

## L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité) \*

Pierre LEGRAND

*Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne*

RÉSUMÉ. — L'universel juridique est un leurre. Aussi le juriste, orphelin de transcendance, doit-il prendre le parti de la diversité dans le droit.

J'entends le mot « hypothèse » comme connotant l'idée de « supposition ». C'est donc à la question de l'*éventualité* d'une conquête des continents par le droit américain que je consacrerai mon traitement du sujet qui m'a été imparti – ce qui signifie, en clair, que je tiens qu'une telle conquête n'est pas advenue à ce jour. Serait-il opportun qu'elle se produise ? Oui, non, peut-être. En tout état de cause, c'est une problématique nécessairement préalable qui retiendra mon attention. Car la question fondamentale reste la suivante : est-il même *possible* que se manifeste une conquête des continents par le droit américain ? Je compte que l'on veut signifier ici, par le recours au terme « conquête », l'idée d'« influence », voire de « forte influence ». Je reformulerai donc l'intitulé de mon exposé comme suit : « l'hypothèse de l'influence du droit américain sur les droits étrangers ». Ce qui pourrait revenir à demander dans quelle mesure les divers droits du monde sont susceptibles de s'américaniser sous le poids de l'influence du modèle juridique américain. Selon moi, ce processus d'américanisation n'est possible qu'en-deçà de certaines limites. Autrement dit, dans la mesure où une américanisation des droits peut survenir, elle ne sera jamais que mitigée.

C'est qu'il existe des mécanismes spontanés de résistance dans chaque droit qui font que toute globalisation se réduit, en dernière analyse, à ce que j'appellerai une *glocalisa-*

\* Cette rédaction représente la transcription quelque peu modifiée d'une allocution prononcée à Paris le 8 juin 2000 dans le cadre d'un colloque organisé par l'Association française de philosophie du droit. Je remercie ma collègue Marie-Anne Frison-Roche pour sa généreuse invitation à participer à ce débat. J'ai voulu autant que possible garder à mon texte sa forme première, qui fut celle du discours vivant avec ses exigences et défaillances propres. S'inspirant d'un article de Me John Trevor Brown paru dans le quotidien *Les Échos* du 18 janvier 1999, mon propos a notamment pour but d'illustrer un argument déjà amorcé dans un article intitulé « The Impossibility of "Legal Transplants" », (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111.

tion.<sup>1</sup> Une règle de droit en provenance des États-Unis qui vient se fixer en France, en Italie ou ailleurs ne peut pas s'installer « telle quelle ». Pour être accueillie, pour « faire du sens » sur le plan local, pour s'inscrire dans le réseau de significations qui constitue inévitablement le fruit d'une histoire particulière à une société spécifique, cette règle de droit américaine doit, pour ainsi dire, subir une métabolisation. Au moment même où la règle de droit américaine prétend s'intégrer au droit français, par exemple, le droit français la transforme et fait qu'elle n'est plus la règle de droit américaine qu'elle était. Il s'agit, au mieux, d'une règle de droit américaine francisée, ce qui n'est pas la même chose et ce qui n'est pas la même règle. Ainsi, le phénomène de dissémination du droit américain passe nécessairement par une mutation locale qui fait que ce qui prend racine dans le droit local n'est plus, au fond, le droit américain. Je me propose de montrer ce processus de résistance culturelle, ce métabolisme, à l'aide d'un exemple que j'emprunterai au droit bancaire, soit le crédit consortial. Il s'agit là d'une innovation anglo-américaine introduite ultérieurement en France. On parle aux États-Unis de *syndicated loan*.

Un crédit consortial, et c'est sa nature même, s'analyse en tant que somme unique mise à la disposition de l'emprunteur mais composée d'un nombre de montants individuellement prêtés par les différents membres du consortium, le plus souvent des banques. Par conséquent, aucun membre du consortium, donc aucune banque, n'est créancier de la totalité de la somme prêtée. Il y a dissémination ou pulvérisation du risque entre divers prêteurs. Le regroupement de prêteurs agit sous la houlette d'un chef de file, soit le membre principal du consortium. En matière de sûretés garantissant le crédit consortial, la pratique américaine est de faire consentir celles-ci au seul chef de file, lequel agit alors à titre de *trustee* pour le compte des autres prêteurs, membres du consortium. Le *trust*, faut-il le rappeler, représente l'une de ces constructions transversales des droits de *common law*, c'est-à-dire une notion polyvalente qui intervient dans toute une gamme de domaines du droit. Or, le *trust* n'a pas son pendant en droit français. Comment, dès lors, ce droit français résout-il la problématique des sûretés le jour où la pratique bancaire française, influencée par le modèle américain, souhaite promouvoir le crédit consortial ?

