

RIDAI

La Revue de l'Institut de Droit des Affaires
internationales



Dans ce numéro

Articles

Béatrice GUILLAUMIN

« La responsabilité administrative en matière de renseignement : un régime ordinaire pour une activité extraordinaire ? »

Maître Nicolas FLACHET

« Zones de turbulences dans l'arbitrage CCI en droit français ou les risques de la notification des sentences par la Cour »

Evénements

Actes du colloque « Vent de réforme en droit des obligations » du 2 avril 2018

Actes de l'atelier juridique du 12 juin 2018 sur le nouveau droit égyptien de la faillite

Comité de lecture de la RIDAI

Vincent HEUZE

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Coordinateur de l'IDAI

Thomas MASTRULLO

Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Directeur de l'IDAI pour l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Tarek SOROUR

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université du Caire
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

Directeur de la publication

Monsieur Vincent HEUZE
Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Responsable de l'Institut de Droit des Affaires Internationales (IDAI)

Responsable de la rédaction

Monsieur Thomas MASTRULLO
Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Directeur de l'IDAI

Les propositions de contribution peuvent être expédiées à l'adresse suivante :
alaa.abdelhafiz@hotmail.fr

Les contributions sont en principe d'un volume maximal 30.000 caractères.

Sommaire

SOMMAIRE	3
EDITORIAL	5
DOCTRINE	7
<i>La responsabilité administrative en matière de renseignement : un régime ordinaire pour une activité extraordinaire ?</i> , par Béatrice GUILLAUMIN	7
<i>Zones de turbulences dans l'arbitrage CCI en droit français ou les risques de la notification des sentences par la Cour</i> , par Maître Nicolas FLACHET (version française)	17
<i>Zones de turbulences dans l'arbitrage CCI en droit français ou les risques de la notification des sentences par la Cour</i> , par Maître Nicolas FLACHET (version arabe)	21
EVENEMENTS	25
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"><p>Colloque du 2 avril 2018 - Association Henri CAPITANT Vent de réforme en droit des obligations : regards croisés franco-égyptiens</p></div>	
Présentation du colloque	25
Programme du colloque	27
<i>La rationalisation et le renouvellement du régime du consentement par l'ordonnance du 10 février 2016</i> , par Stéphane BRENA	31
<i>L'appréhension de l'équilibre contractuel à la lumière de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016</i> , par Thomas MASTRULLO	35
<i>La théorie de l'imprévision</i> , par Albin ANDRIEUX	39
<i>La réorganisation des sanctions de l'inexécution du contrat par l'ordonnance du 10 février 2016</i> , par Stéphane BRENA	43
<i>La stabilité du droit des quasi-contrats après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016</i> , par Alaa ABD EL HAFIZ	47
<i>L'imputation du dommage causé par autrui à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie de mars 2017</i> , par Julien ORTIN	51
<i>La sanctuarisation de l'indemnisation du dommage corporel par le projet de réforme de la responsabilité civile</i> , par Stéphane BRENA	55
<i>Le dommage environnemental à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie</i> , par Solène GRANDJEAN.....	59
<i>La fonction punitive de la responsabilité civile à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017)</i> , par Thomas MASTRULLO	63

Atelier juridique du 12 juin 2018 sur le nouveau droit égyptien de la faillite

Présentation de l'atelier juridique du 12 juin 2018	69
<i>Les procédures amiables dans le nouveau droit égyptien de la faillite, par Thomas MASTRULLO</i>	71
<i>Le plan préventif de faillite en droit égyptien à la lumière du droit français, par Rémi DALMAU</i>	79
<i>Déclaration de faillite et sanctions pénales, par Albin ANDRIEUX</i>	89

EDITORIAL
Revue de l'IDAI (n° 4)

« La vraie nouveauté naît toujours dans le retour aux sources »

Edgar Morin

Thomas Mastrullo, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Expert technique international, directeur de l'IDAI.

La Revue de l'Institut de droit des affaires internationales (RIDAI) fait son retour après presque deux ans d'absence.

Ce nouveau numéro est l'occasion de se souvenir que la RIDAI est née de l'ambition du Professeur Philippe Neau-Leduc, à l'époque responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, et de Stéphane Brena, alors directeur de l'IDAI, de montrer qu'au-delà de sa mission essentielle consistant à offrir aux étudiants égyptiens et africains une formation juridique de haut niveau, l'IDAI peut aussi constituer un lieu de réflexion et d'échange sur les droits français et égyptiens. Dès sa création, la RIDAI a donc eu pour raison d'être de donner corps, avec ouverture et rigueur, à la recherche en droit que l'Institut a vocation à promouvoir en parallèle de sa fonction pédagogique.

Le quatrième numéro de la RIDAI s'inscrit résolument dans ce précieux héritage et entend suivre la ligne initiée voici maintenant plus de trois ans.

L'objectif est double.

D'une part, il s'agit de mettre à la disposition des juristes français ou égyptiens, professionnels ou universitaires, un média pour présenter, développer ou expliquer leurs recherches et leurs expériences, quelle que soit la branche du droit concernée. Le présent numéro ne déroge pas à la règle et contient des études de chercheurs ou d'avocats portant sur des sujets aussi variés que le droit de l'arbitrage international, la responsabilité en matière de renseignement, le droit des contrats, le droit de la responsabilité extracontractuelle ou encore le droit des faillites. Que l'ensemble des contributeurs, qui participent à la vie et au développement de l'IDAI par leur travail, leur investissement et leur fidélité, soient chaleureusement remerciés.

D'autre part, la RIDAI doit constituer la mémoire des manifestations – ateliers juridiques, colloques ou conférences – qui sont organisées par l'IDAI ou auxquelles celui-ci est associé, afin que ces moments de rencontres, de partages et d'amitiés autour du droit ne soient pas oubliés.

Car, finalement, ce sont ces moments qui constituent le fondement le plus solide du merveilleux institut qu'est l'IDAI.

Le Caire – le 13 décembre 2018

La responsabilité administrative en matière de renseignement : un régime ordinaire pour une activité extraordinaire ?



Béatrice GUILLAUMIN

Doctorante en droit public

1. **Contexte.** L'environnement stratégique au sein duquel évolue la France est désormais marqué par l'exacerbation et la dissémination de la menace terroriste ainsi que par la recrudescence des attentats sur le territoire national. L'appréhension des enjeux relatifs à la sécurité par les autorités a ainsi conduit au renouvellement de l'approche de l'intervention de la puissance publique en la matière, comme en témoigne la multiplication des vecteurs juridiques menant à la constitution d'un véritable arsenal législatif, tant préventif que répressif¹.

2. **Normalisation de l'appareil de renseignement.** Dans ce contexte, une place prépondérante est dévolue aux services de renseignement et à leur action. D'ailleurs, la normalisation de ces derniers au sein de la sphère juridico-

administrative² a connu une accélération dont la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement constitue sans doute l'apogée. L'existence juridique de l'appareil français de renseignement est ainsi reconnue, sa mission de promotion et de défense des intérêts fondamentaux de la Nation consacrée et déclinée en de nombreuses finalités, et les moyens spéciaux afférents à l'activité de renseignement à présent encadrés. Plus encore, le Conseil constitutionnel consacre expressément que l'action des services de renseignement relève, par certains aspects³, de la police administrative⁴. Pour aussi singulière qu'elle soit, l'activité des services de renseignement intègre donc manifestement le giron de l'action administrative et sort de la nébuleuse dans laquelle elle était plongée.

3. **Systématisation de la responsabilité administrative.** D'ailleurs, la reconnaissance de la contribution du renseignement à la police administrative participe à l'extension du périmètre d'intervention de cette dernière et n'est pas sans conséquence sur le

¹ Se sont multipliés, les textes de cadrage relatifs à la sécurité et à la défense (livres blancs sur la défense et la sécurité de 2008 et de 2013, Revue stratégique de 2017), les lois de programmation afférentes à ces problématiques (Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPPSI I), Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPSSI II), Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale), ou encore les lois relatives à la lutte contre le terrorisme et à l'encadrement du renseignement (Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, Loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme).

² Il faut entendre ici le long processus d'institutionnalisation des services de renseignement initié au XIXe et tendant à conférer à ces structures une réelle identité administrative. V. Sébastien-Yves LAURENT, « La naissance du renseignement étatique en France au XIXe siècle, entre bureaucratie et politique », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, 35, 2007, pp. 109-124.

³ Les services exercent d'autres activités que celles afférentes au renseignement contribuant à la police administrative (action clandestine, police judiciaire, surveillance pénitentiaire).

⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-713 du CC du 23 juillet 2015 relative à loi sur le renseignement : « le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative » (considérant 9).

développement des mécanismes permettant la réparation des dommages causés par les autorités de police administrative. À ce titre, si l'histoire de la responsabilité de l'administration est marquée par son extension progressive depuis 1873 et l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits⁵, il ne saurait néanmoins être démenti que les activités de police administrative ont toujours bénéficié d'une place particulière en matière d'engagement de la responsabilité de l'État, au regard notamment de leur caractère régalien. En se gardant de toute exhaustivité en la matière, il convient ainsi de noter qu'il faudra attendre l'arrêt *Tomaso Grecco* du Conseil d'État⁶ pour que soit abandonnée l'irresponsabilité absolue de l'État pour les activités de police administrative. Depuis lors, la responsabilité administrative en vue d'obtenir la réparation des dommages causés par les autorités de police administrative est de plus en plus souvent recherchée. Elle est qui plus est encouragée par un contexte de meilleure prise en considération des droits des victimes, la jurisprudence apparaissant comme plus protectrice de ces dernières, ainsi que par une réduction du champ d'intervention de la faute lourde⁷. Si les activités de renseignement afférentes à la police administrative ont longtemps bénéficié d'une certaine immunité de fait au regard non seulement de l'absence d'encadrement juridique, mais également de l'opacité qui entoure ce domaine d'action, cette « *éclipse de la responsabilité administrative* »⁸ ne saurait perdurer comme en témoignent les fondations posées récemment par le juge administratif.

4. Affirmation d'un régime de responsabilité en matière de renseignement. En effet, le contexte d'exacerbation de la menace terroriste ainsi que la conjonction de ces deux dynamiques – normalisation de l'appareil de renseignement et systématisation de la responsabilité administrative – ont offert les conditions d'émergence d'un régime de responsabilité pour faute de l'État du fait des activités de police administrative menées par les services de renseignement. Et pour cause, le 18 juillet 2018, deux décisions étaient rendues en cet endroit simultanément par le Conseil d'État et le tribunal administratif de Paris. D'une part, la décision du Conseil d'État vient clore une procédure initiée par la famille du caporal-chef Abel Chennouf, assassiné le 15 mars 2012 par

M. M.⁹, laquelle avait saisi la juridiction administrative en janvier 2014 afin de faire reconnaître la responsabilité des services de renseignement dans la survenance de cet événement et de se voir indemniser du préjudice financier et moral ainsi subi. Il s'agissait de faire constater l'existence d'une faute, d'un manque de vigilance de l'administration, en ce que les services de renseignement auraient eu connaissance de la dangerosité de M. M., ce qui aurait dû les conduire à renforcer la surveillance et non à l'abandonner en janvier 2012. Le 12 juillet 2016, le tribunal administratif de Nîmes retient l'existence d'une « *faute de nature à engager la responsabilité de l'État* »¹⁰, laquelle est constituée par l'abandon des mesures de surveillance de M. M. Les services n'ont pas satisfait à leur mission de prévention des actions terroristes et des individus radicaux. Suite à la demande du ministre de l'Intérieur de réformer le jugement, la cour administrative d'appel de Marseille a infirmé, le 4 avril 2017, la décision du tribunal administratif. Les juges ont en effet estimé que seule une faute lourde était de nature à engager la responsabilité de l'État dans le cadre de telles activités menées par l'administration et considéré que, s'il est indiscutable que les services de renseignement ont commis des « *erreurs d'appréciation* »¹¹ sur le potentiel de dangerosité de M. M., il ne s'agissait pas en l'espèce d'erreurs constitutives d'une faute lourde. Le Conseil d'État, par la décision précitée du 18 juillet 2018, vient valider une telle rhétorique et rejeter le pourvoi formé par la famille du caporal-chef Abel Chennouf. D'autre part, le jugement rendu par le tribunal administratif de Paris à la même date marque le commencement d'une nouvelle procédure. Certainement galvanisés par la teneur de celui rendu par la juridiction nîmoise, des ayants droit de victimes tuées lors des attentats du 13 novembre à Paris ainsi que des victimes ayant survécu ont saisi la juridiction administrative les 10 novembre 2016 et 21 septembre 2017 afin de faire reconnaître la responsabilité des services de l'État et plus spécifiquement des services de renseignement dans la survenance de ces attentats. Les demandeurs invoquent notamment à l'appui de leur argumentaire un défaut de surveillance des neuf individus ayant commis les attentats, ainsi que des défaillances des services de renseignement en matière de coopération européenne dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le tribunal administratif de Paris rejette la requête en estimant là encore que, si seule une faute lourde peut engager la responsabilité de l'État en la matière, en l'occurrence, au regard des éléments produits par les requérants, celle-ci ne saurait être constituée ni par

⁵ Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*.

⁶ Conseil d'État, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*.

⁷ V. l'état des lieux réalisés par Gweltaz EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA*, 2006, p. 733.

⁸ Fouad EDDAZI, « La responsabilité de l'État en matière de renseignement : affirmation et construction d'un régime », *Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2017.

⁹ Il sera ici fait le choix de ne désigner que par leurs initiales, voire de ne pas désigner, les personnes impliquées dans les attentats faisant l'objet de ces travaux.

¹⁰ Tribunal administratif de Nîmes, 12 juillet 2016, N° 1400420, 1500005, considérant 5.

¹¹ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, N° 16MA03663, considérant 3.

un défaut de surveillance ni par des défaillances en matière de coopération internationale, l'action des services de renseignement français ayant été impactée par des éléments exogènes (limites de l'arsenal juridique, chiffrement des moyens de communications, non-transmission d'informations par des services étrangers, etc.).

5. Recontextualisation de ces décisions. Du reste, les décisions rendues par ces juridictions administratives sont exceptionnelles non seulement au regard de la matière puisqu'elles posent les jalons d'une jurisprudence encore inexistante dans ce domaine spécifique¹², mais également du contenu puisqu'elles consacrent la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait des activités des services de renseignement. Du point de vue du droit administratif, l'intérêt de ces décisions est donc indéniable en ce que, d'une part, elles mettent en exergue la poursuite de la généralisation de la responsabilité administrative et, d'autre part, elles révèlent que le débat sur la nature de la faute génératrice de l'engagement de la responsabilité de l'État demeure intact. À ce titre, il s'agit de constater que la décision rendue par le tribunal administratif de Nîmes dès 2016 s'inscrit à contre-courant de l'argumentaire défendu dans les trois autres décisions ici à l'étude. Néanmoins, d'un point de vue empirique, ces décisions peuvent paraître surprenantes au regard des objectifs traditionnellement dévolus au mécanisme de la responsabilité administrative et donc de son efficacité dans sa dimension tant réparatrice, morale que sanctionnatrice.

6. Problématique. Finalement, l'application d'un régime de responsabilité classique à une activité qui ne l'est manifestement pas ne peut qu'interroger. Est-il alors judicieux de paver la voie à un possible engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'activité des services de renseignement en faisant fi de la singularité de cet aspect de la police administrative ?

7. Plan. Si de telles décisions s'avèrent intéressantes sur le plan doctrinal en ce qu'elles réactivent le débat sur le régime de responsabilité en matière de police administrative **(I)**, il n'en demeure pas moins qu'elles révèlent une appréhension lacunaire des enjeux inhérents à l'action des services de renseignement **(II)**.

¹² Le contentieux administratif en matière de renseignement s'illustre par son absence. Quelques affaires ayant trait au statut des fonctionnaires sont à relever (mise en disponibilité pour les besoins du service, Conseil d'État, 7 / 5 SSR, 24 juin 2002 ; radiation des cadres de la DGSE, Cour administrative d'appel de Paris, 1ère chambre, 13 février 2014). Il faut néanmoins noter un développement récent du contentieux en matière de fichier intéressant la sûreté de l'État (par exemple, sur le fichier CRISTINA de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) : Conseil d'État, Formation spécialisée, 7 mars 2018).

I. De l'attentat du 15 mars 2012 à ceux du 13 novembre 2015 : les prémices de la modélisation d'un régime de responsabilité de l'État en matière de renseignement

8. Annonce. Si les juridictions administratives ont reconnu la possibilité que la responsabilité de l'État soit engagée en matière de renseignement **(A)**, force est de constater que leur analyse diverge quant aux caractéristiques de la faute susceptible de la déclencher, ravivant de ce fait les débats doctrinaux en matière de responsabilité administrative **(B)**.

A. Une approche convergente des circonstances de fait par les juridictions

9. L'identification du potentiel de nuisance des auteurs des attentats. À l'aune des décisions rendues dans le cadre de l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, les juges semblent s'accorder sur le fait que les services de renseignement avaient, depuis 2006, des informations sur le potentiel de dangerosité¹³ de l'intéressé. Deux phases paraissent néanmoins se succéder. Une première phase courant de 2006 jusqu'à juin 2011 durant laquelle les services de renseignement ont identifié un profil pouvant constituer une menace pour l'ordre public : fréquentations au sein du milieu de l'islamisme radical, inscription au Fichier des personnes recherchées en tant que « fiché S » (de 2006 à mars 2010), incarcération de 2007 à 2009 pour des faits de violence, voyage en Afghanistan en décembre 2010. Ce potentiel de dangerosité avait été confirmé par l'enquête approfondie menée au cours du premier semestre 2011, laquelle avait conduit à la réactivation de la « fiche S » et poussé les enquêteurs à envisager, en vain, la judiciarisation de l'affaire. Une deuxième phase débute à l'été 2011 lorsque M. M. se rend au Pakistan. À son retour, il est convoqué à Toulouse le 14 novembre 2011 par les services de renseignement. Selon une note du 25 janvier 2012, « la rencontre n'a pas permis de faire le lien entre [M. M.] et un éventuel réseau djihadiste »¹⁴, ce qui conduit à l'abandon des mesures de surveillances en janvier 2012. De même, dans l'affaire des attentats du 13 novembre 2015, les juges du tribunal administratif de Paris ont mis en exergue le fait qu'au moins quatre des auteurs avaient été préalablement identifiés par les services de renseignement

¹³ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, N° 16MA03663, considérant 3.

