

INITIATIVES LÉGISLATIVES EN MATIÈRE DE FONDS VAUTOURS : PORTÉE ET EFFICACITÉ*

DENIS PHILIPPE**

INTRODUCTION

Un fonds¹ vautour a pour objet le rachat à très bas prix des obligations (des créances) de pays pauvres, souvent extrêmement endettés (par exemple 40% de la créance nominale) pour ensuite se retourner contre ce pays pauvre et lui réclamer le montant total de la dette ma-

1. Précisons que, s'agissant de la nature du fonds, il s'agit d'un fonds d'investissement spécialisé dans le rachat de créances de pays pauvres. Ce fond est un organisme de placement collectif (OPC) non coordonné, par opposition à l'OPC coordonné régulé par la Directive UCITS, dont la dernière version UCITS IV date du 13 juillet 2009. En tant qu'OPC non coordonné, les fonds vautours ne répondent donc pas aux exigences de la Directive et ne sont donc pas régulés en tant que fonds spéculatif.

* dphilippe@philippe-law.eu. L'auteur remercie M^{lle} Céline Sahlab, juriste, pour l'aide apportée dans la rédaction de cet article.

** Professeur extraordinaire à l'Université catholique de Louvain. Avocat aux barreaux de Bruxelles et Luxembourg.

juré des intérêts et des frais, au besoin par voie judiciaire. Ces fonds entament ainsi des procédures tous azimuts en ce compris la saisie des biens.

Cette pratique compromet les efforts internationaux de réduction de la dette. En effet, les pays riches se lavent les mains en revendant les créances à bas prix, tandis que les fonds vautours feront le maximum pour récupérer jusqu'au dernier centime du montant de base. Pire, les efforts financiers de pays endettés et les annulations des dettes publiques consenties par les pays riches et bailleurs internationaux revigorent ces fonds puisque ces agissements rendent le pays plus solvable aux yeux des créanciers et de la justice qui, en conséquence, est susceptible de se montrer plus réceptive aux demandes de ses créanciers.

En fin de compte, ces fonds paralysent les programmes d'aide au développement, notamment ceux permettant d'assurer les besoins de base, comme l'approvisionnement en eau.

A l'heure actuelle, aucune régulation des fonds vautours à l'échelle européenne ou mondiale n'existe. A défaut de réelle perspective internationale à court terme, certains Etats ont décidé de réglementer seuls pour réduire la liberté d'action des fonds vautours.

Ainsi, l'arsenal législatif s'est construit récemment. La Belgique a été l'un des premiers pays européens à légiférer sur ces pratiques, par une loi du 6 avril 2008 (« Loi visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours »). Le 8 avril 2010, la Grande Bretagne a fait de même dans une loi intitulée « Debt relief (developing countries) 2010 ». En revanche, certains pays tardent à adopter des lois. En France, la proposition de loi déposée en septembre 2007 visant à empêcher les fonds vautours de faire valoir leurs créances devant les tribunaux français n'a toujours pas été adoptée. Aux Etats Unis, le processus du projet de loi du 18 juin 2009 a été interrompu.

Mais ces démarches législatives, bien que constituant un début de régulation appréciable, laissent un vide juridique à de nombreux égards. Elles sont donc insuffisantes. De même, ces législations sont principalement curatives et non préventives. Il faut aussi agir en amont, de manière préventive et réguler les causes et les pratiques en conséquence¹.

1. K.H. FUKUDA, What is a vulture fund? <http://www.uiowa.edu/ifdebook/faq/Vulture.shtml>, May 2008.

Notre exposé se développera comme suit. Après avoir donné l'un ou l'autre exemple des activités des fonds vautours (I), nous étudierons les différents textes législatifs qui ont été élaborés (II). Nous soulignerons ensuite leur caractère lacunaire (III) avant de tirer les conclusions de notre étude.

1. QUELQUES EXPÉRIENCES

Il n'est pas dans nos intentions de faire une recension de tous les abus commis par les fonds vautours. Nous nous contenterons de prendre l'un ou l'autre exemple en nous concentrant sur la République démocratique du Congo, vu ses liens avec la Belgique et vu le caractère élevé de son endettement.

1.- L'on peut citer le litige opposant la RD Congo à FG Hemisphere, dont le siège se trouve dans l'Etat américain du Delaware qui est considéré comme un paradis fiscal.

