

Préface à Le régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Préface », in C. LEQUESNE, *Le régime contractuel de défaut des Etats débiteurs européens*, Paris, LGDJ, 2018.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/foreword/2018-preface-a-l-evolution-du-regime-contractuel-de-defaut-des-e>

Benoit Frydman

J'ai rencontré pour la première fois Caroline Lequesne-Roth en 2009. Elle m'a dit plus tard que Laurence Boy, de l'Université de Nice, l'avait d'abord incitée à se rapprocher du Centre Perelman. Caroline venait de terminer brillamment son master en droit économique et avait obtenu un contrat doctoral, sous la direction de Jean-Jacques Sueur, avec qui elle nous rendit visite au mois de novembre. C'était la première d'une série de rencontres avec Jean-Jacques Sueur et d'une relation d'amitié tissée au fil de plusieurs colloques et réunions scientifiques et surtout autour du travail de sa doctorante. Lors de cette première visite, je conseillai à Caroline de muscler sa formation en philosophie – de même que je conseille aux philosophes qui veulent rejoindre le Centre Perelman de se former aux techniques du droit positif – ce qu'elle fit en suivant les cours de philosophie de l'Université de Paris 1 où elle obtint sa licence l'année suivante.

Caroline Lequesne manifestait en effet dès le début, avec les encouragements et sous la guidance de M. Sueur, des préoccupations qui touchaient directement la théorie du droit, ainsi qu'à la philosophie politique et juridique. La crise dite des *subprimes* en 2007, puis l'année suivante des dettes souveraines en Europe, prolongée par une récession économique et sociale profonde, remettait fondamentalement en cause le discours économique dominant, en même temps qu'elle mettait en lumière la fragilité de la souveraineté des Etats et les limites de leurs moyens d'action. Ces crises s'étaient déclenchées alors que Caroline complétait sa formation juridique et en droit économique. Elle y consacra d'ailleurs deux travaux de fin d'étude, qu'elle prolongea rapidement par son tout premier article « Retour sur la crise des "Subprimes" - Autopsie d'une déraison d'Etat », publiée en 2009 à la *Revue internationale de droit économique*¹. Ses premières contributions à des ouvrages collectifs témoignent également de la précocité de ses intérêts théoriques. Elle participa ainsi au livre *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, codirigé par Laurence Boy, Jean-Jacques Sueur et Jean-Baptiste Racine, avec une étude sur la démocratie², ainsi qu'à un travail de méthode sur « Le sociologue et le législateur »³, tous deux publiés en 2011.

En 2012, Caroline Lequesne-Roth présenta sa candidature et fut recrutée comme assistante au Centre Perelman de philosophie du droit. C'est ainsi que la codirection de sa thèse, qui avait été proposée par Jean-Jacques Sueur dès le début, put se réaliser concrètement et

1. n° 2009-02, pp. 219 à 242.

2. C. Lequesne-Roth, « La démocratie, stade suprême du pluralisme » in BOY L., RACINE J.-B., SUEUR J.-J. (dir.) *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 437-453.

3. C. Lequesne-Roth, « Le sociologue et le législateur », in DORVAUX G., SUEUR J.J., *Questions de droit pénal, question de méthode*, Champs libre n°8, octobre 2011, pp. 43-78.

Préface à Le régime contractuel de défaut des Etats ...

être entérinée par le moyen d'une cotutelle internationale. Caroline s'installa à Bruxelles avec son mari, son très jeune fils et même sa grand-mère. Notre organisation diffère quelque peu du système des allocations doctorales. Nos assistantes et assistants sont des docteurs certes, mais ils font partie intégrante du Centre Perelman et du cadre de la Faculté et de l'Université. Ils y ont leur bureau, où ils travaillent au quotidien avec les autres membres de l'équipe, dont ils sont les collègues à part entière, et dont ils partagent les privilèges et les tâches de la vie du Centre en prenant une part active à la réalisation de ses travaux. Caroline Lequesne s'impliqua d'emblée dans l'équipe et ses projets, en particulier dans le vaste chantier que nous avions ouvert sur l'histoire de l'Ecole de Bruxelles et sa contribution au développement de la méthode pragmatique en droit. Caroline mit tout son enthousiasme et son dynamisme au service du collectif et se révéla bientôt comme une force fédératrice au sein de la jeune génération du Centre Perelman dont elle égayait les journées de son humeur enjouée et par la manifestation d'un esprit positif et actif jamais pris en défaut.

