résultats. Il affirme avoir gagné 38 millions de dollars en cash et 256 millions grâce à des investissements. Son fondateur, Richard Fields, déclare avoir investi dans 30 des 1 200 cas qu'on lui a apportés et gagnés à chaque fois. Selon lui, « le risque c'est le temps » ! La justice est lente puis « le cash tombe tout d'un coup » !

Au cours de l'année 2010, Burdford Capital a investi « une somme avoisinant les 140 millions de dollars dans le contentieux commercial », souligne Maximin de Fontmichel.



Le fonds britannique Calunius Capital investit, lui, principalement dans l'arbitrage. Un domaine où les dommages et intérêts peuvent se chiffrer en dizaines de millions de dollars. Calunius a par exemple financé la plainte des pétroliers Ioanniss Kardassopoulos et Ron Fuch contre la Géorgie. « *On leur a permis d'obtenir en 2011 un jugement à 100 millions de dollars* », explique Leslie Perrin, le directeur général du fonds. Une somme dont le fonds a récupéré entre 30 et 50 %. Difficile d'en connaître le montant exact.

Selon Leslie Perrin, « *il faut que le retour sur investissement soit au minimum six fois supérieur à l'investissement* ».

UNE PRISE DE RISQUE TRÈS ÉLEVÉE ET LARGEMENT ÉTUDIÉE

Les fonds qui se lancent dans le financement de procès apparaissent très exigeants sur la somme qui leur sera ensuite retournée. Un comportement qu'ils justifient par la longueur du procès, « *parfois plus de quatre ans* », précise Leslie Perrin.

Pas question donc de se lancer sans une réflexion approfondie dans la procédure ni sans enquêter sur le dossier : « *Nous avons des cabinets externes qui travaillent pour nous et en interne nous évaluons aussi les chances de gagner* », explique le directeur général de Calunius.

« *Pour choisir, on regarde le montant du cas, si le défendeur est solvable et quels sont les risques légaux* », précise Leslie Perrin. Et d'ajouter : « *Jamais nous n'accepterons d'investir dans les procédures de divorce. Il y a trop de sentiments et d'aspects personnels qui entrent en compte* ».

Les procédures judiciaires sont donc choisies en fonction d'une certaine éthique : « *J'ai créé en décembre 2011 l'Association of Litigation Funders of England and Wales. Elle regroupe neuf SFP. Chacune s'est engagée à respecter un certain code de conduite, notamment à ne pas intervenir dans le procès* », souligne Leslie Perrin.

D'autres sociétés acceptent cependant de financer des divorces. Ainsi, grâce aux fonds avancés par Harbour Litigation Funding, l'ancienne mannequin britannique Michelle Young a obtenu, en janvier 2012, la condamnation de son ex-mari à six mois de prison. Ce dernier était accusé de fausse déclaration de patrimoine.

DES HEDGE FUNDS ANGLO-SAXONS AUX SOCIÉTÉS FRANÇAISES DE FINANCEMENT

Diabolisés en France, « *il existe très peu de hedge funds chez nous : une dizaine, qui se partagent 90 % du marché, une cinquantaine en tout. Dans le monde, on en compte plus de 8 000, au rythme de trois par jour qui disparaissent et trois qui se créent. Cela représente 1 % des actifs, difficile donc de croire que c'est eux qui déstabilisent les marchés* », explique Lionel Melka, fondateur et associé d'un hedge fund français, Bernheim, Dreyfus & Co.

Si en France le mécanisme de financement de procès par un tiers commence à faire son apparition, ce n'est donc pas à travers des hedge funds cotés en bourse. La première SFP est apparue il y a trois ans et demi. Le groupe La Française AM se présente comme un établissement financier régulé par l'Autorité des marchés financiers : « *C'est un groupe de gestion d'actifs et non pas un*

hedge fund. En tant que filiale à 80 % du Crédit mutuel, beaucoup de directives s'imposent à nous », précise Alain Grec, son directeur général.