L'affaire remonte à septembre 2004, date du rachat par ce fonds vautour d'une créance de 18 millions de dollars envers la SNEL (l'entreprise publique d'électricité de la République démocratique du Congo (RDC). La dette de la SNEL datait des années 1980 à l'époque de la dictature de Mobutu. En 2007, la cour de Jersey, saisie par FG Hemisphere, condamne la RDC à payer 104 millions de dollars. La créance nominale était de 37 millions auxquels se sont ajoutés les intérêts et frais (les intérêts couraient à concurrence à 27.500 dollars par jour !). La condamnation porte ainsi sur un montant de six fois supérieur au montant payé par FG Hemisphere !

La cour fit également droit à FG Hemisphere de saisir les revenus de la joint

venture GTL, qui exploitait des minerais au Congo.

Fort de cette décision de justice, FG Hemisphere a procédé à la saisie de biens appartenant à l'Etat congolais pour se faire rembourser les 104 millions de dollars. En janvier 2009, le tribunal sud-africain l'a finalement autorisé à saisir pendant les 15 prochaines années les recettes escomptées par la SNEL sur le courant vendu à l'Afrique du Sud, estimées à 105 millions de dollars.

2.- D'autres fonds vautours utilisent les mêmes procédés visant à la récupération de 452 millions de dollars envers la RDC. Les fonds libérés pour l'allègement de la dette du Congo risquent donc très fort de servir au remboursement des créances des fonds vautours¹.

L'on peut aussi citer le fond Donegal International Ltd qui est immatriculé aux British Virgin Islands et qui cherche à récupérer un montant de 55 millions US\$ contre la Zambie, la dette de base était de 5,5 millions et avait été réduite à 3,5 millions par le créancier originaire, l'Etat roumain.

3.- Ce phénomène s'étend aux autres continents. Ainsi, deux fonds vautours, Elliott Capital et EM Limited, tentent de saisir les fonds déposés par l'Etat argentin auprès de la Banque des règlements internationaux (BRI), pour un montant dépassant 1 milliard de dollars. Ainsi, la House of Lords anglaise a donné le 6 juillet 2011 raison à NML Capital en estimant que l'immunité de l'Etat argentin ne pouvait être invoquée en l'espèce².

Comme la pratique des fonds vautours est en soi légale, de nombreuses juri-

1. Voy. aussi la décision obtenue par le Fonds Kensington pour un prêt accordé au Congo Brazzaville relatif à une centrale thermique.

2. UKSC 31, appel de [2010] UKSC 31.

dictions, principalement anglo-saxonnes, leur ont, à l'instar de la décision londonienne, donné raison et autorisés à saisir les avoirs des PVD³.

4.- La clause *pari passu* qui consacre le principe de l'égalité des créanciers et la répartition proportionnelle (au marc le franc⁴ du remboursement des créances sur les actifs du débiteur) est reconnue dans de nombreux pays de telle sorte que les fonds vautours seront remboursés comme tous les autres créanciers dans la même proportion. En conséquence, les circonstances injustes ou autres des revendications des fonds vautours n'exerceront aucune influence sur la répartition entre les différents créanciers.

En d'autres termes, si un ou plusieurs créanciers envisagent une restructuration de la dette d'un PVD, il aura sans doute des hésitations à le faire car son geste n'empêchera pas le fonds vautour d'exiger la totalité de la somme qui lui est due. Ainsi, le Pérou avait trouvé un arrangement de remboursement avec l'un de ses créanciers, mais un fonds vautour s'est opposé au paiement à ce créancier si lui-même n'était pas payé, cette opposition paralysant la mise en œuvre du plan de restructuration⁵.

Aucune mesure de restructuration collective des dettes n'existe pour les Etats, contrairement aux procédures régissant les dettes privées. Auparavant, la

3. FUKUDA, *loc.cit.*

4. Lorsqu'une vente forcée ne permet pas de désintéresser tous les créanciers d'un même débiteur, l'autorité chargée de procéder aux règlements des créances, remet à chacun un pourcentage du montant de sa créance calculée en fonction du rapport entre la masse totale du passif et le produit net de la vente : c'est la distribution au marc le franc (Voy. S. BRAUDO, Dictionnaire de droit privé, sur [www. Dictionnaire-juridique.com](http://www.Dictionnaire-juridique.com), capture du 24 août 2011).