¹⁴ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, N° 16MA03663, considérant 3.

et avaient pu faire l'objet de mesures de surveillance administrative et/ou judiciaire¹⁵.

10. La reconnaissance des difficultés rencontrées par les services de renseignement dans l'exercice de la mission. Néanmoins, les juges reconnaissent que, dans le cadre de l'exercice de leur mission de prévention des actions terroristes et de surveillance des individus radicaux, les services de renseignement rencontrent des difficultés inhérentes à la particularité de cette activité. À ce titre, si le tribunal administratif de Nîmes est peu éloquent sur cet aspect¹⁶, la cour administrative d'appel, le Conseil d'État ainsi que le tribunal administratif de Paris relèvent l'insuffisance des « *moyens et connaissances [limitées] dont disposaient les services de renseignement pour appréhender et prévenir les nouvelles formes d'attentat terroriste* »¹⁷ ainsi que « *les difficultés particulières inhérentes à la prévention de ce type d'attentat terroriste* »¹⁸. De telles formulations font référence à l'absence d'un arsenal juridique pertinent¹⁹, à l'imperfection du maillage territoriale et des mécanismes de coopération internationale en matière de renseignement, et à l'absence de moyens adéquats en matière de surveillance d'individus à risque²⁰.

¹⁵ Tribunal administratif de Paris, 18 juillet 2018, N°1621238/3-1, considérant 4, 5 et 6. Les juges confirment dans ces considérants que certains des auteurs des attentats du 13 novembre avaient été identifiés préalablement par les services de renseignement. D'une part, l'un d'entre eux avait été « *mis en examen pour association de malfaiteurs en lien avec une entreprise terroriste puis placé sous contrôle judiciaire en septembre 2012 et faisait l'objet, à ce titre, d'une obligation de pointage régulier au commissariat de Drancy, d'une interdiction judiciaire de sortie du territoire et d'une confiscation de son passeport* ». D'autre part, deux des auteurs étaient fichés S et un quatrième protagoniste était connu des services de renseignement en tant que membre d'une filière de recrutement terroriste strasbourgeoise.

¹⁶ Tribunal administratif de Nîmes, 12 juillet 2016, N° 1400420, 1500005, considérant 5 : « *malgré la difficulté des tâches qui leur sont imparties* ».

¹⁷ Michael REVERT, « La responsabilité de l'État n'est pas engagée dans l'affaire Merah », *AJDA*, 2017, p. 1240. Cette argumentation est reprise par la Cour administrative de Marseille au considérant 3 ainsi que par le tribunal administratif de Paris au considérant 8.

¹⁸ Conseil d'Etat, 18 juillet 2018, N° 411156, considérant 4.

¹⁹ À l'époque des faits, il n'existait pas d'incrimination pénale susceptible de neutraliser M.M. du fait de son comportement, ce qui a rendu impossible la judiciarisation de l'affaire. Le délit d'entreprise individuelle terroriste a été introduit dans le Code pénal aux articles 421-266 et 421-5 par la loi du 13 novembre 2014. De même, les juges notent l'absence d'une législation permettant un contrôle aux frontières au sein de l'espace Schengen avant les attentats du 13 novembre 2015 ainsi que de dispositions permettant à l'administration d'interdire la sortie du territoire d'un individu en lien avec le terrorisme.

²⁰ Il est ici fait référence aux difficultés rencontrées par les services de renseignement quant à l'usage des techniques de renseignement du fait du chiffrement des communications, au manque de formation des agents pour conduire des entretiens, mais également au caractère inadapté de certains outils de suivi comme la « fiche

11. La reconnaissance différenciée de défaillances des services de renseignement. Pour autant, les juges reconnaissent que l'action des services de renseignement n'est pas irréprochable. Dans l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, s'appuyant sur un rapport du contrôleur général et de l'inspecteur général de la Police nationale mettant en exergue des « *défaillances objectives* »²¹ des services de renseignement dans le traitement de l'affaire, les juges ont ainsi estimé que les services de renseignement avaient commis des erreurs susceptibles d'être constitutives d'une faute dont la nature pourrait être en mesure d'engager la responsabilité de l'État. Dans l'affaire des attentats du 13 novembre 2015, le juge paraît plus prudent et reconnaît simplement que l'un des auteurs a échappé au contrôle des services de renseignement. Toutefois, si les juges conviennent de l'existence de défaillances des services de renseignement, ils en ont une appréhension qui diffère tant à l'égard de l'élément à l'origine de la faute que de la gravité de cette dernière.

B. Une approche divergente des juges quant aux répercussions de l'action des services de renseignement

12. Une différence d'appréciation sur l'élément déclencheur de la faute dans l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012. Le tribunal administratif de Nîmes estime que la faute repose sur l'abandon des mesures de surveillance par les services de renseignement. Selon les juges, le départ de M. M. au Pakistan aurait dû constituer une raison suffisante de maintenir voire de renforcer la surveillance et non d'y mettre un terme suite à l'entretien conduit à son retour. Les juges considèrent ainsi que le « *défaut de surveillance* »²² a permis de faciliter le passage à l'acte de M. M. En revanche, la cour administrative d'appel, reprise par le Conseil d'État, estime quant à elle que ce sont des « *erreurs d'appréciation* »²³ qui sont à l'origine de la faute en ce que les agents n'ont pas décelé, lors de l'entretien, « *l'attitude dissimulatrice* »²⁴ et donc l'ambivalence du comportement de M. M.

S ». À cet égard, le tribunal administratif de Paris estime qu'une « *fiche S n'est pas un indicateur de dangerosité d'un individu [...], mais un outil de travail permettant d'assurer un « signalement aléatoire* » » (considérant 6).

²¹ Jérôme LEONNET et Guy DESPRATS, « Affaire Merah, réflexions et propositions », rapport remis au ministre de l'Intérieur le 19 octobre 2012. Les conclusions de ce rapport ont été reprises dans le Rapport n° 1056 fait par Président Christophe CAVARD (Président) et Jean-Jacques URVOAS (Rapporteur) au nom de la commission d'enquête sur le fonctionnement des services de renseignement français dans le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés, mai 2013, p.165.

²² Tribunal administratif de Nîmes, 12 juillet 2016, N° 1400420, 1500005, considérant 7.

²³ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, N° 16MA03663, considérant 3.

²⁴ Conseil d'Etat, 18 juillet 2018, N° 411156, considérant 4.

13. Une différence d'appréhension du lien de causalité dans l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012 et dans l'affaire des attentats du 13 novembre 2015. Le tribunal administratif de Paris se refuse quant à lui à reconnaître l'existence d'une faute qui reposerait sur un défaut de surveillance ou une mauvaise coopération avec les services étrangers²⁵. À l'appui de ce raisonnement, les juges procèdent à l'énumération d'éléments à l'origine de l'impossibilité pour les services de renseignement de prévenir ces attentats : cadre juridique insuffisant, moyens à leur disposition parfois inadaptés et missions particulièrement tributaires du transfert d'informations par les services étrangers. Il faut ici constater une différence de raisonnement avec les autres juridictions : alors que dans l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012 le juge semble considérer comme causal tout élément sans lequel l'assassinat n'aurait pas eu lieu, dans l'affaire des attentats du 13 novembre 2015, le juge paraît fonder son raisonnement sur la théorie de la causalité adéquate.

14. Une différence d'appréciation sur la nature de la faute susceptible d'enclencher la responsabilité. À ces différences d'appréciation du fait générateur de la faute et du lien qu'entretient celle-ci avec le préjudice subi, se couple une divergence quant à la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité. Alors que le tribunal administratif de Nîmes – particulièrement isolé en la matière – reconnaît l'existence d'une « *faute de nature à engager la responsabilité de l'État* »²⁶, les autres juridictions estiment quant à elle que de telles méprises ne sauraient être constitutives d'une faute lourde, à laquelle est subordonné l'engagement de la responsabilité de l'État en la matière. À l'appui de leur dialectique, les juges retiennent la difficulté de l'activité des services de renseignement, et plus particulièrement le caractère nouveau de ces formes d'attentats auquel les services de renseignement n'étaient pas préparés.

²⁵ Tribunal administratif de Paris, 18 juillet 2018, N°1621238/3-1, considérant 6 : « *Les requérants n'établissent ainsi pas que les services de renseignement français auraient été, en ce qui concerne les individus en cause, en possession de renseignements permettant de prévenir la survenue des attentats d'un 13 novembre 2015* » et considérant 10 « *A supposer même que le processus d'échanges d'informations et de coopération entre États membres de l'Union européenne concernant les infractions terroristes prévu par la décision 2005/671/JAI du Conseil de l'Union européenne du 20 septembre 2005 ait été imparfait, les requérants n'établissent pas que des dispositions de la décision en cause auraient été violées par la France ou que les services de renseignement français auraient commis une faute à l'origine des attentats du 13 novembre 2015 en omettant de répercuter, sous forme d'action stratégique sur le terrain, une information provenant de leurs homologues européens* ».

²⁶ Tribunal administratif de Nîmes, 12 juillet 2016, N° 1400420, 1500005, considérant 5.

15. De la nécessité d'une faute simple à l'exigence d'une faute lourde. Cette divergence entre les juges engendre d'ailleurs la réactivation du débat doctrinal à l'égard du régime de la responsabilité administrative pour faute. D'une part, en ce que la distinction entre activité juridique et activité matérielle semble demeurer, contrairement à ce qui a pu être avancé²⁷. Et pour cause, dans le cadre de l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, les juridictions fondent leur raisonnement tantôt sur une erreur survenue dans le cadre de l'édiction d'une mesure de police administrative (abandon de la surveillance), tantôt sur une erreur survenue dans la conduite d'une opération de police administrative (erreur d'appréciation sur la dangerosité de M. M.). De cette analyse semble découler la nature de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État : faute simple suffisante dans le cadre d'activité juridique, faute lourde exigée dans le cadre d'une opération matérielle, au regard des difficultés rencontrées.

D'autre part, en ce que cette jurisprudence remet en cause le postulat selon lequel la faute lourde est abandonnée en matière de police administrative²⁸. En effet, si l'exigence de la faute lourde avait été introduite en 1925 par l'arrêt *Clef* du Conseil d'État²⁹, elle avait néanmoins été circonscrite aux activités matérielles de police au regard de leur

²⁷ Gweltaz EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? » *RFDA*, 2006, p. 733

²⁸ Pour de nombreux auteurs, la faute lourde en matière de responsabilité administrative est vouée à disparaître. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser la jurisprudence en matière de service public hospitalier ou pénitentiaire, l'action des services incendie ou de secours en mer, laquelle a donné lieu à ces commentaires de la doctrine : la disparition de la faute lourde est « *inscrite dans l'évolution du droit public français et ne subsistera que comme tempérament d'un régime d'irresponsabilité contractuelle ou légale* » (CE, 20 juin 1997, concl. M. Stahl) ; « *l'histoire de la faute lourde est celle de son recul* » (René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrétien, 2001, p. 1304) ; « *rétrécissement spectaculaire du domaine de la faute lourde* » (Jacques MOREAU, « La responsabilité administrative », in Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Paris : Dalloz, 2011, p. 662) ; « *au risque d'être démenti par un arrêt futur qui maintiendrait la faute lourde pour un aspect particulier de la police administrative, on peut considérer que la faute simple y est désormais la règle* » (Didier TRUCHET, *Droit administratif*, Presses universitaires de France, 2015, p. 395). Plus spécifiquement en matière de police administrative, des décisions avaient laissé augurer la disparition de la faute lourde comme en témoigne l'affirmation suivante : « *l'avis du 28 juillet 2008 nous incite à considérer que le pas est désormais franchi et que la faute lourde est entièrement abandonnée en matière de Police administrative* » (Fabrice MELLERAY, « Une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'administration en matière de police administrative », *Droit administratif*, 2009, comm. 120). Toutefois, l'analyse de Gweltaz EVEILLARD s'inscrit à rebours de la doctrine en ce qu'il estime que, certes, le domaine de la faute lourde a décliné, mais persiste notamment en matière d'activité de contrôle afférente à la police administrative (« Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? » *RFDA*, 2006, p. 733).

²⁹ Conseil d'État, 26 décembre 1925, *Clef*.

difficulté, une faute simple étant suffisante concernant les activités juridiques³⁰. Néanmoins, la casuistique conduit à tempérer une telle systématisation puisque la faute simple a récemment été reconnue comme suffisante pour engager la responsabilité de l'État dans le cadre de la conduite d'opération de police administrative³¹. Force est donc de constater que les décisions du tribunal administratif de Paris, de la Cour administrative d'appel de Marseille et du Conseil d'État ravivent le débat en reconnaissant l'exigence d'une faute lourde en matière de renseignement.

16. Transition. À l'aune de ces considérations, il semblerait possible d'affirmer qu'est ici consacrée l'émergence d'un régime de responsabilité administrative pour faute en matière de renseignement dont l'activation repose sur un double mécanisme : d'une part la caractérisation d'une faute lourde et, d'autre part, le recours à la théorie de la causalité adéquate. Néanmoins, cette modélisation par le juge, aussi intéressante soit-elle sur le plan doctrinal, paraît se heurter à des considérations plus pragmatiques.

II. La conceptualisation d'un régime de responsabilité de l'État en matière de renseignement : une entreprise inadaptée

17. Annonce. Si la rédaction des décisions peut paraître tant péremptoire que lacuneuse – exception faite du jugement du tribunal administratif de Paris –, c'est, semble-t-il, parce que le juge rencontre des difficultés à appréhender l'action des services de renseignement (A). Mais plus que la substance même de la dialectique des juges, c'est la revendication d'activation du régime de la responsabilité administrative qui paraît manquer de cohérence³² (B).

A. La nature insaisissable de l'action des services de renseignement

18. Une appréhension délicate du renseignement. Il faut bien admettre que le renseignement n'est pas une matière qui se laisse approcher aisément³³. D'ailleurs, les

³⁰ Conseil d'État, 20 octobre 1972, *Marabout contre Ville de Paris*.

³¹ En matière de police de surveillance du territoire (CE, 9 décembre 2015, *Ali-Mehenni*) et en matière de perquisition administrative dans le cadre de l'état d'urgence (CE, avis contentieux, 6 juillet 2016, *Napol*).

³² Il faut à cet égard saluer les conclusions de Laurence MARION (rapporteur public) dans le cadre de l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, laquelle met en garde les juges du Conseil d'État sur les conséquences qu'engendrerait l'activation de la responsabilité de l'État en l'espèce (Laurence MARION, « Victimes militaires de Mohamed Merah : quelle responsabilité de l'État ? », *AJDA*, 2018, p. 1915).

³³ S'il est difficile de saisir le concept d'activité de renseignement, notamment sur le plan juridique, et de le circonscrire tant il

juges ne se prêtent pas à un exercice de circonscription de la notion « *d'activité des services de renseignement* » ni même de ce que recouvre l'expression « *service de renseignement* »³⁴, ce qui n'est pas sans affaiblir leur dialectique. En effet, en matière d'engagement de la responsabilité de l'État, le juge doit apprécier, *in abstracto*, non seulement si l'administration a manqué à une obligation préexistante, mais également si le comportement de l'administration correspond au comportement normal d'un bon service au regard des circonstances. À la lecture des décisions, la première exigence d'analyse paraît insatisfaisante. Le juge se garde de définir l'obligation qui pèse sur les services de renseignement, cette lacune reposant sur une circonscription incomplète de leur mission. D'une identification de leur mission découle l'identification de leur obligation. Pourtant, les juges se contentent de formules très générales : « *mission de prévention des actions terroristes et des individus radicaux* »³⁵, « *de nouvelles formes d'attentat terroriste* »³⁶. Faut-il en déduire que le régime de responsabilité en cours d'élaboration ne vaut que pour la prévention du terrorisme alors même que les activités des services de renseignement recouvrent un spectre d'activités plus large³⁷ ?

Quant à la deuxième exigence, elle semble difficilement atteignable en matière de renseignement, l'activité des services se complexifiant avec la technicisation du domaine et la densification des services, et le monde du

recoupe des dimensions diverses, il n'en demeure pas moins qu'il peut s'appréhender au regard des « *moyens spéciaux* » qui sont mis en œuvre pour satisfaire son effectivité.

³⁴ Le Code de la sécurité intérieure permet pourtant de délimiter ce qu'il faut entendre par service de renseignement en opérant une distinction entre les *services spécialisés de renseignement* (article L. 811-1) et les *services autres que les services spécialisés de renseignement* (L. 811-4). Les décrets pris en application de ces deux articles font entrer dans la première catégorie les services suivants : DGSE, DRM, DRSD, DGSI, TRACFIN, DNRED. Les autres services sont constitués par un archipel d'entités concourant au renseignement comme le SCRT, la DRPP, la SDAO, le BRCP, etc.

³⁵ Cour administrative d'appel de Marseille, 4 avril 2017, N° 16MA03663, considérant 2.

³⁶ Tribunal administratif de Paris, 18 juillet 2018, N°1621238/3-1, considérant 8.

³⁷ L'article L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure énumère sept déclinaisons de la mission générale de défense et de promotion des intérêts fondamentaux de la nation dévolue aux services de renseignement : l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ; les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ; les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ; la prévention du terrorisme ; la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous, des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ; la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ; la prévention de la prolifération des armes de destruction massive.

renseignement demeurant couvert par un voile – légitime – de secret.

19. L’omniprésence du secret. D’ailleurs, le secret qui irrigue l’appareil de renseignement est un véritable obstacle pour le juge, ce dernier étant tributaire des informations que veulent bien verser au dossier les services de renseignement. Dans le cadre de l’affaire de l’attentat du 15 mars 2012, bien que l’administration ait accepté la communication des rapports de surveillance, elle a en revanche refusé celle de certains éléments cruciaux concernant les modes opératoires ayant trait à l’identification des individus menaçants. Sur ce point, le juge a longtemps fait prévaloir l’exigence du secret en demeurant passif devant le refus de communication de pièces par les services de renseignement³⁸. S’il a dernièrement infléchi sa position³⁹, il est inimaginable, pour des raisons de sécurité, que des informations couvertes par le secret de la défense nationale abondent les dossiers d’instruction, quand bien même elles seraient de nature à aider le juge dans sa prise de décision. De ce fait, l’appréciation par les juges de la responsabilité de la puissance publique du fait des activités des services de renseignement s’en trouve particulièrement scabreuse⁴⁰.