Le cœur de leur métier : le financement de procès d'arbitrage à l'international. « *C'est un marché important qui grandit très vite. Mais jamais nous ne financerons des procédures étatiques, elles sont trop longues* », affirme Guy Lepage. Cependant, dans d'autres pays, comme en Allemagne, l'assureur Allianz a financé des procédures judiciaires. Mais cela n'a pas « *duré longtemps. Il a dû y mettre un terme car il se trouvait dans des situations de conflits d'intérêts avec ses propres assurés* », explique le directeur général du groupe La Française AM.



La spéculation sur des contentieux a encore du mal à être acceptée en France.

« NOUS SOMMES DES COMPTABLES »

Les investisseurs du groupe La Française AM sont des banques, des compagnies d'assurance. « *Des avocats et des entreprises nous apportent aussi des capitaux. Ils récupèrent leurs indemnités une fois le dossier fini. On redistribue et on ne réinjecte pas l'argent. Nous sommes des comptables des fonds confiés* », souligne Alain Grec. « *Il ne s'agit pas d'un prêt au plaignant mais d'une prise en charge du coût de la procédure. Ensuite, on procède au partage de la compensation* », explique M. Lepage.

Tout comme dans les pays anglo-saxons, la procédure est risquée et les dossiers ne sont pas choisis à la légère. Il existe, en outre, une spécificité à La Française AM, détaille M. Grec : « *Un contrôle a posteriori et a priori est effectué. Un expert en éthique, indépendant, rédige une opinion d'éthique sur chaque dossier. Il participe au comité d'investissement et dispose d'un droit de veto* ».

En outre, des recherches de deux, trois mois sont engagées sur le créancier : « *Nous refusons tous les dossiers qui touchent à la pornographie, au jeu ou encore à l'armement. Nous vérifions aussi si les dirigeants n'ont pas eu des connivences avec des politiques et s'ils n'ont pas déjà été condamnés pénalement* », explique M. Lepage. Et d'ajouter : « *On prend seulement position sur des éléments objectifs, économiques, comme les impayés, la perte de marge. Ensuite on établit un devis : coûts des avocats, des experts, de la cour d'arbitrage, etc., pour tous les frais, en prenant en compte le pire des cas : le recours en annulation de la sentence* ».

Ainsi, même si l'exécution a lieu trois ou quatre ans plus tard, toutes les dépenses doivent être prévues.

UNE INTERVENTION SEULEMENT À LA PHASE DE L'EXÉCUTION DE LA PEINE

« *Parfois, on intervient uniquement à la phase de l'exécution. Là aussi on se pose un certain nombre de questions éthiques et on peut refuser des dossiers* », insiste M. Lepage. Par exemple, La Française AM a déjà refusé un cas qui touchait des groupes hospitaliers, car l'exécution de la sentence avait comme conséquence de mettre en danger des patients qui n'auraient plus eu accès aux soins.

Contrairement aux hedge funds anglo-saxons, il demeure impossible de connaître les montants investis et les indemnités touchées.

ALTER LITIGATION : LE NOUVEAU VENU FRANÇAIS

Signe que le marché du financement de procès par un tiers se développe en France, depuis quatre mois une autre société est apparue. Il s'agit d'Alter Litigation, créée par Frédéric Pelouze, ancien avocat : « J'ai voulu créer un moyen privilégié d'accès à la justice, autant pour les particuliers que pour les entreprises. L'un des intérêts de cette solution est, notamment, de ne pas avoir à mobiliser de trésorerie et de ne pas supporter le coût en cas d'échec », explique M. Pelouze.

Autre avantage, pour les investisseurs, ce contentieux représente une nouvelle classe d'actifs très attractive. Selon lui, « les investissements sont parfaitement décorrélés des marchés et offrent des rendements potentiellement supranormaux, les contentieux peuvent se révéler une excellente opportunité de diversification d'un portefeuille ».

LE FINANCEMENT DE PROCÈS EN QUELQUES CHIFFRES

Gains :

- Calunius Capital : le fonds britannique a obtenu un jugement à 100 millions de dollars en 2011 ;
- Burdford Capital : le fonds britannique a financé l'action d'une coalition de fermiers équatoriens contre le pétrolier Chevron ; Gain espéré : 18 milliards de dollars.