5. FUKUDA, *loc.cit* 1.3.

plupart des dettes des PVD étaient détenues par des établissements bancaires classiques et il était plus facile de trouver un arrangement de restructuration avec la communauté des banques.

2. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA PRATIQUE DES FONDS VAUTOURS

Il est utile d'analyser les mesures adoptées ou proposées pour limiter les pratiques prédécrites. Les parlements ont principalement légiféré sur trois points : les conditions de recours destinées à ralentir la saisie des tribunaux et l'aboutissement des demandes en justice, limitant par là le forum shopping (lois anglaise et américaine), la saisie de biens (loi belge) ou les montants recouvrables (lois anglaise et américaine).

Nous évoquerons également de manière très succincte les initiatives française et néerlandaise.

2.1. Loi belge : « Loi visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours », 6 avril 2008¹

L'initiative parlementaire de M. Paul Wille, soutenue par le gouvernement belge, jugule les effets des créances détenues par les fonds vautours à l'encontre des PVD. La Belgique a, en ce domaine, fait œuvre de précurseur.

2.1.1. *Ratio legis et contenu général de la loi*

Les fonds vautours ne se limitent pas seulement à saisir les ressources des pays

1. *Mon.b.*, 16 mai 2008.

endettés, ils n'hésitent pas à s'emparer également des fonds affectés à la coopération au développement pour accroître leurs profits.

La Belgique consacre chaque année un certain budget dans le cadre de la politique de coopération au développement et la RDC est un partenaire privilégié de la Belgique. L'objet de la loi belge est de protéger les fonds destinés à la coopération au développement, les biens et sommes destinés à l'aide publique belge et les montants des prêts consentis à certains Etats de la saisie. En conséquence, la loi rend insaisissables et inaccessibles tous les fonds dédiés à la coopération au développement. A fortiori, elle veut empêcher la mise en place de mécanismes financiers visant à racheter les dettes des pays en développement à partir de créances belges.

La loi a donc pour but de permettre une politique de coopération et de développement constructive et durable entre la Belgique et ses pays partenaires, particulièrement la RDC, et de mettre un terme aux entraves graves de l'aide au développement, traduites par un certain nombre d'actions obstructives des fonds vautours, qui vont jusqu'à empêcher la continuité du service public. Cette loi a pour but de lutter contre les fonds vautours « à la source », ainsi elle a un objectif préventif et non pas seulement curatif.

2.1.2. *Mesures*

L'on distingue deux mesures principales : l'insaisissabilité et l'inaccessibilité.

a. Inaccessibilité

La loi prévoit de rendre toutes les créances que les pouvoirs publics belges détiennent envers les PVD insaisissables

et incessibles. L'essentiel des créances que la Belgique détient vis-à-vis de ces pays est détenue par l'Agence belge de crédit à l'exportation (que l'on appelle l'Office national du Ducroire). Celui-ci est autorisé à consentir des prêts aux Etats. C'est pourquoi l'article 3 de la loi du 6 avril 2008 prescrit à l'Office¹ : « *Les montants des prêts consentis en application de l'alinéa 1er sont insaisissables et incessibles* ». L'Office qui pouvait antérieurement céder les créances qu'il détenait sur les PVD, si son Conseil d'Administration l'estimait opportun, ne pourra plus désormais le faire. Les créances ne peuvent donc plus être cédées à des créanciers type fonds vautours.

b. Insaisissabilité

L'article 2 de la loi du 6 avril 2008 a vocation à protéger les fonds, c'est-à-dire les sommes et biens destinés d'une part à la coopération internationale belge et, d'autre part, à l'aide publique belge au développement, de la saisie conservatoire et de la saisie-exécution en matière civile.

Il faut entendre la protection accordée à ces fonds contre la saisie conservatoire et la saisie-exécution comme une immunité valant pour tous les montants et pour tous les biens destinés à un programme ou à un projet déterminé.

Cette immunité s'applique à l'ensemble des opérations de coopération internationale belge c'est-à-dire à toutes les actions et contributions de l'Etat belge en matière de coopération bilaté-

1. L'article 5 de la Loi du 3 juin 1964 modifiant l'arrêté royal n° 42 du 31 août 1939 réorganisant l'Office National du Ducroire et autorisant le Ministre des Finances et le Ministre qui a les Relations commerciales extérieures dans ses attributions, à consentir des prêts à des Etats ou à des organismes étrangers et modifié par l'arrêté royal n° 75 du 10 novembre 1967.

rale directe, multilatérale et bilatérale indirecte². La protection des fonds destinés à l'aide publique au développement s'étend à l'ensemble des contributions des différentes autorités belges, à la fois fédérales et décentralisées, reconnu par le Comité d'Aide au Développement (CAD) de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE).