20. Le caractère fluctuant du lien de causalité. Qui plus est, les solutions retenues par le juge ne sauraient être satisfaisantes au regard de la plasticité du lien de causalité. Dans l’affaire de l’attentat du 15 mars 2012, il est en effet établi par les juges du tribunal administratif de Nîmes que l’abandon des mesures de surveillance a facilité le passage à l’acte. Il faut néanmoins nuancer une telle affirmation en ce que, d’une part, M. M. a commis d’autres crimes quatre jours avant et n’a pu être neutralisé par la police judiciaire⁴¹, et, d’autre part, aucune certitude n’existe sur le

³⁸ V. Mathieu CONAN, « Les activités de renseignement devant les juridictions administratives », in Bertrand WARUSFEL (dir.), *Le renseignement français contemporain : Aspects politiques et juridiques*, L’Harmattan, 1er octobre 2003, pp. 131-142.

³⁹ Cour administrative d’appel de Paris, 9e Chambre, 15PA02192, 9 juillet 2015 : « en retenant que les singularités liées aux services de renseignement « ne peuvent faire obstacle à la communication au juge des informations utiles à la solution du litige lorsque cette communication est la seule voie lui permettant d’assurer l’effectivité du contrôle juridictionnel ».

⁴⁰ Laurence MARION estime d’ailleurs qu’au regard de cette difficulté, il paraît plus réaliste que le juge s’en tienne à la faute lourde : « la classification secret défense des procédures rend particulièrement malaisé le contrôle du juge qui, faute d’éclairage sur les protocoles en vigueur pour la prise en charge d’individus radicalisés tels que Mohamed Merah, qu’il paraît difficile de soumettre au contradictoire, risque de se trouver fort désemparé lorsqu’il lui faudra jauger du caractère fautif d’une défaillance » (Laurence MARION, « Victimes militaires de Mohamed Merah : quelle responsabilité de l’État ? », *AJDA*, 2018, p. 1915).

⁴¹ Michael REVERT, « La responsabilité de l’État n’est pas engagée dans l’affaire Merah », *AJDA*, 2017, p. 1240 : « ces éléments perturbateurs de causalité ».

fait que la poursuite des mesures de surveillance aurait effectivement permis d’empêcher les attentats. D’ailleurs, une telle dialectique a été reprise par le tribunal administratif de Paris puisque les juges, en application de la théorie de la causalité adéquate, ont conclu que le fait que l’un des auteurs des attentats du 13 novembre 2015 ait pu rejoindre la Syrie « ne permet pas d’établir, à [lui] seul, un lien direct entre une éventuelle faute de l’Etat dans la surveillance de cet individu et la survenance des attentats »⁴². Pourtant, selon le rapporteur public Fougères dans l’affaire de l’attentat du 15 mars 2012, « l’abstention des services de renseignement a donc nécessairement privé les victimes d’une chance d’échapper à leur funeste sort »⁴³.

21. De l’incertitude à la perte de chance. À ce titre, il semblerait que d’aucuns ne puissent prétendre avec certitude que de telles attaques à caractère terroriste auraient pu être empêchées si des mesures de surveillance adéquates avaient été mises en œuvre. Cependant, dans la mesure où l’engagement de la responsabilité de l’administration est recherché en vue d’une indemnisation, c’est la perte de chance qui est mesurée. Un tel raisonnement inquiète : comment mesurer l’ampleur de la perte de chance lorsque l’imprévisibilité des événements atteint son paroxysme⁴⁴ ?

B. Le caractère évanescant de la dimension téléologique de l’engagement de la responsabilité de l’État en matière de renseignement

22. Une dimension réparatrice et morale redondante. Dans ce type d’affaires, il semblerait que la saisine des juridictions administratives ait vocation à apparaître redondante⁴⁵. En effet, en partant du principe que le régime de responsabilité en cours d’élaboration vaut pour

⁴² Tribunal administratif de Paris, 18 juillet 2018, N°1621238/3-1, considérant 4.

⁴³ Aurore FOUGÈRES, « Faute commise par les services de renseignement : quel régime de responsabilité ? », *AJDA*, 2016, p. 1823.

⁴⁴ À ce titre, Laurence MARION (rapporteur public) considère que le tribunal administratif de Nîmes a évalué « assez curieusement » le montant du préjudice subi (Laurence MARION, « Victimes militaires de Mohamed Merah : quelle responsabilité de l’État ? », *AJDA*, 2018, p. 1915).

⁴⁵ En l’occurrence, les demandeurs avaient déjà obtenu une indemnisation via l’intervention du Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d’autres infractions (FGTI) ainsi que, pour l’affaire de l’attentat du 15 mars 2012, des protocoles transactionnels conclus avec l’État. D’ailleurs, si l’indemnisation par le FGTI n’exclut pas une indemnisation devant le juge de droit commun, il n’en demeure pas moins que les protocoles transactionnels incluent une clause de renonciation à toute autre action y compris en matière de responsabilité pour faute, ce qui aurait dû conduire le juge à déclarer la requête des demandeurs de l’affaire M.M. non recevable.

l'incapacité des services de renseignement à prévenir des attentats terroristes et que les personnes ayant un intérêt à agir sont les victimes ou ayant droit, il faut souligner l'existence d'un autre mécanisme de réparation. Le préjudice étant exceptionnel par nature, il peut être réparé non via l'engagement de la responsabilité de l'administration, mais via une procédure spécifique faisant intervenir le Fonds de garantie des victimes d'acte de terrorisme. Basé sur une socialisation des risques, ce mécanisme a donc vocation à se substituer au régime classique de la responsabilité administrative, sans faute ou pour faute⁴⁶. Finalement, la dimension tant réparatrice que morale de l'engagement de la responsabilité de l'État ici recherchée pourrait apparaître superflue.

23. Une dimension sanctionnatrice ineffective. Qui plus est, la dimension sanctionnatrice d'un tel mécanisme semble peu efficace dans la mesure où les défaillances et les imperfections des services de renseignement ont été admises⁴⁷. Cette reconnaissance a d'ailleurs conduit à une véritable restructuration du renseignement intérieur à partir de 2014⁴⁸ et à l'augmentation des moyens tant financiers qu'humains à destination de l'appareil de renseignement. Au contraire même, au lieu de sanctionner, elle paraît délégitimer.

24. Une décrédibilisation des services de renseignement. Reconnaître que la responsabilité de l'État puisse être engagée du fait des activités de renseignement soulève la question de l'exposition de ces derniers sur la sphère publique. Outre le fait qu'il semble préjudiciable,

⁴⁶ Sur le caractère inopérant d'un régime de responsabilité sans faute dans le cadre de l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, v. Laurence MARION, « Victimes militaires de Mohamed Merah : quelle responsabilité de l'État ? », *AJDA*, 2018, p. 1915.

⁴⁷ V. notamment le rapport n° 1056 (Assemblée nationale) fait par Président Christophe CAVARD (Président) et Jean-Jacques URVOAS (Rapporteur) au nom de la Commission d'enquête sur le fonctionnement des services de renseignement français dans le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés, mai 2013, 165 p. V. encore le rapport n° 3922 (Assemblée nationale) fait par Georges FENECH (Président) et Sébastien PIETRASANTA (Rapporteur) au nom de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, juillet 2016, 434 p.

⁴⁸ À ce titre, en 2008, la DST et la DCRG avaient fusionné au sein de la DCRI, conduisant à une absorption d'une partie des effectifs et des missions des anciens RG au sein de cette nouvelle direction centrale et à la création de la SDIG en charge du renseignement territorial. Néanmoins, l'affaire de l'attentat du 15 mars 2012, en révélant des dysfonctionnements du renseignement intérieur, est à l'origine d'un mouvement de remise en cause de cette organisation. Ainsi, en 2014, la transformation de la DCRI en DGSI et la dissolution de la SDIG au profit de la création du SCRT permettent de corriger l'architecture façonnée par la première réforme en supprimant la dichotomie renseignement fermé (DCRI) / renseignement en milieu ouvert (SDIG) et en consolidant le renseignement territorial en le dotant de plus de moyens et d'effectifs.

pour des questions de sûreté de l'État, d'exposer leurs actions devant les juridictions administratives, il paraît également inopportun, pour leur crédibilité, de révéler leurs défaillances, alors même que la dynamique actuelle est celle de la légitimation de leur action. D'autant plus que les services de renseignement sont pénétrés depuis la fin des années 2000 par un certain impératif d'efficacité⁴⁹. Il s'agit donc de rejeter expressément l'affirmation du rapporteur public Fougères selon laquelle « *appliquer un régime de faute simple à l'action des services de renseignement contribuerait à reconnaître pleinement leur importance, pas seulement pour l'État en tant qu'entité souveraine et politique, mais également pour les citoyens, soucieux de se sentir réellement protégés de la menace terroriste* »⁵⁰. Au contraire même, puisqu'en reconnaissant que le préjudice subi a directement été causé par l'État, les services de renseignement sont ainsi placés dans une situation tout aussi pernicieuse que marquée par une distorsion de la réalité.

25. Une dilution des responsabilités. À ce titre, si la position de la cour d'appel de Marseille telle que reprise par le Conseil d'État et le tribunal administratif de Paris semble plus mesurée que celle du tribunal administratif de Nîmes en ce qu'elle exige une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en matière de renseignement, il n'en demeure pas moins que la construction d'un tel régime est porteuse de deux travers. D'une part, l'engagement de la responsabilité de l'État ne saurait être examiné uniquement dans le prisme de la responsabilité administrative. L'appareil de renseignement occupe en effet une position singulière au sein de la structure étatique puisqu'à la charnière entre le politique et l'administratif. Faire peser le poids des défaillances sur les structures administratives conduit manifestement à obérer les chances de voir la responsabilité politique reconnue⁵¹. D'autre part,

⁴⁹ Il faut à cet égard retenir les éléments de langage récurrents en la matière dans le domaine du renseignement : « *l'efficacité des services de renseignement est une exigence absolue* » (Intervention de Michèle ALLIOT-MARIE, lors de son déplacement le 13 septembre 2007 à Levallois-Perret et visant à présenter les lignes directrices de la réforme du renseignement intérieur et notamment de la fusion des RG et de la DST en une direction unique, la DCRI) ; « *réformer les services de renseignement : efficacité et impératifs démocratiques* » (titre de l'ouvrage de 2011 de Jean-Jacques URVOAS et Florian VADILLO) ; élaboration d'un nouveau cadre juridique afin « *d'assurer une bonne efficacité au nouveau système* » (Bertrand WARUSFEL, « Les enjeux du nouveau cadre juridique du renseignement », in Matthieu CONAN (dir.), Béatrice THOMAS-TUAL (dir.), *Annuaire 2016 du droit de la sécurité et de la défense*, Éditions Mare et Martin, 14 octobre 2016, p. 406).

⁵⁰ Aurore FOUGÈRES, « Faute commise par les services de renseignement : quel régime de responsabilité ? », *AJDA*, 2016, p. 1823.

⁵¹ Outre l'orientation et le pilotage des services, les rapports spécifiques entre le pouvoir politique et ces entités administratives trouvent à s'exprimer dans les restructurations récurrentes dont

une telle affirmation paraît substituer, au moins en partie, la responsabilité des services de renseignement à celle du terroriste⁵². Une telle posture est pourtant éthiquement indéfendable.

26. Conclusion. Force est donc de constater que la tentative d'élaboration d'un régime de responsabilité de l'État en matière de renseignement apparaît peu satisfaisante à de nombreux égards. Si les juges auront sans doute à nouveau l'occasion de se prononcer sur la question dans le cadre de l'affaire des attentats du 13 novembre 2015, il est également fort probable que les juridictions administratives aient prochainement à connaître d'affaires similaires, la multiplication du contentieux en la matière ne pouvant être écartée⁵³. Il s'agira donc de préciser l'application d'un régime juridique ordinaire à une activité qui ne l'est manifestement pas – à moins que l'entreprise en cours ait moins pour objet de consacrer l'existence d'un régime de responsabilité de l'État en matière de renseignement que d'alimenter celui de la responsabilité de l'État en matière de terrorisme⁵⁴. Finalement, au regard du

caractère singulier de l'action des services de renseignement, celle-ci ne saurait être appréhendée comme une activité classique de police administrative. La nature immensément complexe de leur mission, la fortuité des événements qu'ils sont supposés prévenir, l'évolution permanente de leur environnement de travail devraient faire l'objet d'une attention particulière du juge. Or, reconnaître qu'une faute des services de renseignement dans l'exercice des missions qui leur incombent puisse engager la responsabilité de l'État revient à nier ces singularités. Sauf à estimer que pèse sur eux une obligation de résultat.

elles ont fait l'objet depuis 2008. Ces réformes ont d'ailleurs parfois déstabilisé l'appareil de renseignement et ont parfois été considérées comme vecteur de dysfonctionnement. Il en va ainsi de la suppression des renseignements généraux en 2008 et de l'affaiblissement du maillage territorial engendré.

⁵² Il faut ici noter qu'à la lecture de la décision du tribunal administratif de Paris, il semblerait que les demandeurs soutiennent que « *les services de renseignement français ont concouru à la survenance des attentats* ». Une telle formulation ne peut être que rejetée. Sauf à estimer que les services de renseignement sont posés en qualité de complices des commanditaires de ces attentats.

⁵³ Aux grès des différentes attaques à caractère terroriste ayant émaillé l'actualité récente, certains dysfonctionnements des services ont été soulevés : la probable absence de transmission à la DGSI d'une note de la DRPP alertant sur le possible passage à l'acte de l'un des responsables de l'attaque contre l'église de Saint-Étienne-du-Rouvray le 26 juillet 2016 ; la convocation de R. L., par la DGSI, possible élément déclencheur des attaques du 23 mars 2018 à Carcassonne et à Trèbes ; l'efficacité mesurée des instruments de suivi à disposition des services de renseignement au regard du passage à l'action de K. A., le samedi 12 mai à Paris, alors même qu'il faisait l'objet d'une « Fiche S » et qu'il était inscrit au Fichier des signalements pour la prévention et la radicalisation à caractère terroriste. Plus encore, un rapport parlementaire de 2016 révèle que les auteurs de l'attentat de Charli Hebdo faisaient l'objet d'une surveillance par les services de renseignement avant que celle-ci ne soit levée à la fin de l'année 2014 (V. Rapport n° 3922 de l'Assemblée nationale, fait par Georges FENECH (Président) et Sébastien PIETRASANTA (Rapporteur) au nom de la commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, juillet 2016, p. 145 et s.).

⁵⁴ Il semblerait que les décisions du tribunal administratif de Paris, de la Cour d'appel de Marseille et du Conseil d'État illustrent une volonté d'aligner le régime applicable en l'occurrence sur celui de la faute commise par l'État en matière de terrorisme. D'ailleurs, selon le rapporteur public Revert, « *il n'existe aucune raison suffisante pour ne pas lui appliquer la ligne jurisprudentielle dégagée par le Conseil d'État dans le domaine des attentats terroristes* » (Michael REVERT, « La responsabilité de l'État n'est

pas engagée dans l'affaire Merah », *AJDA*, 2017, p. 1240). À cet égard, le régime applicable en matière de terrorisme retient l'exigence de la faute lourde en prenant en considération les difficultés de prévenir les actes terroristes, V. CE, 29 avril 1987, *Cts Yener et cts Erez*. L'arrêt du CE du 3 mars 2003, *GIE La Réunion aérienne* fait néanmoins naître une certaine confusion en faisant passer sur le terrain de la faute simple les opérations de surveillance des installations aéroportuaires.

Zones de turbulences dans l'arbitrage CCI en droit français ou les risques de la notification des sentences par la Cour

(Règles d'arbitrage de la CCI dans leur version 1^{er} janvier 2012)



Nicolas FLACHET

Avocat au barreau de Paris

En 2011, une réforme du droit français a modifié plusieurs aspects de l'arbitrage international et des voies de recours possibles en droit interne pour annuler des sentences.

Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2011 (décret n°2011-48 du 13 janvier 2013).

Cette réforme suit les réformes précédentes des 14 mai 1980 et 12 mai 1981, qui avaient rénové la matière avec des dispositions favorables mais qui a finalement laissé subsister quelques difficultés pratiques.

Ce sont ces difficultés que les textes de 2013 ont tenté de résoudre.

Le législateur a, par cette réforme, choisi de classer les dispositions du nouveau décret qui intéressent l'arbitrage interne et international dans un même Livre IV intitulé « *L'arbitrage* » dans le Code de procédure civile (CPC) qui est consacré entièrement à l'arbitrage, (art. 1442 à 1527 du CPC).

Dans le cadre de ces dispositions, une intéressante affaire Société AM (Miami) contre Société VA (Dubai) a donné lieu à deux Ordonnances du Conseiller de la mise en état et

à un Arrêt de la Cour d'Appel de Paris respectivement des 19 mars 2015, 7 mai 2015 et du 10 janvier 2017.

La question de droit concerne la recevabilité du recours en annulation d'une décision d'une sentence arbitrale internationale à la lumière des dispositions découlant de la réforme de 2011.

- Pour rappel, le seul recours admissible en matière d'arbitrage international, selon les articles 1518 et 1519 du CPC, est le recours en annulation devant la Cour d'Appel étatique dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

Le législateur français, dans la réforme de 2011, reprend le principe général du recours unique en annulation d'une sentence arbitrale de l'article 34 de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international.

Ce principe est énoncé à l'article 1518 du CPC de la manière suivante et lapidaire : « *La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ».

Il est applicable aux sentences arbitrales rendues à l'étranger.

En outre l'article 1526 du CPC, figurant à la Section 3 dénommée « *Dispositions communes aux sentences rendues en France et à l'étranger* », dispose que: « *Le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs.* »

- L'article 1520 du CPC institue un recours en annulation adapté en énumérant limitativement les cinq griefs sur lesquels on peut se fonder afin d'exercer ce recours. « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*
1° *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou*
2° *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou*
3° *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou*
4° *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou*
5° *La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ».

Le législateur français a donc clairement choisi de conforter le principe général de recours unique et a limité les ses cas d'ouverture.

- Cette voie de recours n'est ouverte que pendant une durée d'un mois à compter de la notification de la sentence (article 1519 du CPC): « *Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence* ».

Ainsi, le Demandeur à l'annulation doit tenir compte du respect de ce délai pour ne pas se voir opposer la forclusion de son action.

Les faits à l'origine des décisions de la Cour d'appel de Paris et la procédure

Ils résultent d'une relation commerciale entre deux sociétés, l'une est américaine (Société VA) et l'autre est émiratie (Société AM).