*A priori*, en droit français, le contrat de sûreté est considéré comme l'accessoire du contrat principal. En principe, il faut donc, puisque chaque membre du consortium conclut un contrat de prêt avec l'emprunteur, que la sûreté relative au montant du prêt soit créée en faveur de chacune des banques membres du consortium. Il existe ainsi une sûreté au bénéfice de chaque membre du consortium, chaque sûreté correspondant au montant du prêt consenti par tel ou tel autre membre du consortium. Lorsque la sûreté exige une inscription (notamment au bureau des hypothèques ou au registre des avions), elle doit être inscrite, à chaque fois, au bénéfice de chacun des membres du consortium. Quoique rigoureusement conforme aux textes et principes du droit privé français, cette approche n'est pas efficace. La pratique française a donc conçu un contrat de sûreté qui contient une disposition dite de « solidarité active ». Cette clause de « solidarité active » permet notamment à un seul prêteur de détenir les sûretés pour les autres.

<sup>1</sup> J'emprunte le terme à Roland Robertson, « Glocalization : Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity », in Mike Featherstone, Scott Lash et Roland Robertson (dir.), *Global Modernities*, Londres, Sage, 1995, p. 25-44.

Ainsi, le droit français consacre un mécanisme rejoignant dans ses effets – la détention des sûretés par le seul chef de file – le droit américain.

Mais il faut voir que le chef de file est un *trustee* au regard du droit américain, notion qui, comme je l'ai mentionné, n'existe pas en droit français. En tant que *trustee*, le chef de file peut faire valoir un *jus in rem* sur le bien qui fait l'objet du *trust*, c'est-à-dire sur les sûretés. Or, ce *jus in rem* que détient le *trustee*, c'est un droit bien particulier qui n'a d'ailleurs que peu à voir avec la typologie des droits réels qui prévaut en France. Pour parler le langage de l'*equity* – puisque le *trust* est précisément redevable de cette jurisprudence d'*equity* qui, administrée par le chancelier du roi, s'est précisée en Angleterre du XV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle –, le *trustee* détient le *legal ownership* et les bénéficiaires du *trust*, c'est-à-dire les autres banquiers du consortium, l'*equitable ownership*. Il faut bien voir que chaque modalité de cet *ownership* confère à son titulaire, en vertu de la jurisprudence séculaire d'*equity*, des attributions toutes particulières. Il y a plus.

En tant que *trustee*, le chef de file du consortium peut, dans l'hypothèse où le contrat conclu entre le chef de file et les banques n'exclurait pas sa responsabilité à cet égard, se trouver tributaire d'un devoir fiduciaire (« *a fiduciary duty* »), en tout cas quant à certains aspects de la relation contractuelle.<sup>2</sup> En quoi consiste un devoir fiduciaire ? Schématisant quelque peu, on dira qu'un devoir fiduciaire confère une primauté à son créancier en obligeant le débiteur à faire preuve d'une diligence particulière. Lorsqu'il est jugé qu'un individu ou une société est débiteur d'un devoir fiduciaire, les cours de justice se montrent très exigeantes à son endroit et, en tout état de cause, plus exigeantes qu'envers un individu ou une société qui serait débiteur d'un devoir contractuel ou légal « ordinaire ». Dès lors, les devoirs fiduciaires ne sont reconnus qu'exceptionnellement et sont confinés à des situations étroitement circonscrites par la jurisprudence d'*equity*. À titre d'exemple, une cour anglaise a jugé dans une affaire de 1984 que le chef de file du consortium, en tant que débiteur d'un devoir fiduciaire, devait faire preuve d'une transparence sans réserves envers les membres du consortium relativement aux informations recueillies concernant la situation financière de l'emprunteur, même s'il s'agissait de renseignements que l'emprunteur voulait garder confidentiels.<sup>3</sup> En droit américain – comme dans tous les droits de *common law* – la violation d'un devoir d'*equity* entraîne, bien sûr, l'application de remèdes caractéristiques de la jurisprudence d'*equity*.

Tentons maintenant de jauger, ne serait-ce que grossièrement, l'influence du droit américain sur le droit français en matière de crédit consortial. D'emblée, cette influence apparaît bien réelle puisque le droit français fait sa place au mécanisme même du crédit consortial. Mais de quel crédit consortial s'agit-il au juste ? Ce qu'on constate, c'est que le mécanisme juridique américain ne s'est absolument pas implanté tel quel en droit français. L'efficacité du transfert de droit a dû passer par son adéquation à la spécificité juridique locale. En d'autres termes, le transfert de droit qui nous intéresse aurait été impuissant à influencer la communauté juridique française s'il ne s'était pas coulé dans la tradition, la culture, la mentalité françaises. L'efficacité même du transfert de droit

<sup>2</sup> E.g. : *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Maryland National Bank*, 57 F. 3d 146 (2d Cir., 1995) ; *Chemical Bank v. Security Pacific National Bank*, 20 F. 3d 375 (9th Cir., 1994) ; *In re Continental Resources Corp.*, 799 F. 2d 622 (10th Cir., 1986).