2.1.3. *Champ d'application limité de la loi*

A plus large vision, il serait très louable que les personnes morales de droit privé, remplissant les critères de la loi du 25 mai 1999 et donc éligibles au titre d'acteurs de la coopération, puissent également bénéficier de l'immunité, à hauteur de leur apport concret dans la coopération internationale belge au développement. Or à cette heure, il est regrettable que l'article 2 alinéa 1 n'ait pas été reformulé, en intégrant les personnes privées comme éligibles à l'immunité³.

L'article 2 a un champ d'application limité puisque ne sont visés que deux types de créances (sommes et biens destinés à la coopération internationale). C'est pourquoi cet article doit être considéré comme s'intégrant dans le principe général de l'article 1412 §1 du Code judiciaire stipulant que « les biens appartenant à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux

2. Article 2, 1° de la Loi du 25 mai 1999.

3. Document 2, travaux du Sénat, p.2. Aux Pays Bas, des questions ont été posées en 2007 aux ministres compétents ; ceux-ci condamnent la pratique des fonds vautours mais refusent d'intervenir de manière générale afin de ne pas mettre en péril les financements aux pays en voie de développement et la liberté contractuelle (réponse adressée par le Ministre Bos en date du 5 juin au président du parlement n°BFB 2007- 857 M).

communes, aux organismes d'intérêts public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables ».

Une autre démarche aurait pu être envisagée pour limiter la saisie de fonds, mais la loi ne l'a pas envisagée : inclure dans les contrats bilatéraux d'aide une clause résolutoire, disposant que l'argent qui n'est pas utilisé pour l'aide au développement (c'est-à-dire s'il est saisi) doit revenir au pays donateur.

2.1.4. *Sanctions*

Aucune sanction particulière n'a été envisagée dans cette loi en cas de non-respect des dispositions, mais les sanctions du droit commun s'appliqueront. La plus claire est l'annulation d'un transfert devant le conseil d'Etat. L'autre est la nullité du contrat comme contraire à l'ordre public sur le pied de l'article 6 du Code civil.

2.1.5. *Conclusions relatives à la loi belge*

Bien évidemment, cette loi ne concerne que les fonds belges et ne bloque que très partiellement l'action des fonds vautours, qui n'ont qu'à se retourner vers les autres pays pour saisir d'autres biens puisqu'elle se limite aux avoirs générés en Belgique. Il faut donc que ce type de loi contre la saisie se généralise pour qu'elle soit efficace.

Ce phénomène de défiance à l'égard des créances douteuses ou litigieuses n'est pas neuf. Le Code civil Napoléon de 1804 ne contient-il pas déjà une réglementation limitant les effets de la cession de droits litigieux ? En effet, le Code civil Napoléon prévoit en ses articles 1699 et suivants, que le cession-

naire ne pourra réclamer que le montant qu'il a payé. Ainsi, si le fonds vautour a payé 3 millions de dollars, une créance nominale de 10 millions de dollars, le fonds souverain ne pourrait récupérer que ces 3 millions de dollars.

Cette limitation suppose, aux termes de l'article 1700 du Code civil, une contestation de la créance, ce qui n'est pas en soi le cas en matière de créances d'emprunt souscrit par les PVD.

2.2 . **Loi anglaise : “Debt relief (developing countries) 2010”, du 8 avril 2010**

Les initiatives législatives des Etats Unis et du Royaume-Uni sont très importantes car les fonds utilisent exclusivement le droit anglo-saxon pour fonder leurs réclamations et saisissent majoritairement des organes judiciaires et arbitrales situés dans ce pays. En outre, nombre de ces fonds ont leur base sur ces territoires.

Par ailleurs, les contrats soumis au droit anglo-saxon contiennent souvent des clauses favorables aux créanciers. Le choix d'une juridiction anglaise ou américaine est donc stratégique pour les fonds vautours.

La loi du 8 avril 2010 tente ainsi de limiter le recours aux juridictions anglaises en limitant les effets de la cession de créance réalisée en faveur des fonds vautours¹.