La première est spécialisée dans la vente et la réparation d'équipements d'avions.

En février 2011, elle a signé un contrat de vente de trois turboréacteurs à la société émiratie.

Le 15 février 2011, les trois moteurs ont été livrés à Miami et réceptionnés par la société émiratie à Abu Dhabi le 16 février 2011.

A la suite d'un litige commercial entre les deux Parties, la Société AM a introduit, le 31 janvier 2012, une procédure d'arbitrage internationale stipulée au contrat de vente devant la Chambre de Commerce Internationale (CCI) (Règles d'arbitrage de la CCI dans leur version 1^{er} janvier 2012).

Le 23 août 2012, la CCI a désigné un arbitre unique de nationalité suisse et un siège à Paris.

Les Parties ont respectivement communiqué leurs mémoires, échangé leurs pièces et assisté à l'audience des 21 et 22 mai 2013.

Compte tenu des nouvelles informations et preuves dans ces mémoires, l'Arbitre a autorisé les Parties à soumettre des mémoires supplémentaires pour recueillir leurs observations.

Le délibéré arbitral était initialement prévu le 26 avril 2013 mais la Cour a prorogé le délai jusqu'au 31 juillet 2013.

Puis le délai a été prorogé de nouveau à plusieurs occasions par la Cour à la demande de l'Arbitre.

Le 6 mai 2014, le Tribunal Arbitral a rendu une sentence condamnant la Société AM au paiement de la somme de 724 000 US dollars à la Société VA.

Refusant d'exécuter sa condamnation, le 24 octobre 2014, la Société AM a formé un recours en annulation contre la sentence arbitrale devant la Cour d'appel de Paris.

Le recours en annulation a donc été formé par la Partie perdante 5 mois après que la sentence arbitrale lui ait été notifiée par la Secrétariat de la CCI par coursier international du 12 mai 2014.

Par conclusions du 13 avril 2015, elle a motivé la demande d'annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1520 du CPC en faisant valoir que :

- la décision serait contraire à l'ordre public en ce qu'elle a été rendue hors délai,
- que le Tribunal arbitral aurait statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée
- et qu'il n'avait pas respecté le principe du contradictoire.

La Cour d'appel a rendu trois décisions :

- une première Ordonnance du Conseiller de la mise en état le

19 mars 2015 statuant sur l'incident de recevabilité soulevé par la Partie gagnante à l'arbitrage,

- une seconde Ordonnance du même Conseiller de la mise en état statuant sur un incident de suspension d'exécution provisoire de la sentence soulevé par la Partie perdante à l'arbitrage du 7 mai 2015,

- et un Arrêt statuant sur la demande d'annulation en date du

10 janvier 2017.

L'Ordonnance statuant sur la recevabilité du recours en annulation

L'article 1519 du CPC dispose que: « *[.]Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence. Il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la notification de la sentence. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement.* »

La notification se définit en droit français comme : « *Fait (en général assujéti à certaines formes) de porter à la connaissance d'une personne un fait, un acte ou un projet d'acte qui la concerne individuellement. Ex. fait de porter à la connaissance d'un intéressé un acte de procédure soit par voie de signification, soit par voie postale, etc. [.]* ». (Réf: *Vocabulaire juridique, presses universitaires de France, 7^{ème} édition*)

Il y a donc le délai de principe d'un mois et les aménagements contractuels autorisés.

Le Règlement CCI, dans son article 34, prévoit que : « *La sentence rendue, le Secrétariat en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la CCI par les parties ou l'une d'entre elles [.]* »

Mais en pratique cette question de notification prévue par le Règlement d'arbitrage de la CCI dans la version 1^{er} janvier 2012 pose quelques difficultés.

Le règlement d'arbitrage CCI actuellement en vigueur (dernière version mars 2017) reprend les mêmes dispositions dans son article 35.

En l'espèce, le Secrétariat de la Cour d'arbitrage a notifié la Sentence aux Parties par voie de :

- coursier international DHL à domicile élu chez le Conseil de la Société VA à Miami le 12 mai 2014.

- et par coursier Fedex à domicile élu chez le Conseil de la Société AM à Paris le 12 mai 2014.

La Société VA, se fondant sur cette notification demandait à la Cour de prononcer la forclusion de la Société AM en son recours en annulation, le délai légal d'un mois étant déjà écoulé.

En réponse, la Société AM soulignait que le principe général qui s'applique en ce qui concerne la notification était celui de la notification par signification prévue par l'article 1519 du CPC, ainsi une simple notification par courrier international, en l'occurrence DHL ne peut pas être considérée comme une notification valable.

Elle cite à cet égard l'article 651 du même Code qui dispose que : « *La notification faite par acte d'huissier est une signification* ».

Ainsi que l'article 680 qui énonce que: « *L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé ; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie* ».

La simple notification par DHL ou Fedex ne serait pas valable et la seule exception à cette règle serait dans le cas où les Parties stipulaient, de manière claire et non équivoque, d'appliquer d'autres modalités.

Le Conseiller de la mise en état a rejeté l'exception d'irrecevabilité de la Société VA et a constaté, dans son Ordonnance du 19 mars 2015 « *qu'une notification qui, comme en l'espèce, ne mentionne pas l'existence et les conditions d'exercices des voies de recours est impropre à faire courir les délais dans lesquels celles-ci sont enserrés [.]* ».

En jugeant ainsi, la Juridiction d'appel française a ancré l'arbitrage international dans le droit interne français et quelque peu écarté le principe de l'autonomie de l'arbitrage.

L'application de l'exception contenue dans l'article 1519 du CPC et qui ouvre la possibilité de choisir des modalités différentes de notification ne peut être mise en œuvre que par une manifestation claire et non équivoque de la volonté des Parties.

Dans l'Ordonnance, le Conseiller ajoute et précise que cette volonté ne peut pas résulter de la simple adhésion des Parties aux dispositions générales du Règlement d'arbitrage.

En d'autres termes, le simple acquiescement aux règles d'une institution d'arbitrage ne pourrait écarter l'application des garanties de l'article 1519 du CPC.

L'exception contenue par cet article est conditionnée par la présence d'une volonté expresse et non équivoque de mettre en œuvre l'exception.

Une solution consisterait donc à conserver la notification par courrier international (Fedex, DHL, Aramex etc ...) avec une lettre officielle comportant les mentions obligatoires énoncées par l'article 680 du CPC français.

En ce qui concerne la demande d'annulation elle-même, le recours n'est recevable que s'il se fonde sur l'un des griefs limitativement énumérés à l'article 1520 du même Code.

Afin de justifier son recours en annulation de la décision de la sentence arbitrale, la Société AM, Appelante, se prévaut de violations de l'article 1520 du CPC.

En outre, la Société AM invoque une contrariété à l'ordre public international qui résulterait du fait que le Tribunal arbitral aurait de manière discrétionnaire prorogé les délais de procédure et qu'un tel procédé contreviendrait à l'article 30 du règlement CCI qui dispose que le Tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois.

Mais, la Cour d'appel de Paris a estimé, dans son arrêt du 10 janvier 2017, que ce moyen ne pouvait qu'être écarté en confirmant que : *« il appartenait à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, dans le cadre de ses fonctions institutionnelles d'organisation et de surveillance de la procédure de prolonger pour le compte des parties le délai dans lequel la sentence devait être rendue »*.

Ainsi, il y a confirmation de la part du juge français du rôle du Tribunal arbitral dans l'organisation et la surveillance de la procédure.

L'autre moyen qu'invoque l'Appelante, au regard de l'article 1520 du CPC, est la violation du principe du contradictoire. Elle faisait valoir que le Tribunal arbitral avait rejeté d'office certaines demandes, sans avoir invité le Requérent à motiver ou détailler ces demandes ce qui représenterait une méconnaissance du principe du contradictoire.

La Cour d'appel de Paris a confirmé, de manière classique, la souveraineté du Tribunal arbitral dans la conduite de la procédure.

Les avions de DHL et de Fedex sont sauvés !

مناطق الاضطرابات في التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية (ICC) في القانون الفرنسي او مخاطر اخطار الاحكام عن طريق المحكمة.

(قواعد غرفة التجارة الدولية للتحكيم في نسختهم المعمول بها في الاول من يناير ٢٠٠٢).

نيكولا فلاشيه

محام بنقابة المحامين بباريس



في عام ٢٠١١، عدل اصلاح للقانون الفرنسي عدة جوانب للتحكيم الدولي وطرق طلب إلغاءقرارات التحكيم في القانون الداخلي. وقد دخلت فعليا حيز التنفيذ في مايو ٢٠١١ (قرار ٤٨-٢٠١١ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١٣). هذا الإصلاح يلي إصلاحات سابقة تامة في ١٤ مايو ١٩٨٠ و ١٢ مايو ١٩٨١ التي حدثت المادة بأحكام ملاءمة للتحكيم و لكن تركت بعض المصاعب العملية قائمة، هذه المصاعب هي التي حاولت نصوص ٢٠١٣ حلها. المشرع بواسطة هذا الإصلاح، اختار تصنيف أحكام القرار المتعلقة بالتحكيم الداخلي الدولي في ذات الكتاب الرابع المعنون "التحكيم" في قانون الاجراءات المدنية (CPC) المخصص كليا للتحكيم (مادة ١٤٤٢ حتي مادة ١٥٢٦). في إطار هذه الأحكام، اثار ت قضية لمؤسسة AM (ميامي) ضد مؤسسة VA (ديي) الاهتمام حيث تم فيها اتخاذ قرارين تمهيديين من قاضي الاجراءات التمهيدية وصدر حكم من محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩ مارس ٢٠١٥ و ٧ مايو ٢٠١٥ و ١٠ يناير ٢٠١٧.

يتعلق السؤال القانوني بقبول طلب إلغاء قرار التحكيم الدولي صادر من غرفة التجارة الدولية (ICC) في ضوء الأحكام الصادرة من إصلاح ٢٠١١. وجدير بالذكر، ان الإمكانية الوحيدة المقبولة قانونا في التحكيم الدولي، حسب المواد ١٥١٨ و ١٥١٩، هي طلب الالغاء أمام محكمة الاستئناف التي صدر القرار في دائرتها. اخذ المشرع الفرنسي، في اصلاح ٢٠١١ بمبدأ طلب الإلغاء كطريقة وحيدة للطعن في قرار التحكيم المنصوص عليه في المادة ٣٤ لقانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي التجاري. تنص مادة ١٥١٨ من قانون الاجراءات المدنية بالطريقة الآتية "الحكم الصادر في فرنسا في شأن التحكيم الدولي لا يمكن الطعن فيه سوي بطلب الإلغاء". يطبق هذا المبدأ على قرارات التحكيم الصادرة في الخارج. وبالإضافة إلى ذلك، المادة ١٥٢٦ من قانون الاجراءات المدنية الواردة في القسم الثالث المسماة "القواعد المشتركة الصادرة في فرنسا وفي الخارج" تنص على "طلب إلغاء قرار التحكيم واستئناف أمر إنفاذ ليس لديهما أثر موقف".

تنظم المادة ١٥٢٠ من قانون الإجراءات المدنية الخمس حالات التي يمكن من خلالها طلب الإلغاء:

"لا يسمح بطلب الإلغاء سوى في الحالات الآتية:

- ١- إعلان هيئة التحكيم بشكل خاطئ اختصاصها أو عدم اختصاصها،
- ٢- تشكيل هيئة التحكيم بطريقة غير قانونية، أو
- ٣- البت دون التزام هيئة التحكيم بالمهمة التي أسندت إليها، أو
- ٤- عدم احترام مبدأ مواجهة الخصومة، أو
- ٥- تنافي احترام أو تنفيذ الحكم مع النظام العام.

ولقد حدد المشرع طرق الإلغاء.

يقتصر طلب الإلغاء لمدة شهر من تاريخ الإخطار بقرار التحكيم (المادة ١٥١٩ من قانون الإجراءات المدنية) "ترفع دعوي طلب الإلغاء أمام محكمة الاستئناف التي أصدرت في دائرتها قرار التحكيم. يقبل هذا الطلب فور صدور قرار التحكيم. ولا يعد كذلك إذا لم يتم طلب الإلغاء خلال شهر الاخطار". ومن ثم، يجب علي طالب الإلغاء احترام هذه المدة حتى لا يسقط حقه.

الإجراءات والوقائع المتسببة في أحكام محكمة استئناف باريس:

تنتج هذه الأحكام عن علاقة تجارية بين شركتين، واحدة أمريكية والأخرى إماراتية.

الأولي متخصصة في بيع واصلاح معدات الطائرات والأخرى تدير طائرات كبيرة الحجم.

في فبراير ٢٠١١، قامت الشركة الأمريكية ببيع ثلاثة محركات نفاثة توربينية للشركة الإماراتية.

في ١٥ فبراير ٢٠١١ تم إيصال الثلاثة محركات واستلمتهم الشركة الإماراتية في أبو ظبي يوم ١٦ فبراير ٢٠١١.

عقب نزاع تجاري بين الطرفين، لجأت الشركة الإماراتية لإجراءات التحكيم الدولي المنصوص عليها في عقد البيع امام غرفة التجارة الدولية في ٣١ يناير ٢٠١٢.

في ٢٣ أغسطس ٢٠١٢، قامت الغرفة التجارية الدولية باختيار محكم واحد سويسري الجنسية وباريس مقرراً للتحكيم.

قامت الاطراف بتقديم المذكرات وتبادل المستندات وقامت بحضور جلسيتين في ٢١ و٢٢ مايو ٢٠١٣.

استناداً للمعلومات الجديدة والأدلة في هذه المذكرات، سمح المحكم للأطراف بتقديم مذكرات إضافية.

تم تحديد المداولة ليوم ٢٦ ابريل ٢٠١٣ ولكن المحكمة مدت المهلة حتى يوم ٣١ يوليو ٢٠١٣.

وقامت المحكمة بمد المدة عدة مرات اخري بناءً على طلب المحكم.

في ٦ مايو ٢٠١٤، أصدرت هيئة التحكيم قرار تحكيم يلزم الطرف الاماراتي بدفع مبلغ قدره ٧٢٤٠٠٠ دولار أمريكي للطرف الاخر.

رافضة تنفيذ الحكم الصادر ضدها، قامت الشركة الإماراتية في ٢٤ أكتوبر ٢٠١٤ برفع دعوي الغاء قرار التحكيم امام محكمة استئناف باريس.

اذن هذه الدعوي تم رفعها بعد ٥ شهور من تاريخ إعلامها بقرار التحكيم من قبل غرفة التجارة الدولية عن طريق بريد دولي في ١٢ مايو ٢٠١٤.

في تعليقاتها الختامية في ١٣ ابريل ٢٠١٥، قامت الشركة الاماراتية بإسناد طلبها بإلغاء قرار التحكيم الصادر ضدها إلى المادة ١٥٢٠ من قانون الاجراءات المدنية مدعيةً:

- أن القرار الصادر يخالف النظام العام لأنه تم إصداره بعد انقضاء المدة القانونية المحددة،

- وأن هيئة التحكيم بنتت في المسألة دون ان تلتزم بالمهمة التي أسندت إليها،

- وأن الهيئة لم تحترم مبدأ مواجهة الخصومة.

قامت محكمة الاستئناف بإصدار ثلاثة احكام:

- أمر صادر من قاضي الإجراءات التمهيدية في ١٩ مارس ٢٠١٥ بالفصل في الدعوي العارضة المتعلقة بقبول الدعوي والمرفوعة من الشركة الامريكية،

- أمر ثاني صادر من ذات القاضي في ٧ مايو ٢٠١٥ بالفصل في الدعوي العارضة المتعلقة بوقف تنفيذ مؤقت لقرار التحكيم والمرفوعة من الشركة الاماراتية،

- واخيراً حكم بالفصل في طلب إلغاء القرار بتاريخ ١٠ يناير ٢٠١٧.

الأمر القاضي بقبول الدعوي بالإبطال:

وتنص المادة ١٥١٩ من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "[...] يقبل طلب الإلغاء فور صدور قرار التحكيم. ولا يعد كذلك إذا لم يتم طلب الإلغاء خلال شهر الاخطار. يتم الاخطار عن طريق الابلاغ ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

يعرف الاخطار في القانون الفرنسي على النحو التالي: "فعل إعلام شخص ما بواقعة أو فعل أو مشروع قانون يخصه بشكل شخصي. على سبيل المثال، إعلام الشخص المختص بإجراء سواء بالابلاغ أو بالبريد، وما إلى ذلك. [...] (المراجع: *Vocabulaire juridique, presses universitaires de France, 7^{ème} édition*)

ولذلك، هناك فترة مبدئية مدتها شهر واحد ويمكن تعديلها بالتعاقد.

وتنص قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) في مادتها ٣٤، على ما يلي: "عند صدور قرار التحكيم يتعين على الأمانة، إخطار الأطراف بالنص الموقع منهينة التحكيم، بعد تسوية الأطراف او واحد منهم تكاليف التحكيم بالكامل لغرفة التجارة الدولية (ICC)".

ولكن في التطبيق العملي هذا السؤال المتعلق بالإخطار المنصوص عليه في قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) في نسخة ١ يناير ٢٠١٢ يطرح بعض الصعوبات.

قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) المعمول بها حالياً (أحدث إصدار مارس ٢٠١٧) تتضمن نفس الأحكام في مادتها ٣٥.

وفي هذه القضية، أخطرت أمانة هيئة التحكيم بالحكم للأطراف عن طريق:

-البريد الدولي DHL بمقر شركة VA المختار بميامي يوم ١٢ مايو لسنة ٢٠١٤.

-وعن طريق بريد Fedex بمقر شركة AM المختار بباريس يوم ١٢ مايو لسنة ٢٠١٤.

وقد طلبت شركة VA، بناء على هذا الإخطار، من المحكمة أن تعلن سقوط حق شركة AM في طلب الإلغاء، لانقضاء الموعد القانوني المحدد وهو شهر. وردا على ذلك، أشارت شركة AM إلى أن المبدأ العام الذي ينطبق فيما يتعلق بالإخطار هو أن الإخطار يكون عن طريق الإبلاغ بموجب المادة ١٥١٩ من قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي الإخطار عن طريق البريد الدولي، في هذه الحالة لا يمكن اعتبار ذلك إخطاراً صالحاً.

ويستشهد في ذلك بالمادة ٦٥١ من نفس القانون التي تنص على أن "الإخطار الذي يقدمه المحضر هو إبلاغ".