Investissements :

- en 2010, Burdford Capital a investi environ 140 millions de dollars dans des contentieux commerciaux ;
- investissement moyen des fonds pour un litige : entre 500.000 et 3 millions de dollars ;
- le financement d'un seul contentieux peut atteindre jusqu'à 15 millions de dollars ;
- le fonds français Alter Litigation espère investir, d'ici la fin de l'année, dans 2 à 3 cas, pour un montant de 2 millions d'euros chacun.

Son équipe, composée d'un collège d'experts externes regroupant d'anciens magistrats, des professeurs de droit, des avocats, des arbitres et des experts en quantification de dommages, étudie le sérieux des offres. « On a eu quinze demandes. Une est sérieusement à l'étude », se félicite le fondateur d'Alter Litigation.

Les types de contentieux sont larges : commerciaux, post-acquisition, arbitrages, sociétés en difficulté, actions en indemnisation à la suite de pratiques anticoncurrentielles.

« DEUX TYPES DE DEMANDEURS »

Pour Frédéric Pelouze, il est important de noter qu'il existe « deux types de demandeurs ». Il y a « l'entreprise qui ne dispose tout simplement pas de la trésorerie suffisante et dont les chances de succès sont élevées et celle qui dispose d'une trésorerie mais qui veut l'optimiser. Dans le premier cas,

il s'agit de permettre à la société d'accéder à la justice, dans l'autre, de lui éviter un impact sur sa trésorerie », explique-t-il.

UNE SOLUTION POUR FINANCER LES ACTIONS DE GROUPE ?

Comme il arrive parfois qu'un grand nombre de sociétés ou d'investisseurs subissent un préjudice ayant la même cause, en matière financière ou de pratiques anticoncurrentielles par exemple, « le recours à une société de financement du contentieux par les tiers serait envisageable pour monter une action de groupe », souligne aussi Frédéric Pelouze. « C'est d'ailleurs déjà le cas en Australie », affirme-t-il.



La procédure est risquée et les dossiers ne sont pas choisis à la légère.

UN RISQUE D'ENCOMBREMENT DES TRIBUNAUX

Outre-Atlantique, selon les États, le financement de procès est autorisé ou pas. « Seize États l'autorisent expressément, douze implicitement », détaille Maximin de Fontmichel, qui ajoute : « La Chambre de commerce américaine craint que cette pratique n'encourage les petits procès et qu'elle ne dégrade la qualité de la justice ».

Des craintes balayées par La Française AM : « Cela va au contraire réduire l'encombrement des tribunaux. Le dossier soumis est longuement analysé, cela exclut les dossiers "farfelus" », souligne M. Lepage.

Même réaction du côté d'Alter Litigation. Selon Frédéric Pelouze, cela permet « une meilleure information, car trop souvent les justiciables s'engagent à l'aveugle dans des procédures contentieuses longues et coûteuses faute d'avoir conduit en amont un audit détaillé des montants recouvrables, des délais et des chances de succès ».

LE FINANCEMENT DU CONTENTIEUX PAR UN TIERS, UNE SOLUTION POUR SAUVER LES ENTREPRISES ?

La Française AM croit aussi fortement au futur du financement du contentieux par un tiers : « Nous avons pour objectif de financer des entreprises en redressement judiciaire », annonce M. Lepage. En effet, « ces entreprises ne peuvent pas faire valoir leurs droits alors qu'elles ont par exemple subi un préjudice avec leur partenaire commercial ou un détournement de clientèle. L'arbitrage est alors envisageable pour les aider », explique-t-il.

Certes, la spéculation sur des contentieux a encore du mal à être acceptée en France. Cependant cette nouvelle pratique est prise très au sérieux.

Le think tank Le Club des juristes a d'ailleurs missionné en février une commission ad hoc, réunissant des avocats, des magistrats et des financiers, pour réfléchir à l'implantation de cette pratique dans le droit français. Ils doivent remettre leur copie en octobre prochain. ■