La loi anglaise, tout comme le projet américain étudié plus loin, se greffe sur l'initiative prise en 1996 par la Communauté internationale, notamment le FMI et la Banque mondiale, en vue de réduire

1. Voy. pour la loi et un commentaire de la loi, le site legislation.gov.uk v° Debt Relief (Developing countries) Act 2010 (capture au 24 juillet 2011).

la dette des pays fortement endettés, initiative corrigée et améliorée en 1999.

2.2.1. *Champ d'application*

Ratione temporis

Le 16 mai 2011, le Royaume-Uni a rendu permanent l'acte qui à son origine devait expirer en juin 2011 et ne couvrir qu'une année.

Ratione materiae

Tombent sous le champ d'application de la nouvelle réglementation les dettes visées par l'initiative en faveur des pays lourdement endettés prise sous l'égide du Fonds Monétaire International et de la Banque mondiale¹.

La loi s'applique aux dettes des pays qui remplissaient les conditions d'éligibilité pour l'initiative à l'origine de celle-ci². La législation ne s'appliquera pas si une décision vient modifier ces conditions d'éligibilité dans l'avenir. Les conditions sont rappelées dans le commentaire législatif à savoir :

Le pays ne répond pas aux critères de revenus requis pour obtenir un prêt de la Banque mondiale ou du FMI en 2004.

Le niveau d'endettement est tel que même après une réduction de 67% de la valeur actuelle nette de sa dette, le pays garderait un niveau d'endettement insoutenable.

Ratione loci

De nombreux territoires britanniques d'outre-mer et dépendances de

la Couronne ne sont pas couverts par la loi. Les fonds vautours peuvent donc opérer sur ces territoires (Iles vierges britanniques, Jersey...). C'est notamment depuis leur siège de Jersey que certains fonds poursuivent actuellement la République démocratique du Congo.

La loi vise les 40 pays désignés comme éligibles ou potentiellement éligibles à l'Initiative Pays Pauvres Très Endettés (PPTE) lancée par l'action conjointe de la Banque Mondiale (BM) et du FMI.

Elle s'étend aux pays identifiés comme potentiellement éligibles à cette Initiative (c'est-à-dire qui ne remplissent pas entièrement les conditions pour entrer dans la liste des pays désignés par l'Initiative), sur la base de faibles recettes et d'un haut niveau d'endettement. Les dettes visées sont les dettes extérieures publiques et publiquement garanties.

Ratione personae

La loi anglaise a vocation à s'appliquer aux créanciers commerciaux cherchant à recouvrer des sommes dues par certains pays ayant une dette difficilement recouvrable.

2.2.2. *Contenu de la norme*

La loi cherche à réguler la situation paradoxale selon laquelle certains créanciers cherchent à recouvrer le montant total de la dette, plus des intérêts excessifs et charges associées qui leur sont dus alors que d'autres créanciers ont au contraire pour but de réduire la dette de ces pays pauvres dans le cadre de l'Initiative. En conséquence, pour limiter cette pratique, la loi fait obstacle au recouvrement d'un montant supérieur à celui fixé dans l'Initiative.

1. Voy. la fiche technique du fonds monétaire international « Allègement de la dette au titre de l'initiative en faveur des pays pauvres très endettés ; cette fiche technique datant du 30 juillet 2010 est disponible, à la date de la capture, soit le 31 juillet 2011, sur le site du FMI.

2. Liste publiée sous la fiche technique précitée.

2.2.3. Mesures

La loi régle deux types de pratiques : la recouvrabilité de la dette souveraine par tout créancier commercial et le recours à la justice par ces mêmes créanciers pour obtenir des montants exorbitants.

- D'une part, la loi régle le recouvrement de la dette souveraine des pays en voie de développement n'ayant pas honoré leur dette extérieure, en limitant le montant recouvrable par tout créancier ayant racheté la dette à hauteur de ce que le créancier pourrait recouvrer si celui-ci agissait dans le cadre de l'allègement de la dette prévue par l'Initiative. Ce pourcentage est donc calculé sous l'égide de la Banque Mondiale et du FMI et est donc réduit à la « proportion pertinente » du montant de cette dette. La proportion pertinente, définie dans l'article 4, s'entend par un quotient dont le numérateur est le montant réduit de la dette tel qu'il l'aurait été dans le cadre de l'Initiative et le dénominateur le montant de la dette non réduit. Le pourcentage de départ est de 67% auquel s'applique en sus un facteur commun de réduction.