وكذلك المادة ٦٨٠ التي تنص على ما يلي: "يجب أن يبين إخطار الحكم إلى أحد الطرفين، المهلة المحددة للمعارضة أو الاستئناف أو الطعن بالنقض في حالة ما إذا كان الطعن مسموحاً، بالإضافة إلى طرق اللجوء لهذا الطعن؛ مشيراً من ناحية أخرى إلى أن طالب الطعن المسيء استخدامه يعاقب بدفع غرامة مدنية أو تعويض للطرف الآخر".

ولا يعد الإخطار من قبل DHL وFedex صالحاً، إلا إذا نص الطرفان، بطريقة واضحة، على تطبيق طريقة أخرى.

رفض القاضي التمهيدي اعتراض شركة VA بعدم القبول؛ وقد أشار في حكمه بتاريخ ١٩ مارس ٢٠١٥: "إن الإخطار، كما في هذه القضية، إذا لم يكن يذكر شروط ممارسة طرق الطعن فهو غير قابل لسريان المدة".

و بصدد الحكم على هذا النحو، فإن محكمة الاستئناف الفرنسية رسخت مبدأ التحكيم الدولي في القانون الفرنسي و بذلك فقد ابعدت مبدأ استقلال التحكيم. وقد يأسف الدوليون لذلك.

تطبيق الاستثناء الذي تنص عليه مادة ١٥١٩ من قانون الإجراءات المدنية و الذي يتيح إمكانية اختيار طرق إخطار مختلفة لا يمكن تطبيقه إلا في حالة إظهار اتفاق و رغبة الأطراف.

في ذات القرار، أضاف وأوضح القاضي أن هذه الرغبة لا يمكنها أن تنتج فقط من موافقة الأطراف على الأحكام العامة لنظام التحكيم.

أي بمعنى أن الموافقة على أحكام مركز التحكيم لا يمكنها أن تنفي تطبيق الضمانات المنصوص عليها بالمادة ١٥١٩ من قانون الإجراءات المدنية.

وهذا ما افاده الحكم السابق.

إن الاستثناء المنصوص عليه في هذه المادة مرتبط بشرط وجود رغبة صريحة و واضحة في تطبيق هذا الاستثناء أما الرغبة المشكوك فيها لا تكفي.

ومن الحلول يمكن أن تكون إذا الإخطار من خلال البريد الدولي (Fedex...) (DHL, Aramex) برسالة رسمية تحتوي على التطبيقات الأساسية المنصوص عليها بالمادة ٦٨٠ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية.

القرار المختص بتعليق التنفيذ الاحتياطي للحكم:

وفد للقاضي التمهيدي طلب تعليق تنفيذ حكم تحكيم من شركة AM.

كانت قد أوضحت الشركة أن الحجز على واحد من أكبر ثلاث حملاتها يضعها في صعوبة كبيرة كما أن شركة VA لا تقدم الضمانات الكافية في حالة إعادة دفع المبالغ المدفوعة مسبقاً.

تم رفض الطلب لعيب إثبات الصعوبات المالية من جهة الطالب ومن ناحية أخرى لغياب خطر الاسترداد على أرض الولايات المتحدة الأمريكية.

وسيسعد الدوليون بهذا القرار الذي يستبعد أي كفالة قضائية (*judicatum solvi*).

الحكم المختص بطلب الإلغاء:

فيما يخص طلب الإلغاء ذاته، لا يقبل الطلب إلا إذا قام على إحدى الأحكام المحددة بالمادة ١٥٢٠ من ذات القانون.

لتوضيح هذا الطلب بإلغاء قرار التحكيم، الشركة AM، الطالبة، استخدمت انتهاكات الأحكام المنصوص عليها بالمادة ١٥٢٠ من قانون الإجراءات المدنية.

من ناحية أخرى، تفيد شركة AM بأن ثمة تضارب مع النظام الدولي العام نتج عن هيئة التحكيم التي مدت مهل الإجراءات، فإن هذا التصرف يتعارض مع المادة ٣٠ من قانون غرفة التجارة الدولية الذي يوضح أن هيئة التحكيم تقدم بقرار نهائي في مدة بحد أقصى ستة أشهر.

ولكن، محكمة استئناف باريس أوضحت، في حكم ١٠ يناير ٢٠١٧، أن هذا الطلب لا يمكن إلا عدم قبوله مؤكدة أنه: "ينبغي على المركز الدولي للتحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية، في محتوى اختصاصاته التنظيمية والرقابية على الإجراءات كمؤسسة أن تمد لمصلحة الأطراف الحد الأقصى المطلوب فيه إصدار الحكم".

بالإضافة إلى أن هناك تأكيد من ناحية القاضي الفرنسي على دور هيئة التحكيم في تنظيم ورقابة الإجراءات.

أما إن الدفع الثاني الذي تقدمه الطالبة، بخصوص المادة ١٥٢٠ من قانون الإجراءات المدنية، هو انتهاك مبدأ مواجهة الخصوم. حيث أن هيئة التحكيم قامت برفض بعض الطلبات، من دون دعوة الطالبة لتوضيح وشرح الطلبات مما يمثل عدم الاعتراف بمبدأ مواجهة الخصوم.

أكدت محكمة استئناف باريس، على سيادة هيئة التحكيم على سير الإجراءات.

Colloque du 2 avril 2018 - Association Henri CAPITANT

Vent de réforme en droit des obligations : regards croisés franco-égyptiens

Le groupe égyptien de l'Association Henri Capitant Des amis de la culture juridique française a organisé le 3 avril 2018, dans les locaux du Centre régional d'arbitrage commercial international (CIRCICA) du Caire, un colloque consacré aux réformes adoptées et à venir des droits des obligations français et égyptiens.

L'équipe de l'IDAI a été aimablement associée à cette réflexion croisée sur l'évolution du droit civil en France et en Egypte. Que le groupe égyptien de l'Association Henri Capitant, et en particulier Stéphane Brena qui est à l'initiative de ce bel évènement, en soient vivement remerciés.



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ

LE GROUPE ÉGYPTÉ DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE

a l'honneur et le plaisir de vous convier

LUNDI 2 AVRIL 2018, A PARTIR DE 14H30

dans les locaux du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (CIRCICA) – 1 rue Al-Saleh Ayoub, Zamalek, Le Caire

ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ

à un colloque portant sur

VENT DE REFORMES EN DROIT DES OBLIGATIONS :
REGARDS CROISES FRANCO-EGYPTIENS

ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ

organisé en collaboration avec l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI) de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire
et le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (CIRCICA)



Réponse souhaitée à : dirIDAI@univ-paris1.fr



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

**COLLOQUE ORGANISE PAR
LE GROUPE ÉGYPTTE DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT**

**VENT DE REFORMES EN DROIT DES
OBLIGATIONS : REGARDS CROISES FRANCO-
EGYPTIENS**



Lundi 2 avril 2018 à partir de 14H30

Centre régional d'arbitrage commercial international (CRCICA)
1, Al-Saleh Ayoub St., Zamalek, Le Caire

**En collaboration avec l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI)
de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire
et le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire
(CRCICA)**





PROGRAMME

14 H 30 – ACCUEIL DES PARTICIPANTS

15 H 00 – ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

MOT DE BIENVENUE

Ismail Selim, Directeur du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, Docteur de l'Université de Dijon, Chargé d'enseignement à l'IDAI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant

PRESENTATION DES NOUVEAUX MEMBRES DU BUREAU EXECUTIF DU GROUPE ÉGYPTÉ DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT : DR. DALIA HUSSEIN ET PR. DR. THOMAS MASTRULLO
Stéphane Brena, Attaché de coopération scientifique et universitaire près l'ambassade de France à Djibouti, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Montpellier, HDR, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant

SEANCE 1 : VENT DE REFORME EN MATIERE CONTRACTUELLE - SOUS LA PRESIDENCE DU DR. MOHAMED ABDEL RAOUF *Professeur associé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Avocat au barreau du Caire, Docteur de l'Université de Montpellier, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant*

- La formation du contrat

La rationalisation et le renouvellement du régime du consentement par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – Stéphane Brena

Le consentement dans le contrat d'adhésion - Maged Ackad, Avocat au barreau du Caire, Docteur de l'Université de Montpellier, Chargé d'enseignement au DGCI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant

L'appréhension de l'équilibre contractuel à la lumière de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – Thomas Mastrullo, Directeur de l'IDAI, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, HDR, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant

- Les effets du contrat

L'introduction de la théorie de l'imprévision par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – Albin Andrieux, Attaché d'enseignement et de recherche de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (IDAI), Docteur de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La réorganisation des sanctions de l'inexécution par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – Stéphane Brena

- Le droit applicable au contrat

Les règles matérielles internationales en droits français et égyptien – Ismail Selim

Discussion avec la salle

SE



SEANCE 2 : VENT DE REFORMES EN MATIERE EXTRA CONTRACTUELLE – SOUS LA PRESIDENCE DU DR. DALIA HUSSEIN, *Directrice adjointe du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, Maître de conférences à l'Université de Zagazig, Docteure de l'Université du Caire*

- **Quasi-contrats**

La stabilité du droit des quasi-contrats après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – *Alaa Abdel Hafiz, chargée d'enseignement à l'IDAI, Docteure d'Aix-Marseille Université*

- **Les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle**

Faute et responsabilité du fait des choses dans le projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017) : définition et consécration – *Stéphane Brena*

L'imputation du dommage causé par autrui à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017) – *Julien Ortin, Attaché d'enseignement et de recherche de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (IDAI), Doctorant de l'Université Paris 2 Panthéon-Sorbonne*

- **Les effets de la responsabilité civile extracontractuelle**

La sanctuarisation de l'indemnisation du dommage corporel par le projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017) – *Stéphane Brena*

Le préjudice moral des personnes morales - *Hossam Loutfi, Professeur à l'Université du Caire, Directeur du département droit civil (Beni Suef), Avocat au barreau du Caire, Docteur de l'Université Paris 11, Membre du Bureau exécutif du Groupe Égypte de l'Association Henri Capitant*

Le dommage environnemental – *Solène Grandjean, Adjointe au directeur de l'IDAI, chargée d'enseignement à l'IDAI, Volontaire internationale en administration (Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères)*

La fonction punitive de la responsabilité civile à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017) – *Thomas Mastrullo*

Discussion avec la salle

PROPOS CONCLUSIFS

La rationalisation et le renouvellement du régime du consentement par l'ordonnance du 10 février 2016



Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé HDR à la faculté de droit de l'Université de Montpellier

Le style oral de la présentation a été conservé et le nombre de références bibliographique limité

Introduction

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation, par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 fait évidemment une large place au consentement, élément fondamental du contrat et ce, dans les deux acceptions du terme : rencontre de deux volontés individuelles au moins et expression intègre de leur volonté par chacun des contractants.

Cette distinction se retrouve désormais dans le plan même du Code civil puisque le chapitre consacré à la formation du contrat comprend une section première dédiée à la conclusion du contrat¹ – la rencontre des volontés et la période qui la précède – et une section deuxième portant sur la validité du contrat², section au sein de laquelle sont traités les vices du consentement³ ; une troisième section portant sur la forme du contrat⁴ et une section quatrième relative aux sanctions viennent clôturer l'ensemble⁵.

Les nouveautés issues de la réforme sont nombreuses sur chacun de ces deux aspects mais il me semble que deux traits particulièrement saillants méritent une attention particulière. S'agissant de la conclusion du contrat, le Code civil fait désormais une place aux avant-contrats que sont la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence, qui participent de la rencontre des volontés, donc du consentement. Plus particulièrement, la promesse unilatérale de contrat voit son régime rationalisé, ce qui est heureux (I). Quant à l'intégrité du consentement, elle laisse désormais une place à l'abus de dépendance, qui renouvelle le vice de violence (II) ou du moins tente de le faire.

I. La rationalisation du régime de la promesse unilatérale de contrat est heureuse

La promesse unilatérale de contrat est « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Cette définition désormais contenue à l'article 1124 du Code civil consacre celle que pratique et doctrine donnaient déjà de ce contrat.

Or, la question s'était posée de savoir quelles conséquences attacher à la violation de la promesse, c'est à dire à l'hypothèse dans laquelle le promettant se rétracte, soit expressément en indiquant sa volonté au bénéficiaire de ne plus conclure le contrat, soit implicitement en concluant le contrat projeté avec un tiers, avant que le bénéficiaire n'ait levé l'option. Le Code civil vient désormais priver d'effets cette rétractation (A) ; ce faisant, le législateur redonne à la promesse de contrat sa cohérence (B).

A. La rétractation de la promesse avant la levée de l'option est d'une part privée d'effets

En retenant cette solution, le Code civil brise une jurisprudence fortement contestée de la Cour de cassation. On se souvient en effet que la Haute juridiction décide régulièrement depuis 1993⁶ que la rétractation produit effet et que l'option levée

¹ Articles 1112 à 1127-4 du Code civil.

² Articles 1128 à 1187 du Code civil.

³ Articles 1130 à 1144 du Code civil.

⁴ Articles 1172 à 1177 du Code civil.

⁵ Articles 1178 à 1187 du Code civil.

⁶ Civ. 3^e, 15 sept. 1993. Position ultérieurement maintenue : Civ. 3^e, 26 juin 1996, Bull. civ. III, n° 165 ; Civ. 3^e, 28 octobre 2003 ; Civ. 3^e, 11 mai 2011 ; Com., 13 sept. 2011.

postérieurement manquant alors son but, le contrat ne peut être formé. Le bénéficiaire doit dès lors se contenter de dommages et intérêts. Cette solution est désormais renversée : la levée de l'option forme le contrat indépendamment de la rétractation du promettant. Néanmoins, deux observations doivent être faites.

En premier lieu, le Code civil prend en considération les droits des tiers puisqu'en cas de rétractation implicite, c'est-à-dire par conclusion du contrat projeté avec un tiers, seul l'anéantissement de ce contrat permettra de donner pleine efficacité à la promesse. Or, ce contrat ne sera nul qu'en cas de mauvaise foi du tiers, définie comme la connaissance de l'existence de la promesse ; le tiers de bonne foi prime donc le bénéficiaire.

En second lieu, le Code civil est taiseux quant à la durée du délai pendant lequel le droit d'option peut être exercé. C'est une occasion manquée. En effet, que décider lorsque la promesse ne fixe pas de durée, alors même que l'alinéa deux de l'article 1124 du Code civil fait directement référence, au sujet de la rétractation et de sa sanction au « *temps laissé pour le bénéficiaire pour opter* » ?

Faut-il considérer que la promesse est à durée indéterminée et alors permettre au promettant de la résilier unilatéralement, moyennant un délai de préavis raisonnable ? Ce qui équivaldrait à exiger du promettant, à fins de libération, qu'il mette en demeure le bénéficiaire d'opter dans un délai raisonnable⁷. Ou faut-il considérer que le droit d'option est nécessairement à durée déterminée et que faute de précision par les parties, ce délai doit être, dès l'origine, raisonnable, comme il est désormais prévu pour l'offre ? Voilà sans doute une occasion manquée de précisions qui auraient été bienvenues.

Il apparaît quoi qu'il en soit que le droit d'option sera soumis à la prescription extinctive faute d'avoir été exercé par le bénéficiaire dans le délai de cinq ans à compter de la conclusion du contrat de promesse⁸.

En dépit de cette imperfection, l'affermissement de la sanction de la violation de la promesse de contrat redonne toute sa cohérence à ce mécanisme.

B. La promesse de contrat retrouve donc, d'autre part, toute sa cohérence

Cette cohérence retrouvée l'est au regard de la situation du promettant : en concluant la promesse, il a déjà consenti au contrat définitif. Son consentement est ainsi fixé sans nécessité de maintien ou autre réitération : l'article 1124 du Code civil pose clairement que ne manque au contrat définitif que le consentement du bénéficiaire ; c'est bien que le consentement du promettant est acquis. La solution condamne ainsi l'approche jurisprudentielle qui considérait le promettant comme débiteur d'une obligation de faire.

⁷ Civ., 4 avr. 1949.

⁸ Article 2224 du Code civil. Certains auteurs doutent de la pertinence du raccourcissement du délai de prescription dans ce cas, surtout lorsque la promesse porte sur un droit réel immobilier, v. F. Terré, Ph. Simler, Y.

Mais la cohérence est également retrouvée relativement à d'autres mécanismes de conclusion du contrat. En effet, en donnant effet à la rétractation du promettant, le bénéficiaire n'était pas mieux traité que le destinataire d'une simple offre ; pire, la Cour de cassation a parfois pu décider que la rétractation d'une simple offre était sans effet et n'empêchait donc pas la conclusion du contrat proposé en cas d'acceptation postérieure à la rétractation mais dans le délai octroyé par le pollicitant⁹, auquel cas il est préférable d'être destinataire d'une offre que bénéficiaire d'une promesse de contrat. C'est une étrange conception de la force obligatoire du contrat et, avec elle, du contrat en tant qu'instrument de prévision !

Voilà donc les choses remises en bon ordre en matière de rencontre des volontés individuelles.

Cette remise en ordre s'accompagne d'un renouvellement des vices du consentement et plus spécialement du vice de violence.

II. Le renouvellement du vice de violence résulte de la consécration de l'abus de dépendance par l'art 1143

*« Il y a violence lorsque l'une des parties s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable »*¹⁰.

La Cour de cassation a tenté de faire émerger, aux côtés de la violence classique portant sur la personne ou sur les biens, la notion de violence économique, sanctionnant l'exploitation abusive d'un état de dépendance. La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi précisé, dans un arrêt du 3 avril 2002, qu'une menace de licenciement peut constituer une violence économique dès lors qu'elle est utilisée pour obtenir du salarié, en situation de dépendance, la conclusion d'un contrat, qui portait en l'espèce sur des droits de propriété intellectuelle.

L'article 1143 du Code prévoit désormais que : *« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant (à son égard rajoutera la loi de transposition à venir), obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »*.

Ce texte, présenté comme particulièrement novateur, repose sur des conditions d'application (A) dont le contenu peut faire douter de la pertinence de la sanction (B).

A. Les conditions d'application de ce cas particulier de violence sont au nombre de deux.

Il faut de première part un état de dépendance... état de dépendance d'une partie à l'égard de l'autre mais qui ne se limite pas à la dépendance économique à laquelle faisait référence la Cour de cassation dans sa jurisprudence antérieure. La dépendance

Lequette et F. Chénéde, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd. 2018, n° 260, spéc. p. 288.