Pendant ce temps, son projet de thèse s'était finalement fixé sur la question des dettes souveraines en Europe. De même que j'avais insisté pour qu'elle se forme à la philosophie, je la rappelais à présent à la nécessité d'une analyse juridique solide, claire et étayée pour examiner en profondeur si et en quoi exactement le statut de l'Etat débiteur et ses obligations par rapport à ses créanciers s'était modifié en droit positif par l'effet de la financiarisation des emprunts. La question posée apparaissait d'autant plus pertinente que, en dépit de son importance, les Etats européens conservaient une grande discrétion quant aux modalités de leurs emprunts obligataires et que la doctrine ne s'était pas exagérément plongée sur cette question depuis que l'ancien système des prêts bancaires syndiqués avait laissé place à des émissions directes sur les marchés financiers internationaux. Le fait que la matière, du fait notamment de l'évolution des pratiques, se trouvait désormais dans une zone frontière entre plusieurs disciplines juridiques, de part et d'autre du droit public et du droit privé, et que, en outre, les sources accessibles pour en traiter faisaient largement défaut expliquent sans doute en partie ce relatif silence.

Caroline Lequesne-Roth, il importe de lui en reconnaître ici le mérite, détermina elle-même sa question et les moyens de la traiter. Elle parvint – non sans mal – à se procurer un nombre significatif de contrats d'emprunt souscrits par les différents Etats européens, notamment la France, et à se constituer ainsi une bibliothèque de conventions, qui constituent aujourd'hui les sources juridiques primaires définissant le statut et les obligations des Etats débiteurs dans leurs relations avec leurs créanciers et les intermédiaires financiers qui interviennent dans les opérations. Ce n'est pas l'un des moindres mérites de ce travail que de mettre ainsi à la disposition des juristes et du public ces informations importantes. Le lecteur découvrira,

Benoit Frydman

grâce aux explications de l’auteure, ce qu’il en est donc réellement de la situation juridique exacte des emprunteurs « souverains » européens. Les clauses de ces contrats sont souvent reprises sous une forme standardisée après avoir été établies par des cabinets d’avocats globaux (*global law firms*). Caroline Lequesne a eu l’excellente idée de nous faire pénétrer dans cet univers particulier et de nous montrer comment se négocient et se forgent des règles qui se diffusent ensuite très largement et parfois s’universalisent.

Caroline Lequesne nous livre une analyse précise et claire de ce régime contractuel d’où il ressort que si l’État emprunteur n’est pas assimilé complètement à un emprunteur privé, il a renoncé à nombre des privilèges régalien qui le plaçaient en position de force par rapport à ses créanciers. Ainsi, les clauses d’élection de for, qui désignent presque toujours soit le juge de Londres soit le juge de New-York (quand ce n’est pas les arbitres qui se proclament compétents, sur la base des traités commerciaux, au motif que les obligations d’État seraient des « investissements ») ont pour effet d’imposer une application pure et dure des termes du contrat d’emprunt, qui demeure largement insensible au contrôle de l’ordre public et aux conséquences potentiellement catastrophiques de leurs décisions, en particulier celles d’un défaut éventuel de l’État sur sa dette.

MM^e Lequesne le démontre clairement dans la deuxième partie du livre notamment dans l’affaire du défaut argentin où la décision du juge de New-York en faveur de spéculateurs isolés ayant refusé le règlement collectif plaçait l’Argentine dans une situation inextricable et mettait en place les conditions d’un nouveau défaut aux effets désastreux, sans aucune mesure avec la prime que les demandeurs obtenaient ainsi du tribunal pour s’être soustraits à la discipline collective. De même, elle expose les décisions judiciaires favorables aux « fonds vautours » qui condamnent au paiement de sommes insensées certains États les plus pauvres de la planète, dont ces financiers ont ramassé à vil prix les titres non remboursés, permettant ainsi, par l’effet des clauses de renonciation par l’État à toute immunité d’exécution, d’organiser le pillage de leurs maigres ressources publiques.

De manière encore plus intéressante, la thèse met en évidence ce que j’appellerai le dispositif juridico-normatif dans lequel s’inscrivent les contrats standardisés de prêts souverains et la jurisprudence des juges de Londres et New-York, mais qui intègre également la surveillance permanente des Souverains par les agences de notation financière et les signaux qu’elles adressent aux marchés, aux banques et aux intermédiaires financiers, ainsi qu’aux institutions internationales publiques comme la Banque mondiale et le FMI. Ceux-ci livrent les États endettés à un réseau de surveillance dont les mailles se resserrent à mesure des difficultés qu’ils rencontrent et de l’aide dont ils ont besoin. Le travail de la chercheuse montre bien les liens entre les différents éléments de ce dispositif, renforcés par les clauses contrac-

Préface à Le régime contractuel de défaut des Etats ...

tuelles elles-mêmes, lorsqu'elles lient par exemple le taux d'intérêt, voire l'exigibilité des créances à la note financière du Souverain endetté.