Les travaux préparatoires prennent l'exemple suivant¹ :

- Une dette de 100 avec un facteur commun de réduction de 33%.
- La dette est d'abord réduite à 100-67, soit 33.
- Vient ensuite un facteur de réduction de 1/3, la proportion recouvrable est de 22%.

La réduction du montant recouvrable n'est pas une privation de la propriété, mais un contrôle de l'utilisation de la propriété, compatible avec les

droits de l'Homme et justifiée par des considérations tendant à promouvoir la justice et l'équité entre les créanciers et le développement des pays pauvres. Une réelle privation serait caractérisée par une extinction des droits du propriétaire. Or dans la loi, les créanciers gardent la possibilité de recouvrer la dette. Cette loi a un intérêt public incontestable.

D'autre part, la loi anglaise a décidé de limiter l'aboutissement et le succès des demandes en justice aux créanciers commerciaux à plusieurs égards (article 5). En effet, en l'absence de procédure internationale, les fonds vautours saisisent les juridictions les plus réceptives à leurs requêtes. Le droit et la compétence des tribunaux anglo-saxons étaient en général favorables aux demandes des créanciers.

La capacité des créanciers à recourir aux tribunaux anglais est désormais limitée puisque même les décisions étrangères tombent sous le champ d'application de la loi si le créancier sollicite la prise d'effet de la décision au Royaume-Uni.

Il est à noter que la loi s'applique aux jugements rendus en Grande-Bretagne avant l'entrée en vigueur de la loi, donc les jugements rendus dans les procédures en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi appliqueront la réduction telle qu'organisée ci-dessus. En cela, l'article 5.1 de la loi commentée est crucial pour les pays pauvres. L'application rétroactive de cette législation a été justifiée, d'une part, par le montant de la dette totale des PPTTE qui court à hauteur de 1,2 milliards de dollars pour lesquels certains jugements étaient en cours et, d'autre part, par la situation selon laquelle les créanciers se seraient empressés d'avoir recours à la justice avant l'entrée en vi-

1. Commentaire section 4, n°23.

gueur de la loi, ce qui les aurait exclus de la législation. A fortiori, exclure les jugements antérieurs à la loi aurait été économiquement illogique et aurait réduit l'effectivité de la loi dont le but est de limiter le remboursement des dettes à hauteur des capacités de remboursement du débiteur. Tous les jugements, même antérieurs à la loi, ont donc été concernés. Un tiers des sommes redevables aux créanciers était en jeu.

Cependant, sur un point, la loi se distingue de l'Initiative : elle encourage le débiteur à participer aux négociations pour se mettre d'accord avec le créancier sur la dette à payer. Le débiteur doit faire une offre de remboursement du montant restant à recouvrer par le créancier. A défaut, l'article 6 prévoit d'exclure du régime de la loi les dettes pour lesquelles le débiteur ne proposerait pas de remboursement.

2.3. États-Unis : "The stop very unscrupulous loan transfers from underprivileged countries to rich, exploitive funds or "stop vulture funds" act", projet du 18 juin 2009¹

2.3.1. *Ratio legis*

Ce projet de loi embrasse deux principaux objectifs : d'une part, celui d'éviter la spéculation et la réalisation de bénéfices exorbitants (section 4 du projet) et d'autre part, la volonté de protéger les pays pauvres des poursuites judiciaires exercées par des fonds vautours (section 5) pour que l'action de ces fonds ne compromette pas leur développement.

1. House of Representatives 2932; projet de loi ; voy. aussi les travaux de l'année précédente, H.R. 6796.

Le titre de la loi présente en lui-même une connotation péjorative, présentant les fonds vautours comme des exploitants et leur activité comme un transfert de prêts malhonnête des pays pauvres à de riches fonds spéculatifs.

Dans sa motivation, le législateur insiste sur le fait que bon nombre de procédures initiées par les fonds vautours se déroulent aux États-Unis, ce qui donne une connotation négative aux relations internationales des États-Unis.²

Pour atteindre ces objectifs et empêcher un recours fréquent aux tribunaux américains, une législation nationale est, expose le texte du projet, nécessaire pour réguler les pratiques et procédures utilisées contre les pays en voie de développement.