⁹ Civ. 3^e, 7 mai 2008.

¹⁰ Article 1140 du Code civil.

pourrait donc également être affective par exemple. Cette condition de dépendance peut surprendre : en effet, le rapport au Président de la République justifie ce texte par une volonté de protection des personnes vulnérables... et la dépendance n'est pas la vulnérabilité. La jurisprudence sera amenée à s'interroger sur la pertinence d'une application du texte aux personnes vulnérables non dépendantes... ce qui impliquerait œuvre créatrice au regard de la lettre du texte.

Il faut de seconde part un abus de cette situation de dépendance – quel qu'en soit le sens – abus consistant en l'obtention d'un avantage manifestement excessif. Le simple excès ne suffit pas ; encore faut-il qu'il soit manifeste, c'est-à-dire suffisamment marqué, suffisamment évident ; ce qui ne permettra pas au texte de s'appliquer lorsque le contrat aura été conclu à des conditions normales (au juste prix notamment) sans, pourtant, présenter aucune utilité pour le contractant vulnérable. Le droit commun ne le protégera pas et c'est dans le droit de la consommation qu'il faudra chercher cette protection.

Les conditions d'application du mécanisme semblent l'éloigner des objectifs qui lui étaient attachés par les promoteurs de la réforme. En outre, faute de faire référence à une quelconque crainte inspirée à la victime, le mécanisme s'éloigne de la violence.

- B. Il est dès lors permis de se demander si la nullité du contrat, seule sanction de cet abus prévu par le Code civil, est adaptée.

En effet, l'ordonnance n'a pas prévu la possibilité pour le juge de rééquilibrer le contrat en intervenant sur son contenu.

Or, par hypothèse, la victime en situation de dépendance a besoin du contrat conclu et elle pourra hésiter à en demander l'élimination qui peut apparaître comme inadaptée¹¹. Il lui restera dans ce cas à tourner la difficulté en se contentant de demander des dommages et intérêts dont le montant viendra, indirectement, minorer le déséquilibre subi par le contractant vulnérable.

C'est cette même idée de lutte contre la vulnérabilité qui sous-tend la prise en compte de la catégorie des contrats d'adhésion, catégorie sur laquelle Maged Akad va nous éclairer.

¹¹ V. M. Latina et G. Chantepie, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016, n° 343, pp. 282-283 ; A. Andrieux, *La codification de la « violence-*

dépendance » : une codification prudente des solutions prétoriennees, Les Petites Affiches 22 août 2016, n° 116w3, pp. 6 et suiv.

L'appréhension de l'équilibre contractuel à la lumière de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016



Thomas MASTRULLO

Maître de conférences HDR en droit privé

Directeur de l'IDAI

Expert technique international – Expertise France

(La forme orale a été conservée)

La recherche de l'équilibre entre des intérêts antagonistes est sans doute l'un des objectifs les plus essentiels du droit. Et le droit des contrats n'échappe évidemment pas à la règle.

Pourtant, il n'y a aucune référence au mot « équilibre » dans le Code civil français¹. Et il n'existe qu'une seule occurrence dans le Code civil égyptien².

Il faut dire que l'équilibre contractuel n'est pas aisé à appréhender, ne serait-ce qu'au regard des principes fondamentaux qui régissent le droit des contrats.

D'un côté, en effet, le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle incite à considérer qu'un contrat est valable même s'il est déséquilibré, du moment que les parties l'ont voulu.

D'un autre côté, le principe de bonne foi impose de respecter un certain équilibre entre les obligations respectives des parties.

¹ Seul le terme « déséquilibre » est utilisé depuis la réforme : v. *infra* C. civ., art. 1171.

² Article 658, § 4 : survenance d'événements exceptionnels dans le cadre du contrat d'entreprise.

Ceci conduit à préciser à quoi s'attache traditionnellement l'équilibre contractuel : il concerne au premier chef les obligations respectives des parties, en particulier dans les contrats synallagmatiques qui sont au cœur de notre étude.

Dans ces conditions, si l'on se place avant l'adoption de la réforme du droit des obligations, l'équilibre contractuel était appréhendé à travers deux notions qui étaient alors au cœur de la formation du contrat : l'objet et la cause.

La condition relative à l'objet, en effet, supposait l'existence des obligations respectives des parties.

Mais le traitement de l'équilibre était aussi appréhendé à travers la notion de cause, et plus précisément de la cause objective dont il résultait que le contrat n'était pas valable s'il était conclu sur une fausse cause ou une absence de cause.

On se souvient, sur ce point, de la fameuse jurisprudence *Chronopost*, selon laquelle doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport en vertu duquel le transporteur s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, aux motifs que la clause litigieuse contredisait la portée de l'obligation essentielle du contrat³. Cette jurisprudence a

³ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18632, *Bull. civ.* IV n° 261, aff. *Chronopost* : D. 1997. Somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; JCP

été enrichie par l'arrêt *Faurecia* qui affirme de manière générale qu'est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur⁴.

Ces décisions révèlent, du reste, que la notion d'équilibre contractuel est souvent appréhendée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité d'une clause et la portée de son inefficacité. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, dans une décision classique, que la nullité d'une clause d'indexation du loyer n'entraîne pas celle du contrat de bail qui la contient dès lors que son inefficacité ne « *détruit pas l'équilibre du contrat* »⁵.

Cela étant dit, l'appréhension de l'équilibre contractuel a nécessairement évolué avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 décembre 2016 réformant le droit des obligations puisque celle-ci qui n'est pas resté sans influence sur les notions d'objet et de cause.

Premièrement, en effet, la notion d'objet est désormais présentée en relation avec une notion qui est au cœur de la réforme : la notion de prestation. En ce sens, l'article 1163 du Code civil énonce que « *l'obligation a pour objet une prestation* ». Il en résulte que l'équilibre contractuel doit désormais être appréhendé à travers la notion de prestation et, plus précisément, à travers une comparaison entre les prestations des parties.

Deuxièmement, toute référence explicite à la cause a disparu du Code civil. Dès lors, même s'il est admis que le droit français reste toujours « causaliste » au fond, des ajustements ont été opérés pour adapter les nouvelles dispositions à la suppression de la notion de cause tout en consacrant les solutions dégagées sur le fondement de la cause et destinées à protéger l'équilibre du contrat.

Il faut bien comprendre, en effet, que l'équilibre du contrat est resté au cœur des préoccupations du législateur.

Notons d'emblée, à ce sujet, que la validité du contrat ne suppose pas l'équivalence des prestations des parties.

Il ressort effectivement du nouvel article 1168 du Code civil que « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

1997. I. 4025, obs. G. Viney ; JCP 1997. I. 4002, obs. M. Fabre-Magnan.

⁴ Com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; RDC 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; RDC 2010. 1253, obs. O. Deshayes ; D. 2010. 1832, obs. D. Mazeaud.

⁵ Civ. 3^{ème}, 5 févr. 1971, n° 69-12.531, *Bull. civ.* III, n° 84.

Cette règle reprend en la reformulant la règle de l'ancien article 1118 du Code civil d'après laquelle « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section* ».

Il en résulte que l'équilibre du contrat ne signifie pas l'équivalence des prestations. Il s'agit là d'une manifestation de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.

Encore faut-il, cependant, que la loi n'en dispose pas autrement.

En effet, dans certains définis par la loi, le défaut d'équivalence de prestations est si important qu'il entraîne un déséquilibre du contrat dans son ensemble.

La loi intervient alors pour corriger ce déséquilibre qui est tel qu'il vicie le consentement des parties.

On pense, en priorité à la lésion (exemple : règles des 7/12^{ème} en matière immobilière).

Au-delà de la lésion, plusieurs dispositions issues de la réforme prévoient des correctifs à un défaut d'équivalence trop important entre les prestations des parties au moment de la formation du contrat : et c'est précisément ainsi que la notion d'équilibre contractuel est appréhendée à la lumière de l'ordonnance de 2016.

Il y a essentiellement deux correctifs :

- La nullité du contrat en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire (I) ;
- Le caractère non-écrit des clauses créant un déséquilibre trop important (II).

I. La nullité du contrat en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire

Aux termes de l'article 1169 du Code civil : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

L'article 1169 subordonne ainsi la validité du contrat à l'existence d'une contrepartie minimale.

Ce texte reprend à la fois les solutions dégagées par la jurisprudence rendue sous l'empire des anciens textes sur le fondement de l'objet (la validité du contrat suppose l'existence d'un objet certain) et de la cause perçue dans son caractère objectif comme l'existence de la contre-prestation.

Toutefois, dans la logique de la réforme, l'article ne se réfère pas à la notion de cause mais, de façon plus technique et plus précise, à celle de « contrepartie de celui qui s'engage », laquelle vise en réalité la contre-prestation.

La mise en œuvre de ce texte suppose la réunion de trois conditions :

1/ Seuls les contrats à titre onéreux sont visés, ce qui exclut logiquement les contrats à titre gratuit. En revanche, sont concernés tous les contrats à titre onéreux, qu'ils soient commutatifs ou aléatoires.

2/ La contrepartie convenue doit être illusoire ou dérisoire

Pour la doctrine, la contrepartie est illusoire « lorsque, dès la formation du contrat son exécution est impossible ou lorsqu'elle fait double emploi avec l'obligation résultant d'un autre contrat »⁶. Une contrepartie illusoire est donc dépourvue de toute existence au jour du contrat, malgré une apparence.

Cette solution est bien connue de la jurisprudence.

Par exemple, dans les contrats commutatifs, on peut citer la nullité de la cession d'un jeu télévisé ne bénéficiant pas de la protection accordée aux propriétés intellectuelles⁷ ou du contrat de présentation à un successeur d'une clientèle inexistante⁸.

Citons aussi des illustrations fournies par les contrats aléatoires, telles que la nullité du contrat d'assurance portant sur un risque que l'assuré savait déjà réalisé⁹ ou du contrat de vente avec rente viagère conclu alors que le débirentier savait que le décès du crédientier était imminent¹⁰.

La contrepartie est dérisoire lorsqu'elle ne représente presque rien.

Là encore, la solution est admise en jurisprudence : la stipulation d'un prix dérisoire équivaut à un défaut total de contrepartie. L'action en nullité est alors possible (distincte de l'action en rescision).

Par exemple, la vente moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus produits par la chose¹¹.

Le caractère vil ou illusoire de la contrepartie relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation exerce néanmoins un contrôle léger, de la motivation, qui vise à encadrer la méthode suivie par les juges du fond pour apprécier l'existence de la contrepartie.

3/ Le défaut de contrepartie doit être avéré au moment de la formation du contrat.

On peut se demander que faire en cas de disparition en cours de contrat ? En vertu de l'art. 1186 du Code civil, la solution envisageable est la caducité du contrat en cas de disparition de l'un de ses éléments essentiels.

II. Le réputé non-écrit des clauses créant un déséquilibre excessif des prestations

Deux types de clause sont visés.

A) Les clauses qui privent de sa substance l'engagement fondamental pris au contrat

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1170 du Code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

L'idée qui gouverne cette règle est que la validité du contrat est subordonnée à la sauvegarde de la substance de son obligation essentielle.

En d'autres termes, l'obligation essentielle ne peut se voir privée de sa substance par une clause contractuelle : à défaut de quoi, le contrat se trouverait privé de tout équilibre.

La règle consacre la jurisprudence *Chronopost* et *Faurecia* rendues à propos des clauses limitatives de réparation sur le fondement de la cause.

Toutefois, elle s'en éloigne de plusieurs manières : D'abord, du point de vue de son champ d'application, l'article 1170 ne concerne pas seulement les clauses limitatives de responsabilité puisqu'il vise « toute clause » et peut donc s'appliquer à une multitude de stipulations : clause de non-concurrence, clause de renégociation, clause

⁶ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 2, 4^{ème} éd., 2013, LGDJ, n° 720.

⁷ Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1981, n° 80-14.429, *Bull. civ. I*, n° 273.

⁸ Civ. 1^{ère}, 25 avr. 1990, n° 88-12.157, *Bull. civ. I*, n° 88.

⁹ Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2003, n° 01-14.942, *Bull. civ. I*, n° 220.

¹⁰ Civ. 3^{ème}, 2 févr. 2000, n° 98-10.714, *Bull. civ. III*, n° 26.

¹¹ Civ. 3^{ème}, 16 nov. 2010, n° 09-17.293.

de dédit, clause attributive de juridiction, clause compromissaire...

Ensuite, du point de vue des conditions d'application, la clause doit priver l'obligation essentielle de sa « substance ».

Deux difficultés ici :

Premièrement, qu'est-ce que l'obligation essentielle ? Se confond-elle avec l'obligation caractéristique du contrat ? Qui a étudié le droit international des contrats connaît toute la difficulté qu'il peut y avoir parfois à identifier une telle obligation...

Deuxièmement, A lire, le texte il apparaît que seule une suppression de l'obligation essentielle est de nature à rendre la clause non-écrite (« prive de sa substance »). Ceci fait-il échapper à la sanction les clauses qui provoquent un déséquilibre du contrat tout en ne privant pas l'obligation essentielle de sa substance ?

B) Les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

Il existait en la matière des textes de droit spécial.

Par exemple, la réglementation relative aux clauses abusives prévues par les articles L. 212-1 et suivants du code de la consommation. Ou encore l'article 442-6, I, 2°, du Code de commerce qui prohibe la pratique restrictive de concurrence consistant à « soumettre ou (...) tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, ce droit spécial a été complété par une disposition de droit commun contenu à l'article 1171 du code civil.

Aux termes de ce texte, « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Plusieurs remarques sur ce point.

Cette disposition a un champ d'application strict puisqu'elle est limitée aux contrats d'adhésion et n'est donc pas de nature à remettre en cause les contrats individuellement négociés.

Par ailleurs, en vertu de la règle selon laquelle le droit spécial s'applique par préférence au droit général, l'article 1171 ne s'appliquera selon toute vraisemblance que lorsque les textes spéciaux ne s'appliqueront pas... de sorte que l'application de l'article 1171 semble exclue en ce qui concerne les rapports entre professionnels et consommateurs ou entre professionnels.

La formule « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » est connue¹² et la jurisprudence déjà rendue en la matière pourra certainement être utilisée. Il faudra savoir, cependant, si le déséquilibre significatif s'apprécie clause par clause ou au regard de l'ensemble du contrat.

Enfin, l'alinéa 2 de l'article 1171 du code civil limite l'appréciation du déséquilibre significatif, lequel « ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Il ne sera sans doute pas toujours très aisé de déterminer si c'est l'« objet principal » du contrat ou non qui est en cause...

Finalement, si la réforme a effectué de véritables avancées, il reste beaucoup d'incertitudes.

Notons, pour conclure, que l'article 1171 du Code civil a été modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 qui a ratifié l'ordonnance n° 2016-1131 et est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018. Est dorénavant réputée non écrite par ce qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties « toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ». Cette règle, qui confirme qu'une clause déséquilibrée ne peut être réputée non écrite que lorsqu'elle n'a pas été négociée, affermit le principe selon lequel le défaut d'équivalence des prestations ne doit pas en principe être sanctionné, pourvu que la liberté contractuelle et la libre négociation du contrat entre les parties ont pu s'exprimer.

¹² V. C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

La théorie de l'imprévision



Albin ANDRIEUX

Docteur en droit

1. Loi des parties. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » ... C'est à partir de cette disposition, l'ancien article 1134 alinéa premier du Code civil, traduisant le principe de la force obligatoire du contrat, de la maxime « *Pacta sunt servanda* »¹, que le juge français s'est refusé à s'immiscer dans l'accord de volonté des parties pour l'adapter à un changement de circonstances non prévu par celles-ci lors de sa conclusion.

2. Canal de Craponne. Le célèbre arrêt Canal de Craponne marque le rejet de la théorie pour imprévision en droit privé. Dans cette affaire, le demandeur avait requis du juge qu'il accordât la révision du prix, car la somme, versée en contrepartie de la fourniture d'eau, avait été fixée trois siècles auparavant, et était devenue dérisoire par rapport à la prestation qu'il effectuait. La Haute juridiction dans cet arrêt retient qu'« *il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »².

3. Critique de la jurisprudence Canal de Craponne. Ainsi, avec cette décision, la Haute Juridiction a érigé en dogme l'autonomie de la volonté allant à l'encontre non seulement de l'équité, mais également, et surtout, du bon sens, en particulier à la lecture des faits de l'affaire...

4. Exceptions. La portée de ce refus n'est toutefois pas aussi absolue qu'on pourrait le croire. Outre le fait que le juge administratif accepte le principe de la révision pour

imprévision en droit depuis l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* de 1916³, le droit privé connaît des exceptions. La première, légale, et ressort de la prohibition des engagements perpétuels : dans les contrats à durée indéterminée, il est toujours permis de résilier le contrat – cette règle était au départ jurisprudentiel, mais a été reconnue par l'ordonnance –, et de l'action du législateur dans certains domaines, comme en matière de bail, par exemple. La seconde, contractuelle, afin de se prémunir des risques de ce changement de circonstances, les parties peuvent inclure des clauses, d'indexation, qui permettent de prendre en considération l'inflation, d'autres, de renégociation, appelées par la pratique « *clauses de hardship* ». Enfin, la troisième, prétorienne... En effet, dans certains cas, le juge a semblé tempérer le refus de la révision pour imprévision. Ainsi, dans un arrêt remarqué, la partie refusant de renégocier le contrat en raison du bouleversement des circonstances a été condamnée sur le terrain de l'exécution de bonne foi des conventions : c'est le sens de l'arrêt *Huard* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 1992⁴. Et, dans un arrêt plus récent, la Haute juridiction avait semblé procéder à un véritable revirement de jurisprudence : elle avait censuré les juges du fond de n'avoir pas recherché si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu « *pour effet de déséquilibrer l'économie du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit* » – l'arrêt avait été rendu sous le visa de l'article 1131, donc sur le terrain de la de cause, et les magistrats de la Cour de cassation avait conclu en sa disparition du fait du changement de

¹ Pour une approche historique de ce concept en droit des contrats, voir notamment J. Barmann, « *Pacta sunt servanda : considérations sur l'histoire du contrat consensuel* », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 13 N°1, Janvier-mars 1961, pp. 18-53.

² Civ., 6 mars 1876, D. 1876, 1, 193, note Giboulot.

³ CE, 30 mars 1916, Rec. Lebon p. 125.