<sup>3</sup> *UBAF Ltd v. European American Banking Corp.*, [1984] Q.B. 713 (C.A.).

exige qu'il s'inscrive comme réforme sensée (c'est-à-dire comme réforme qui fait du sens) par rapport à des repères fondamentaux communément partagés par une collectivité qui permettent à ses membres de distinguer l'acceptable de l'inacceptable (cette grande opposition binaire qui sert à structurer toute représentation du monde). Pour parler concrètement, c'est précisément parce qu'il a été possible de l'inscrire dans les mécanismes privilégiés de la culture juridique française (le contrat, par exemple) que le transfert de droit qui nous retient a pu intervenir. Si cette adaptation n'avait pas été possible – si, par exemple, le crédit consortial n'avait pu se comprendre qu'en termes de *trust* et pas autrement – le transfert de droit n'aurait tout simplement pas eu lieu. Il n'aurait pas pu avoir lieu. En effet, le transfert de droit *dépend* du phénomène de mutation pour sa réalisation. Cette acculturation, c'est-à-dire cette adoption de la couleur juridique locale, est indispensable pour que le transfert de droit soit couronné de succès. Mais puisqu'il y a mutation, on se retrouve au point d'arrivée avec une construction juridique qui diffère à l'évidence de celle qu'on avait au point de départ. L'importance des vecteurs locaux pour la bonne marche du processus de globalisation a donc pour effet de limiter la portée de l'influence du droit américain. Et c'est ainsi, encore une fois, que je suis appelé à parler de *glocalisation*. Autrement dit, pour que le droit américain puisse s'implanter ailleurs, il faut qu'il subisse une certaine désaméricanisation pour ne pas dire une désaméricanisation certaine. Contrairement à ce qui se fait en droit américain, le chef de file français n'est pas un *trustee*. Et il ne pourrait pas se voir imputer un devoir fiduciaire.<sup>4</sup> Pour en arriver à un transfert du droit américain « tel quel », il aurait fallu transporter en droit français non seulement l'idée d'un détenteur unique des sûretés mais aussi l'idée de *trust* et encore l'idée d'*equity*... ce qui, à n'en pas douter, eût été parfaitement impensable. Engoncé dans sa contingence, *situé*, le droit américain tel qu'en lui-même n'est pas *disponible*.

Ainsi, il ne s'agit pas de nier la réalité de l'influence américaine au-delà des frontières des États-Unis. Ce que je dis, c'est que cette influence reste inévitablement de portée limitée puisque même si le droit français veut copier le droit américain et regrouper les sûretés sur une seule et même tête en matière de crédit consortial, il va bien devoir composer, ce droit français, avec les outils de la boîte à outils française et il va bien devoir admettre que ces outils ne comprennent pas le *trust* ou le devoir fiduciaire.

Somme toute, oui, l'influence américaine est bien réelle, notamment en raison de la globalisation des économies. Mais le poids de l'histoire, de la tradition, de la culture, de la mentalité – tous ces intangibles – continue à compter en ce qu'il fonde, à chaque transfert de droit, un processus de différenciation et d'autonomisation qui ne peut qu'interpeller la naïve croyance selon laquelle des modèles juridiques voyageraient d'une juridiction à l'autre indépendamment des pratiques locales. Ceux que l'américanisation du

<sup>4</sup> Certains commentateurs américains estiment d'ailleurs que le chef de file ne *devrait* pas se trouver débiteur d'un devoir fiduciaire. Voir en ce sens Leo Clarke et Stanley F. Farrar, « Rights and Duties of Managing and Agent Banks in Syndicated Loans to Government Borrowers », [1982] *U. Illinois L.R.* 229, p. 233-35. Mais c'est là une autre problématique relative à l'ampleur du rôle qu'il convient de conférer à la jurisprudence d'*equity* dans un contexte où le chef de file et les membres du consortium, tous des banques, façonnent leur relation juridique dans les conditions normales de la concurrence ou, comme on dit aux États-Unis, *at arm's length*.

droit français inquiète peuvent donc dormir tranquilles. La *glocalisation* étant ce qu'elle est, les résistances autochtones, aussi profondément enracinées qu'inévitablement présentes, font que ce ne sera jamais que de l'américanité dûment francisée qui s'implantera sur le sol français. Du droit américain tout de même, certes. Mais du droit américain *autrement*.

Université Panthéon-Sorbonne  
12 place du Panthéon  
75005 Paris  
p.legrand295@wanadoo.fr