Cependant, ce projet de loi n'est toujours pas devenu loi. Présenté au Congrès pour la première fois le 18 juin 2009, le projet s'est arrêté aux discussions tenues par un Comité du Congrès (House Judiciary, Subcommittee on Courts and Competition Policy) et n'a pas été déféré à d'autres Comités ni été voté par la Chambre des Représentants et le Sénat. Ce n'est pas la première fois que le processus de loi est interrompu. Le 1er août 2008, la même loi avait été introduite, mais sans suite.

Le projet définit la notion de « sovereign debt profiteering » comme tout acte par lequel un créancier vautour cherche directement ou indirectement le paiement de tout ou partie de la dette souveraine d'un pays pauvre faisant défaut et dont le montant excède le montant total auquel le fonds vautour a racheté la créance majoré de 6% d'intérêt par an, calculés à partir du défaut de la dette

2. Voy. le point 12 de la motivation.

souveraine acquise¹. Le fait d'accepter de se faire payer par voie de compensation ou autre, par cette dette, sans menace ou recours aux tribunaux reste autorisé. Le texte est donc très large.

2.3.2. Norme

a) En vertu du projet, il est illégal pour toute personne américaine, physique ou morale, de s'engager dans un acte ayant pour objet un « profit sur la dette souveraine » (sovereign debt profiteering), direct ou indirect, ou de recourir à de telles pratiques sur le territoire américain.

b) Le projet de loi veut également rendre illégal et interdire le recours aux tribunaux américains par les fonds vautours lorsque l'objectif des fonds est « le sovereign debt profiteering ». Dans cette hypothèse, la cour doit soulever d'office le moyen.

Enfin, tout fonds engageant une action contre un pays pauvre protégé doit révéler à la Cour tous les éléments qu'il détient dans le but de prouver que le fonds est en conformité avec la loi.

Néanmoins, il est à noter que ne seront pas protégés par cette loi les pays ayant commis de lourdes violations des droits de l'Homme, engagés dans des dépenses militaires excessives, soutenant le terrorisme ou ne coopérant pas avec les États-Unis quant aux contrôles du trafic de stupéfiant.

2.3.3. Sanctions

Quant aux sanctions, elles sont au nombre de deux.

La première sanctionne par une amende égale au montant des bénéfices

1. Sec. 3, Définitions, (4).

revendiqués par la personne, toute personne américaine, qui s'engagerait dans une activité ayant pour objet un « profit sur la dette souveraine » ou qui aurait recouru à de telles pratiques sur le territoire américain.

La seconde sanctionne par la nullité tout procès et toute demande adressée à la Cour qui ne remplit pas les critères exigés dans l'article 5.

2.4. La France

Une proposition a été déposée au Parlement français le 2 août 2007² :

« *Ne peut être prononcé aucune condamnation, ni donné aucun effet en France à un jugement prononcé contre un débiteur lorsqu'il apparait que l'acquisition de la créance procède d'une spéculation sur les procédures susceptibles d'être intentées contre le cédé et les tiers, non sur la valeur de marché de la créance et son évolution.* »³

Cette proposition prévoit une sanction très qualitative mais est sans doute sujette à une interprétation très imprévisible de la part du juge.

3. CARACTÈRE LACUNAIRE DE CES RÉGLEMENTATIONS NATIONALES

3.1. Synthèse des législations étudiées

Les législations analysées ont un champ d'application et une portée différents. La législation belge se limite aux fonds de développement belges mais elle prévoit des sanctions très strictes. Cette législation rend plus efficace la politique

2. Proposition de loi n°131, déposée par Marc LE FUR.

3. Voy. aussi le rapport de la commission des questions économiques et de développement du Conseil de l'Europe, 21 avril 2009, Doc 11862.

au développement belge mais elle limite ses effets aux fonds belges destinés à la coopération au développement.

La loi anglaise a un champ d'application plus large, s'applique à toutes les créances des pays pauvres, mais réduit les effets de la cession.

Cette seconde législation apparaît plus efficace puisqu'elle ne paralyse pas la cession, qui reste un instrument fort efficace dans les opérations internationales notamment, tout en maîtrisant les abus commis par les fonds vautours. La législation anglaise reste malgré tout « inerte », puisqu'elle ne tient pas compte des nouvelles adaptations qui pourraient résulter de l'Initiative précitée adoptée sous l'égide du FMI et la Banque Mondiale.

La proposition de loi française laisse elle aussi un pouvoir d'appréciation étendu au juge tout comme le projet américain qui tous deux se base sur des critères plus larges.