⁴ Com. 3 nov. 1992, n°90-18547. Cet arrêt n'est pas isolé, et bien d'autres ont semblé tempérer le rejet de la théorie de l'imprévision : sur ce point, voir notamment, G. Rabu, *Droit des obligations*, Ellipses, 2017, p. 162.

circonstances. La formulation aurait pu faire penser à une remise en cause en bonne et due forme de la théorie de l'imprévision, mais cet arrêt n'a pas été publié au Bulletin et tranchait un litige relatif à la compétence du juge des référés⁵.

5. Adaptation avec les droits étrangers. Avec l'adoption de cet article 1195 du Code civil, le droit français se rallie aux principes Unidroit et rejoint la majorité des autres droits⁶, de Common Law – comme le droit anglais – et de droit civil – droit allemand, droit italien – et égyptien. Nous profiterons d'ailleurs du lieu pour établir quelques comparaisons avec les textes français et égyptien.

6. Critique classique. Certains commentateurs ont pu émettre des réserves quant à l'introduction de la théorie de l'imprévision. À ce sujet, il faut admettre que l'essentiel de la doctrine en France était généralement en faveur de la position judiciaire classique française, en ce que la révision pour imprévision contreviendrait à la force obligatoire du contrat, donc du principe de l'autonomie de la volonté, – et, faudrait-il ajouter, de la méfiance historique en France du pouvoir des juges.

7. Exception au principe de la force obligatoire. Ce mécanisme fait clairement figure d'exception à la force obligatoire des conventions et cela se constate de la place même occupée par la disposition dans les codes égyptien et français : les articles 1193 et 1194 du Code civil français traitent de la force obligatoire du contrat. Il en est de même dans le Code civil égyptien : l'article 147 alinéa 1 pose le principe de la force obligatoire du contrat ; le second alinéa permet la révision pour imprévision.

Cette exception à ce principe incontournable de droit des obligations paraît logique : les parties n'auraient pas conclu de la sorte, aux mêmes conditions, si elles avaient eu connaissance de ces événements ; la maxime *pacta sunt servanda* doit être complétée de la *clausula rebus sic stantibus*.

Le texte présente un certain nombre de conditions (I) pour pouvoir exiger sa modification (II).

⁵ Com. 29 juin 2010, n°09-67369, RTD civ. 2010, p. 782, obs. B. Fages ; D. 2010, p. 2841, note D. Mazeaud ; ibid., p. 2485, note T. Genicon ; Dr. & Pat. 2011, n°200, p. 68 ; obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RDC 2011/1, p. 34, obs. E. Savaux.

⁶ Sur ce point, voir notamment, R. Cabrillac, *Perspectives d'évolution en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé*, *Mélanges Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, 227, cité par A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, p. 253, n°309.

I) Les conditions de la révision pour imprévision

Tout d'abord, il faut une circonstance imprévisible (A) qui créera un bouleversement économique du contrat (B).

A) Un événement imprévisible, cause du bouleversement économique du contrat

8. La notion de circonstance imprévisible. Le texte français évoque « *un changement de circonstances imprévisible* » ; le texte égyptien apparaît plus précis sur cette condition : « *par suite d'événements exceptionnels imprévisibles et ayant un caractère de généralité* ». La situation, ainsi que les termes employés, rappellent inmanquablement ceux définissant la force majeure. Mais c'est sur la conséquence de l'évènement que les deux notions divergent.

9. Comment retenir le caractère imprévisible ? Les événements, précise le texte, ne peuvent avoir été prévus par les parties lors de la conclusion du contrat. L'appréciation variera donc certainement selon le type de cocontractants. Ainsi, est-il permis de penser que le professionnel sera certainement moins pardonnable sur ce point que le profane.

10. Exemples d'événements imprévisibles. Quels seraient les événements permettant d'entraîner la révision du contrat ? Plusieurs... si l'on se place dans le cadre des faits ayant donné lieu à la jurisprudence du Canal de Craponne, une forte inflation, prolongée, conduisant à une érosion de l'obligation monétaire pourra donner lieu à révision. Une libéralisation, ou au contraire un encadrement légal, d'un secteur d'activités pourraient également être qualifiés d'événements imprévisibles ; des actes terroristes pourraient également être qualifiés d'événements imprévisibles⁷.

Ces événements imprévisibles causent un bouleversement de l'économie du contrat.

B) Le bouleversement de l'économie du contrat, conséquence de l'évènement imprévisible

11. Distinction avec la force majeure. C'est sur le terrain des effets des événements que l'on perçoit bien la distinction avec la force majeure. La force majeure rend la prestation non pas excessivement onéreuse, mais tout

⁷ Sentence arbitrale rendue sous les auspices du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA), le 24 avril 1996, affaire N°53/1994, in Mohie Eldin Alam Eldin, *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Arbitration*, Kluwer Law International, 2000 p. 184

simplement impossible – c'est qu'exprime l'article 1218 du Code civil.

12. Le risque accepté. Le texte précise également qu'il ne faut pas que la partie ait accepté le risque de ce bouleversement économique. Le contrat peut donc prévoir explicitement le rejet de la possible révision pour imprévision pour certains événements. Ce texte revêt ainsi explicitement un caractère supplétif. C'est en quelque sorte l'approche « à la carte » retenue par cette ordonnance. Le principe est la nature supplétive des textes⁸ : à défaut de rejet explicite du texte par les parties, il s'appliquera.

Sur ce point il s'agit d'une différence de taille avec la règle égyptienne qui prévoit que toute convention contraire à la possibilité de réviser le contrat pour imprévision est déclarée nulle⁹.

13. Notion d'exécution excessivement onéreuse. Sur le caractère propre du bouleversement économique, en lui-même, le texte précise que l'exécution de l'obligation doit être devenue manifestement onéreuse. C'est sur ce caractère « manifeste », donc excessif, que se portera très certainement le contentieux. À partir de quel degré l'exécution sera-t-elle considérée comme étant excessivement onéreuse ? C'est là encore le juge qui évaluera, en tout état de cause, au cas par cas, et, vraisemblablement en tenant compte des pratiques dans le secteur d'activités visé, étant entendu qu'un simple accroissement relatif de l'obligation, ne satisfera pas cette exigence.

14. La poursuite de l'obligation. Il faut enfin relever que dans le cas où l'obligation serait effectivement devenue excessivement onéreuse, il n'est pas possible pour la partie lésée de suspendre d'elle-même l'exécution de son obligation.

II) Les effets de la révision pour imprévision

Deux effets, non pas cumulatifs, mais successifs, deux étapes en quelque sorte : il faut qu'il y ait préalablement une demande de renégociation adressée au cocontractant (A) ; en cas d'échec, le juge peut être saisi (B).

⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 11 février 2016. Sur le caractère supplétif du texte, voir notamment, sur la nature supplétive du texte relatif à question de la révision pour imprévision, B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2017 pp. 293-294, n°347.

⁹ Article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien.

A) La demande de renégociation

15. La demande. Tout d'abord la partie estimant que son obligation est devenue excessive doit demander la renégociation du contrat avec son cocontractant – c'est un préalable. Ce n'est qu'en cas de refus que le juge aurait à se prononcer. Cette demande de renégociation peut s'interpréter comme une expression, une application concrète, de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Toutefois, la partie saisie n'est pas tenue d'accepter le principe même de la renégociation.

16. Rôle alternatif du recours au juge. Le recours au juge est donc secondaire, limité aux cas où les parties n'auraient pu s'accorder sur la renégociation¹⁰. À l'inverse, dans le Code civil égyptien, seule l'action du juge est mentionnée, peut-être parce qu'il paraît évident que les parties tâchent d'abord de trouver un terrain d'entente destiné à adapter le contrat... le texte français présente néanmoins l'aveu clair d'enjoindre les parties à concilier avant qu'un tiers n'ait à se pencher sur leur contrat... ce qui permet de relativiser les inquiétudes d'une immixtion non nécessaire du juge.

17. Demande de renégociation préalable à la saisine du juge ? Le recours préalable du contractant lésé contre son cocontractant est-il obligatoire ? Autrement dit, la partie demandant la révision du contrat devrait-elle d'abord se tourner vers son cocontractant avant de saisir le juge ? C'est du moins ce que laisse penser le texte. Cela serait d'ailleurs en accord avec le Code de procédure civile qui impose qu'il soit fait mention dans l'assignation « *des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »¹¹.

18. Résultat de la négociation. La négociation pourra aboutir ou non – « *en cas de refus ou d'échec de la négociation* » – précise le texte. Il n'est donc pas obligatoire que l'autre partie accepte la renégociation¹². Dans le cas d'un désaccord commun, le texte précise que les parties peuvent y mettre fin d'un commun accord... Une telle précision n'était peut-être pas nécessaire tant elle paraît évidente...

B) Le recours au juge

19. Les modalités de recours au juge. Le recours au juge n'est pas initial comme il a été dit. Et le texte précise que les parties peuvent le saisir seules, ou ensemble, dans le cas

¹⁰ Sur ce point, voir notamment B. Fages, *Droit des obligations*, LDGJ, 2017, pp. 295-296, n°248

¹¹ Article 56 du Code de procédure civile.

¹² Cette position paraît classique : la Cour de cassation avait notamment pu considérer que « le refus de renégocier un contrat » ne pouvait constituer une faute. Com. 18 septembre 2012, n°11-21790, note Th. Bonneau.

où elles se seraient mises d'accord sur le principe de la révision, mais non sur son étendue.

20. Résolution du contrat ou réfaction. L'article 1195 prévoit que le juge saisi dans ce cas d'une demande de révision pour imprévision peut soit mettre fin au contrat, soit le réviser. Ce texte a ainsi ici brisé un des tabous fondamentaux en droit privé français. Il reconnaît enfin le pouvoir du juge de réfaction du juge. Cette position traditionnelle, officielle, française paraît toutefois être quelque peu hypocrite. En effet, le juge peut concrètement procéder à une réfaction indirecte en octroyant des dommages-intérêts venant compenser le défaut dans l'exécution de l'obligation (dans la vente)¹³, sur le fondement donc de la responsabilité contractuelle ; ensuite, dans certains contrats le juge s'est permis de réduire les sommes versées jugées excessives, sans qu'aucun texte ne le prévoie (contrat de mandat et contrat d'entreprise)¹⁴ ; et enfin, et de façon beaucoup plus discrète, presque dissimulée, il a pu accorder une diminution de prix en cas de dol¹⁵.

21. L'encadrement du pouvoir de réfaction. Certains auteurs ont pu regretter que le texte français soit muet quant à l'encadrement du pouvoir du juge, qu'il n'y ait pas de ligne directrice¹⁶, à la différence du droit égyptien. En effet, dans le texte égyptien, il est précisé que le juge détient le pouvoir de réviser le contrat, mais, de façon à « *réduire de manière raisonnable, l'obligation devenue excessive* »¹⁷.

23. Conclusion

Pour conclure, l'article 1195 présente incontestablement deux nouveautés : l'incorporation en droit privé de la théorie de l'imprévision et le pouvoir de réfaction du contrat par le juge. Les craintes du caractère – pour le coup imprévu – de l'intrusion du juge dans le contrat paraissent globalement injustifiées. D'abord, du fait du caractère supplétif évoqué, il y a fort à parier que ce texte n'apportera certainement pas de bouleversement dans le domaine des affaires. Quant au pouvoir laissé au juge, il ne semble être que secondaire, après un échec des négociations... ce serait la dernière option, permettant de maintenir la relation

¹³ Civ. 3^{ème}, 29 janvier 2003 : cassation de l'arrêt des juges du fond ayant déclaré « réduire le prix ».

¹⁴ Dans le contrat de mandat, bien qu'aucun texte ne le prévoie, la jurisprudence a admis le pouvoir de révision des honoraires du mandataire ; il s'agit d'une jurisprudence ancienne et constante (Cass. req., 11 mars 1824) ; de même, bien que n'étant pas majoritairement mandataires, le prix du contrat de prestation passé avec des avocats, notaires et autres prestataires de services intellectuels peuvent être revus par les juges : Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1998, cité par Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3^e éd, 2007, p. 289, n° 550

¹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 2012, n° 11-15973.

¹⁶R. Cabrillac, *Droit des obligations*, pp. 128-129.

¹⁷ Article 147 alinéa 2 du Code civil égyptien.

contractuelle... Il faut faire confiance au juge français. Dans les autres pays, l'adoption de la révision pour imprévision n'a pas été synonyme de déstabilisation du droit des contrats ou de remise en cause de la liberté contractuelle. Espérons donc que le juge français saura raison garder dans le maniement de ce texte ; et qu'il appliquera de façon équilibrée une disposition de bon sens.

Civil Affaires Public Texte Jurisprudence Doctrine

La réorganisation des sanctions de l'inexécution du contrat par l'ordonnance du 10 février 2016



Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé HDR à la faculté de droit de l'Université de Montpellier

Le style oral de la présentation a été conservé et le nombre de références bibliographique limité

Introduction

La force obligatoire implique l'application de sanctions en cas d'inexécution du contrat. Ces sanctions de l'inexécution sont désormais énumérées par l'article 1217 du Code civil, en ces termes :

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

Refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;

Poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;

Solliciter une réduction de prix ;

Provoquer la résolution du contrat ;

Demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

Ce qui est sanctionné est l'inexécution et non la faute contractuelle ; la notion de faute est selon moi inadaptée, notamment aux obligations de résultat – qui n'impliquent aucun manquement comportemental – et l'inexécution est clairement nécessaire et suffisante pour déclencher l'application de l'une ou plusieurs de ces sanctions.

La pluralité de sanctions de l'inexécution rend intéressante sinon nécessaire leur classification et, partant, leur distinction. A ce titre, il pourrait être distingué entre sanctions temporaires, au sens de solution d'attente (exception d'inexécution) et sanctions définitives (l'ensemble des autres sanctions). Il pourrait également être distingué entre sanctions objectives, c'est-à-dire qui portent sur le contrat (exception d'inexécution, réduction de prix, résolution du contrat) et sanctions subjectives qui pèsent sur le débiteur défaillant (exécution forcée, responsabilité contractuelle).

Dans le contexte de la réforme par l'ordonnance du 10 février 2016, et donc d'un droit des contrats renouvelé, il paraît plus adapté de mettre en évidence ce que le droit nouveau des contrats a, en la matière, de conservateur (I) et de novateur (II).

I. Du vieux = un droit des contrats conservateur

Des mécanismes organisés par le Code civil sont reconduits, le cas échéant en tenant compte de précisions apportées par le juge (A) alors que d'autres, intégralement dégagées par la jurisprudence, sont consacrés (B). En chacune de ces hypothèses, le sentiment de permanence, de stabilité domine.

A. Des mécanismes organisés par le Code civil sont reconduits

Sont ici concernés les dommages et intérêts au titre de la responsabilité contractuelle (i), la résolution judiciaire (ii) et le jeu de la clause résolutoire (iii).

Le régime des dommages et intérêts est, **d'abord**, inchangé à l'issue de la réforme de 2016 ; et il a d'ailleurs vocation à demeurer stable au regard du projet de réforme du droit de la responsabilité civile de mars 2017, dont nous allons bientôt parler, notamment la limitation de la réparation au dommage prévisible et la limitation de l'exigence de mise en demeure au seul retard dans l'exécution comme l'a affirmé la Cour de cassation.

La résolution judiciaire ensuite ; l'article 1227 du Code civil rappelle la possibilité de saisir le juge pour solliciter la résolution du contrat, même si une clause résolutoire a été prévue au contrat, ou même si une procédure de résolution par notification a été

engagée, conformément à la jurisprudence ; c'est ce qu'indique le « *en toutes hypothèses* ».

La condition mise à la résolution est, conformément au droit antérieur, que l'inexécution soit suffisamment grave (article 1224 du Code civil applicable à la résolution judiciaire et à la résolution par notification ; ce texte n'est donc pas simplement un texte d'annonce ; il a également un caractère normatif à travers cette exigence que l'on ne retrouve plus par la suite dans les dispositions propres à chacun de ces modes de résolution).

Comme sous l'empire du droit antérieur, c'est au pouvoir d'appréciation du juge que permet d'échapper la stipulation d'une clause résolutoire.

Enfin, le régime de **la clause résolutoire, prévu à l'article 1225 du Code civil**, demeure très stable. L'existence de la clause prive le juge de son pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution et il doit constater la résolution du contrat après une mise en demeure demeurée infructueuse.

Les textes apportent désormais deux précisions :

- La clause doit préciser les engagements dont l'inexécution emportera résolution, dans le prolongement de la jurisprudence en son dernier état ;
- La mise en demeure doit mentionner expressément la clause résolutoire.

Ces deux précisions constituent une consécration de la jurisprudence. C'est une telle consécration dont bénéficient des mécanismes intégralement élaborés par le juge.

B. Des constructions jurisprudentielles sont consacrées

Il s'agit de l'exception d'inexécution (i), de la résolution pour force majeure (ii) et de la résolution par notification (iii).

L'exception d'inexécution fait en premier lieu son entrée dans le Code civil, à l'article 1216, en tant que mesure comminatoire qui consiste, pour une partie, à suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que l'autre partie exécute la sienne.

Lorsqu'elle est exercée, l'exception d'inexécution permet au débiteur faisant pression sur son partenaire de se soustraire, légitimement, à l'exécution de ses propres obligations. Mais cela ne permet pas de modifier le contrat, dont la force obligatoire demeure entière (il y a une traduction de la différence entre force obligatoire et contenu « obligationnel » du contrat).

La délimitation légale du domaine du mécanisme est cependant imprécise : alors que son domaine est en principe celui des contrats synallagmatiques puisqu'il ne peut jouer que pour des obligations interdépendantes, le texte n'y fait pas référence. Le texte n'évoque pas non plus la possibilité de le mettre en œuvre au sein d'un ensemble contractuel comme l'avait pourtant admis la jurisprudence au moins dans son principe¹ ; jurisprudence qui devrait être maintenue.

Quant au contenu du mécanisme, le texte pose que l'exception d'inexécution est une réaction à une inexécution suffisamment

grave, là où la jurisprudence fait en principe référence à la proportionnalité à l'inexécution de la réaction que constitue l'exception d'inexécution. Le rapport au Président de la République fait également référence à la proportionnalité qui devrait demeurer en tant que condition d'utilisation du mécanisme.