La crise de 2008 nous a fait prendre conscience que les perspectives désormais cauchemardesques d'un défaut souverain et le régime disciplinaire sévère que doit subir tout Etat endetté en difficulté ne sont plus le lot des pays en développement, mais qu'ils concernent directement les Etats européens, auxquels la thèse est spécialement consacrée, en particulier ceux de la zone euro. La crise grecque bien sûr, mais aussi les régimes drastiques qui ont été imposés à Chypre, à l'Espagne, au Portugal et à l'Irlande, sans parler des menaces qui ont pesé un temps sur l'Italie et dès lors indirectement sur la France elle-même, dont nous savons qu'elles peuvent revenir à la faveur de la remontée des taux d'intérêt, nous ont apporté les preuves manifestes de la fragilité de la position des Etats européens. Celle des Etats de la zone euro est d'ailleurs plus fragile encore à certains égards car, si l'attractivité de l'euro leur a permis de se financer à bon marché sur les marchés internationaux et qu'ils en ont souvent abusé, ces Etats se retrouvent dans la position particulièrement inconfortable d'emprunter sinon dans une monnaie étrangère du moins dans une devise sur laquelle ils n'ont pas de contrôle direct. Ils se trouvent ainsi privés des ressorts classiques de la politique monétaire, comme la dévaluation et l'inflation, qui servaient naguère aux Etats à se soulager du poids excessif de la dette publique.

On mesure bien, dans ce contexte, l'importance centrale des institutions de l'Union européenne et du groupe constitué en son sein par les Etats de la zone euro, ainsi que la nécessité impérieuse de les renforcer comme le propose la France. On a bien vu également l'impact décisif des actions prises par la Banque centrale européenne et le rôle des fonds qui ont été institués pour faire face à la crise. Le travail de Caroline Lequesne nous révèle l'importance d'une autre initiative européenne, passée davantage inaperçue, qui a consisté à s'accorder sur une convention standard pour les emprunts d'Etat. Nous comprenons à la fois pourquoi l'initiative européenne prend la forme d'une convention et comment celle-ci cherche en l'unifiant à renforcer le poids des Etats européens dans la négociation avec leurs emprunteurs afin de rééquilibrer quelque peu un rapport de forces qui s'est inversé en faveur de ces derniers.

L'ouvrage dans son ensemble apporte la démonstration sur le plan juridique de la réalité et du poids des contraintes qui pèsent sur les Etats endettés et en particulier sur les Etats européens, lesquelles menacent directement leur pouvoir et leurs capacités de faire face, en cas de crise financière, à leurs missions fondamentales de service public et au versement d'allocations de solidarité aux plus fragiles. La thèse retrouve ici les préoccupations premières qui avaient à l'origine mis en mouvement la doctorante. Elle présente le grand intérêt de

Benoit Frydman

contribuer à restituer aux juristes une matière préemptée par les financiers et les politiques. En démontant les rouages des contrats d'emprunt souverains et plus largement des dispositifs juridico-normatifs de discipline des Etats, elle rend en quelque sorte la main aux juristes en esquisant à leur intention un programme et des moyens d'intervention. Il n'y a en effet aucune raison de laisser aux seuls représentants des créanciers le monopole de l'initiative et notamment de la rédaction des clauses des emprunts d'Etat et il est grand temps que les praticiens et la doctrine puissent s'engager efficacement au service de l'Etat et de ses citoyens dans ce volet décisif de la lutte globale pour le droit.

La thèse a été particulièrement bien accueillie par le jury de spécialistes français et belge, qui lui a accordé la mention très honorable avec les félicitations du jury. Comme l'indique le rapport de soutenance, « le jury est unanime pour reconnaître que cette thèse constitue une contribution majeure à la connaissance d'un problème peu ou pas exploré, à l'aide d'une méthodologie originale appliquée à des matériaux de "première main" ». Cela a été une grande satisfaction de la voir couronnée par le Prix Cyrille Bialkiewicz et une plus grande encore que le Professeur François-Xavier Lucas veuille bien l'accueillir dans sa collection.

Dans l'intervalle, MM^e Lequesne-Roth a obtenu la double qualification du CNU en droit public et en droit privé et a été engagée dans la foulée comme maître de conférences à la Faculté de droit de Nice. Elle y a rejoint et apporte sa force de travail, son dynamisme, son esprit d'entreprise et ses qualités d'analyse à l'équipe du Centre de recherche en droit économique, où une nouvelle génération d'enseignants-seigneurs de talent a pris la relève du fondateur et des piliers de l'Ecole de Nice en droit économique, Gérard Farjat et Laurence Boy, disparus en 2012 et 2013, et lui donne aujourd'hui un nouveau lustre et de nouvelles perspectives. Je ne doute pas que MM^e Caroline Lequesne-Roth, qui demeure par ailleurs associée au Centre Perelman, fera, dans cet environnement idéal, une belle et grande carrière.