3.2. Lacunes

Si deux pays seulement légifèrent, même s'ils sont importants dans la naissance et la gestion des créances envers les PVD, l'effet utile n'est pas suffisamment atteint.

Rien n'empêche le fonds vautour de prévoir une clause d'attribution de juridiction étatique ou arbitrale, assortie d'une disposition de droit applicable à un Etat qui n'a pas d'arsenal législatif sur les fonds vautours. Cette juridiction risque de ne pas se soucier des lois impératives anglaises ou américaines¹. Rappelons à cet égard que l'activité de ces fonds est

1. Voy. sur l'application du droit impératif étranger, notamment l'article 9, alinéa trois du Règlement Rome I ; l'application du droit impératif étranger est une faculté et non une obligation pour le juge.

légale en l'absence de législation la réglementant et un arbitre pourra difficilement invoquer le principe général d'équité pour ne pas donner effet aux engagements de paiement librement consentis.

La création, sous l'égide des Nations Unies, d'une juridiction supranationale pour le règlement de tous les contentieux liés aux dettes publiques appliquant les normes élaborées au niveau mondial constituerait une heureuse initiative permettant d'endiguer la pratique du forum shopping.

Une procédure de règlement collectif des dettes souveraines garantirait une plus grande égalité entre les créanciers et une gestion plus efficace de la dette et des ressources.

La législation, comme c'est le cas à notre avis des législations belge et anglaise, doit pouvoir s'appliquer également au marché secondaire de la dette sur lequel jouent les fonds vautours.

Enfin, les pays pauvres très endettés connaissent le grand fléau de la corruption. Il faut agir pour promouvoir et renforcer des processus d'audit pour fonder l'annulation des dettes odieuses et illégitimes. Combattre les pratiques des fonds vautours doit aller de pair avec la lutte contre la corruption dans les PVD.

CONCLUSIONS

Les fonds vautours peuvent être qualifiés, comme leur nom l'indique, de charognards. Charognard signifie au sens littéral l'animal se nourrissant des cadavres en décomposition d'autres animaux². Mais ce terme ne tient pas

2. Voy. Dictionnaire on line L'internaute, capture du 24 juillet 2011.

compte du préjudice indirect causé par les fonds vautours, dû à la présence de multiples acteurs présents dans la gestion de la dette et des avoirs des PVD.

En effet, nous avons pu voir que les agissements des fonds vautours sont susceptibles de bloquer toute restructuration de la dette et de paralyser la mise en œuvre des programmes de développement portant sur les besoins primaires des PVD.

Charognard est, dans un sens plus imagé, défini comme la personne qui est toujours prête à profiter du malheur d'un autre¹. Cette définition, plus large, est sans doute plus appropriée. Mais les fonds vautours profitent du malheur en rachetant une créance à bas prix, mais ils ont, on l'a vu, un effet préjudiciable plus pénétrant puisqu'ils aggravent la situation du pays en interférant sur les relations contractuelles avec les bienfaiteurs de ces pays. Il faut en premier lieu ne pas perdre de vue que les États qui vendent leur créance à des fonds vautours doivent mesurer les conséquences de leurs actes. Ils sont en quelque sorte les Ponce Pilate de la société moderne.

Bien que nous soyons conscients que la législation mondiale soit très difficile

1. *Ibidem*.

à réaliser surtout dans des matières sensibles, nous formulons le vœu de la création, sous l'égide des Nations Unies, de normes harmonisées en la matière au niveau mondial dont les incidents d'application seraient soumis à une juridiction unique. Cette législation mondiale sera d'autant plus difficile à mettre sur pied que l'on constate que des projets ou propositions de loi respectivement de 2007 en France et 2009 aux États Unis sont restés lettre morte.

Cette étude montre aussi que les solutions aux problèmes nouveaux sont parfois voire souvent à trouver dans la tradition juridique ; ainsi les règles ancestrales relatives à la cession de droits litigieux², inscrites dans le Code Napoléon, offrent une belle solution aux problèmes des fonds vautours, puisqu'elles limitent les droits du cessionnaire au montant qu'il a payé pour acquérir une créance. ¶

Mis à jour le 30 juin 2011.

2. Rappelons que cette disposition ne peut s'appliquer tel quel, car elle suppose un droit qui fasse l'objet d'une contestation. Or, en l'espèce, la contestation portera essentiellement sur l'insolvabilité.