La résolution pour force majeure est, en deuxième lieu, consacrée à l'article 1218 du Code civil. Lorsque l'inexécution est due à un cas de force majeure, le contrat est résolu : « *si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* ». Même si le texte ne le précise pas, l'inexécution par force majeure doit être suffisamment grave pour emporter résolution. Que faut-il entendre par « *de plein droit* » ? Ce qui est certain est que cela dispense de tout recours au juge et le prive de tout pouvoir de décision. Mais cela n'exclut pas la nécessité pour son bénéficiaire (en l'occurrence celle des parties au contrat qui aurait intérêt à la résolution) de s'en prévaloir. Dit autrement, la partie qui aurait intérêt à obtenir la résolution pourrait renoncer à le faire et donc maintenir le contrat. Cette résolution de plein droit traduit l'application de la maxime *res perit debitori* : le débiteur de l'obligation inexécutée ne peut réclamer l'exécution de l'obligation réciproque, obligation réciproque qu'étend la disparition du contrat. Cette solution est sans doute trop générale et les contrats translatifs devraient faire l'objet d'un traitement distinct en application de l'article 1196 du Code civil et du principe *res perit domino*, dont l'application suppose, précisément, que le contrat ne soit pas remis en question ; ne soit donc pas résolu.

En troisième lieu, la résolution par notification fait son entrée dans le Code civil. La résolution unilatérale extrajudiciaire, admise par la jurisprudence depuis l'arrêt Tocqueville du 13 octobre 1998², est consacrée : « *attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ». Elle est soumise à la même condition de fond que la résolution judiciaire : une inexécution suffisamment grave. Cette clarification est bienvenue, car la jurisprudence antérieure n'était pas claire. L'inexécution grave est donc la seule condition de fond exigée pour la résolution unilatérale : cette inexécution n'a pas à être plus grave que celle exigée en matière de résolution judiciaire et aucune condition d'urgence n'est exigée. Il y a donc un changement par rapport à la jurisprudence Tocqueville qui visait la gravité du comportement du débiteur et non la gravité de son inexécution

L'article 1226 clarifie la mise en œuvre de la résolution unilatérale extrajudiciaire. Cette clarification est bienvenue car l'arrêt Tocqueville a soulevé un nombre très important de questions dont quasiment aucune n'a été fermement tranchée par la Cour de cassation depuis.

L'expression « *à ses risques et périls* » est conservée (al. 1^{er}). Elle signifie simplement que le juge peut toujours être saisi *a posteriori* pour contrôler la régularité de la résolution unilatérale, ce que

¹ Com., 12 juill. 2005, n° 03-12507.

² Civ. 1^{re}, 12 oct. 1998, n° 96-21485, Bull. civ. I, n° 300.

confirme l'alinéa 4 du texte. Le juge devrait ainsi pouvoir sanctionner la résolution illicite s'il considère que la gravité de l'inexécution invoquée par le créancier n'est pas caractérisée.

La résolution se fait par notification (al. 1^{er}) et c'est à la date de sa réception qu'elle prendra effet (en rappelant que les restitutions sont indépendantes de cette date).

Le débiteur doit préalablement être mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable (al. 1^{er}) et cette mise en demeure doit informer le débiteur que le contrat pourra être résolu unilatéralement si l'inexécution persiste (al. 2). Le texte précise que le créancier est dispensé de mise en demeure préalable en cas d'urgence (al. 1^{er}).

Si l'inexécution persiste, le créancier peut notifier au débiteur la résolution en indiquant les raisons qui la motivent (al. 3). Le texte ne précise pas si, en cas de contestation judiciaire de la régularité de la résolution, l'auteur de la résolution sera limité, pour justifier le bienfondé de cette dernière, aux motifs invoqués dans la notification (comme dans la procédure de licenciement en droit du travail par exemple), ou s'il pourra invoquer d'autres faits non mentionnés dans la notification pour justifier le caractère suffisamment grave de l'inexécution. La souplesse devrait l'emporter et la justification devrait simplement interdire au créancier d'invoquer de nouveaux motifs au soutien de sa décision de résolution par notification ; dit autrement il devrait s'en tenir à l'inexécution invoquée mais demeurer libre de ses arguments pour en démontrer la gravité.

Deux questions demeurent en suspens :

- les parties peuvent-elles renoncer à la résolution par notification ? En faveur du caractère supplétif du mécanisme, on arguera de l'admission, sous l'empire du droit antérieur, de la renonciation à la résolution judiciaire.
- Quelle sanction en cas de résolution par notification irrégulière ? En effet, la question de la sanction d'une résolution unilatérale extrajudiciaire irrégulière demeure non résolue. Les adeptes de la maxime *pacta sunt servanda* considéreront que la force obligatoire du contrat impose que toute résolution irrégulière soit privée d'effet, mais la Cour de cassation ne s'est pas toujours montrée sensible à ce type d'argument ainsi que l'a démontré la jurisprudence Cruz relative à la violation des promesses unilatérales. Il n'est donc pas exclu que la Haute juridiction fasse primer un certain réalisme – économique ? – sur un principe, la force obligatoire du contrat, qui a perdu la vigueur qui était la sienne à l'époque où la théorie de l'autonomie de la volonté emportait l'adhésion de la majorité de la doctrine.

II. Du neuf = un droit des contrats novateur

Les innovations sont tout à la fois idéologiques (A) et techniques (B).

A. Une innovation idéologique : la prééminence de l'exécution forcée en nature

L'exécution forcée en nature est désormais en principe de droit³, dès lors que le créancier le souhaite (elle ne peut lui être imposée, s'il estime qu'elle ne présente plus pour lui d'intérêt ou qu'il y a eu perte de confiance par exemple envers le débiteur). L'action en exécution forcée ne peut toutefois être intentée, précise le texte, qu'après que le débiteur a été mis en demeure d'exécuter son obligation.

Voilà les perspectives inversées au regard des dispositions antérieures de l'article 1142 du Code civil... que la jurisprudence avait toutefois largement atténuées sur le fondement de l'article 1184.

Le texte prévoit toutefois deux limites à ce principe.

De première part, l'exécution forcée en nature est exclue « *lorsqu'elle est impossible* » (article 1221). Là encore le texte ne fait que consacrer la jurisprudence antérieure et l'on distingue traditionnellement trois types d'impossibilités qui peuvent faire obstacles à une exécution forcée en nature.

L'impossibilité peut être matérielle. Par exemple le débiteur s'est engagé à rénover un bien qui a péri : le bien n'existant plus, il est matériellement impossible de forcer l'exécution en nature de l'obligation de faire.

L'impossibilité peut être morale, dont on donne classiquement l'exemple d'un artiste qui s'engage à réaliser un tableau. On ne peut contraindre le peintre à exécuter son obligation de faire car on considère que cela serait excessivement attentatoire à ses libertés individuelles, en raison du caractère éminemment personnel de l'obligation. S'agissant d'une impossibilité tenant au respect d'un droit fondamental, cette impossibilité est très proche, voire se confond, avec l'impossibilité juridique.

L'impossibilité peut en effet être juridique. Voici un bailleur qui conclut successivement deux contrats de bail portant sur le même immeuble, mais avec deux preneurs distincts. Une fois le premier preneur installé dans l'immeuble, le second locataire ne peut plus obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation de faire (de mise à disposition) du bailleur, car cela nécessiterait d'expulser le premier preneur qui a tout autant droit à occuper les lieux puisqu'il bénéficie lui aussi d'un contrat de bail.

De seconde part, l'exécution forcée en nature est également exclue « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur (de bonne foi rajoutera la loi de transposition) et son intérêt pour le créancier* »⁴. Il s'agit d'une nouveauté, la Cour de cassation ayant réaffirmé en 2015 que le coût « *exorbitant* » de l'exécution en nature n'était pas un motif permettant aux juges du fond de rejeter la demande d'exécution forcée en nature. Selon le rapport remis au Président de la République, « *cette nouvelle exception vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci*

³ Article 1221 du Code civil.

⁴ Article 1221 du Code civil.

puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit. Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue. »

B. Des innovations techniques

Ces innovations techniques sont la création d'une *exceptio timoris* (i), la généralisation de la réfaction du contrat (ii) et le bouleversement des effets de la résolution quelle qu'en soit la source (iii).

L'*exceptio timoris* est d'abord créée. Il s'agit d'étendre l'exception d'inexécution à un simple **risque** d'inexécution⁵. Le texte pose des conditions relativement strictes à cette possibilité : il doit être « *manifeste* » que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et les « *conséquences* » de cette inexécution doivent être « *suffisamment graves* ». Cette exigence a, cette fois, été jugée « *nécessaire* » et il a été relevé que ce sont ses conséquences qui doivent être suffisamment graves⁶.

Par ailleurs l'*exceptio timoris* n'est licite, en cas de simple risque d'inexécution, que si elle est notifiée dans les meilleurs délais au cocontractant : la notion de « *meilleurs délais* », qui n'est pas littéralement celle de « *délais raisonnables* », n'est pas précisée : sera-t-elle plus courte ? Sans doute.

Il n'est pas expressément exigé de justification de la suspension d'exécution... alors que c'est le cas dans la résolution unilatérale et dans la réduction de prix. Le texte manque ainsi de cohérence.

La réfaction du contrat est ensuite généralisée. La réfaction est un mécanisme qui permet de sanctionner une inexécution partielle d'une obligation par une révision du contrat qui consiste à diminuer de façon proportionnelle l'obligation réciproque de paiement du prix (le texte ne porte que sur cette donnée et il serait surprenant que la jurisprudence l'étende à d'autres obligations, le texte étant assez clair sur ce point ; contra Chantepie et Latina, n° 645, pp. 558-559). Le mécanisme était jusqu'à maintenant admis dans les ventes commerciales : lorsque l'acquéreur estime que la marchandise livrée ne correspond pas, en qualité ou en quantité, à ce qui avait été convenu, il peut réclamer une réfaction du prix, c'est-à-dire une réduction fixée, à défaut d'accord entre les parties, par le juge⁷. Cette possibilité de sanctionner une inexécution partielle par une révision du prix était également déjà reconnue dans le Code civil, mais dans des hypothèses spéciales limitées et ces mécanismes spéciaux nécessitent une saisine du juge pour être mis en œuvre (par exemple, l'action estimatoire en cas de vice caché). La réfaction unilatérale et extrajudiciaire du contrat est désormais possible dans tous les contrats, encore que le texte la consacre en des termes fort ambigus.

Le mécanisme est décrit à l'article 1223 du Code civil⁸. L'ordonnance préfère l'expression « *réduction du prix* » au terme « *réfaction* ». Le mécanisme se déroule en deux temps. Le

créancier doit d'abord mettre en demeure le débiteur d'exécuter correctement l'obligation qui n'a été que partiellement exécutée.

A défaut, et dans un second temps, il peut « *solliciter* » une réduction de prix. La condition de fond de validité de la réduction de prix est naturellement la proportionnalité entre la réduction du prix et l'étendue de l'inexécution partielle. En revanche, il est surprenant et peut-être regrettable que la motivation du principe et du *quantum* de la réduction n'ait pas été exigée (v. Chantepie et Latina, n°644, p. 558).

Le terme « *solliciter* » renvoie à une demande de réduction de prix, dont le destinataire pourrait être le cocontractant ou encore le juge... L'unilatéralisme de la sanction, qui ressort clairement du rapport remis au Président de la République, n'est donc de prime abord pas évident. Encore qu'il faille nuancer selon que le prix n'a pas encore été payé ou l'a déjà été.

Si le prix n'a pas encore été payé, le créancier peut alors notifier au débiteur défaillant sa décision de réduire le prix ; l'unilatéralisme est ici assez net. Le débiteur peut naturellement contester le bienfondé de cette décision unilatérale et saisir le juge pour obtenir le paiement intégral de la somme qui avait été initialement convenue ou contester le *quantum* de la réduction de prix décidée par le créancier.

Si le créancier a déjà payé le débiteur avant que celui-ci n'exécute son obligation, alors la réduction de prix unilatérale oblige le débiteur à rembourser partiellement le créancier ; s'il refuse, ce sera cette fois au créancier de saisir le juge pour contraindre le débiteur à rembourser partiellement ce qui a déjà été payé.

Les effets de la résolution sont enfin bouleversés : son effet rétroactif est abandonné ; les conséquences de la résolution sont désormais traitées sous l'angle des restitutions. Il en est outre prévu que « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie.* » Est ainsi consacrée la limitation des effets de la résolution dans les contrats à exécution successive à compter de l'inexécution, la période antérieure étant consolidée, ainsi que le décidait déjà la Cour de cassation.

⁵ Article 1220 du Code civil.

⁶ G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016, n° 630, spéc. p. 545.

⁷ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey 23^e éd. 2017, n° 932, spéc. p. 494.

⁸ Le texte sera profondément remanié par la loi de ratification du 20 avril 2018.

La stabilité du droit des quasi-contrats après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹



Alaa ABD EL HAFIZ

Docteur D'Aix-Marseille Université

(La forme orale a été conservée)

Très peu d'auteurs s'aventurent sur le terrain des quasi-contrats et pour cause, la notion en elle-même pose énormément de difficultés quant à son appréhension, sa compréhension et son application.

Il faut dire que les quasi-contrats se résument à des situations assez courantes qu'on retrouve dans la vie de tous les jours. Ainsi, une fuite d'eau dans l'appartement d'un propriétaire absent ou encore une opération de sauvetage réalisée en pleine saison de ski suite à une victime blessée ou encore une facture de téléphone réglée par le *solvens* alors même que la dette est inexistante sont des situations très courantes mais qui posent plusieurs problèmes dans la pratique.

En effet, pour l'exemple de la fuite d'eau, un gérant va prendre l'initiative de réparer cette fuite. Cette réparation va engendrer des coûts. Ce coût va soit être pris en charge par le gérant et auquel cas se pose la question de qui va supporter le poids définitif de cette dépense ? Soit, le coût n'est pas pris en charge par le gérant et auquel cas se pose la question de qui va devoir respecter les engagements pris vis-à-vis du tiers soit de l'entreprise de réparation ?

Quant à l'exemple de l'opération de sauvetage, l'entreprise a pris en charge le coût de cette opération. Ainsi, l'entreprise doit-elle supporter le poids définitif de cette intervention ?

Enfin, sur le paiement de la dette non due, quelle est la conséquence juridique de ce paiement à défaut de dettes ?

Face à ces situations, on constate bien que le problème ne peut être résolu par la catégorie contractuelle ou plus précisément le contrat en raison d'un défaut d'accord de volontés des parties car à aucun moment les parties n'ont manifesté une volonté de s'obliger par un contrat. Par là même, on ne peut les rattacher à la responsabilité civile extracontractuelle dans la mesure où la faute, condition substantielle de la responsabilité extracontractuelle, est défailante.

Néanmoins, le Code civil de 1804 a trouvé une situation intermédiaire, en consacrant la notion de quasi-contrat à l'ancien article 1371 du Code civil. La notion est alors définie comme des faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement.

Termes assez généraux qui ouvrent, en réalité, sur deux quasi-contrats nommés que sont la gestion d'affaires et la répétition de l'indu.

Ainsi, quand lorsqu'un gérant d'affaires est amené à gérer, de manière spontanée et altruiste, les affaires du maître, ce dernier est lié par cette gestion comme dans un contrat de mandat c'est-à-dire que le gérant d'affaires doit remplir les obligations au même titre que le mandataire et *a contrario*, le maître de l'affaire doit obéir aux obligations découlant

¹ A. ABD EL HAFIZ, *De l'autonomie du quasi-contrat*, Th. Aix-en-Provence, 2017.

du mandat à l'instar du mandant, dès lors que la gestion sauvegarde ses intérêts.

Aux côtés de la gestion d'affaires, la répétition de l'indu a permis de combler les situations dans lesquelles le *solvens* va effectuer un paiement au profit de l'*accipiens* alors même que la dette est inexistante. A ce propos, le Code civil va faire peser sur l'*accipiens* une obligation de répétition ou plus précisément une obligation de restitution que la doctrine a tenté de faire rapprocher au contrat de prêt. L'obligation de restitution faisant écho à l'obligation de restitution de l'emprunteur, même si l'obligation de restitution en matière de prêt n'est pas analogue à celle de la répétition de l'indu dans la mesure où la première résulte d'une jouissance temporaire, alors que la deuxième résulte d'un paiement non dû.

Enfin, aux côtés de ces contrats nommés, la jurisprudence BOUDIER a pris l'initiative de créer de toute pièce un troisième quasi-contrat : l'enrichissement sans cause. Ce quasi-contrat a été créé afin d'intégrer des situations qui ne relèvent ni de la gestion d'affaires, ni de la répétition de l'indu. L'enrichissement sans cause permet de corriger tout transfert de valeurs dépourvu de cause entre le patrimoine de l'enrichi et le patrimoine de l'appauvri.

Gestion d'affaires, répétition de l'indu et enrichissement sans cause, sont les trois qualificatifs qui forment la notion de quasi-contrat avant la réforme. Malgré les critiques, le Professeur Méline DOUCHY va soutenir la nécessité du maintien de la notion. En effet, il ne s'agit pas d'une notion fourre-tout mais d'une notion à part entière, une notion autonome. Cette autonomie se traduit dans un critère d'unité qu'est le transfert de valeurs sans cause ; critère que l'on retrouve dans les trois quasi-contrats.

En somme, la notion de quasi-contrat vient à corriger un transfert de valeurs non justifié, ou plus précisément, un transfert de valeurs injuste.

Toutefois, ce critère d'unité va être mis à mal par la jurisprudence sur les loteries publicitaires. En effet, la chambre mixte de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 6 septembre 2002, est venue pour la première fois qualifier les loteries publicitaires de quasi-contrat.

A ce titre, les entreprises de loteries ont pour habitude d'envoyer auprès des consommateurs des bons leur annonçant un gain alors qu'en réalité l'obtention de ce gain

2 Arrêt PATUREAU vs BOUDIER, Chambre des requêtes, 15 juin 1892.

3 M. DOUCHY *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, 1996, p. 8.

est soumis à la participation à un tirage au sort. Face à cette situation, la jurisprudence avait réglé la situation par la responsabilité civile extracontractuelle ; la pratique étant fautive car trompeuse. De cette faute découle un dommage de déception éprouvé par le consommateur. La qualification juridique est sans équivoque. Néanmoins, la qualification extracontractuelle s'est avérée peu dissuasive de sorte que la Chambre mixte a procédé à la requalification des loteries publicitaires en quasi-contrat.

Cette jurisprudence va semer un malaise au sein de la doctrine car une situation de responsabilité civile est devenue un quasi-contrat. Pire, on ne retrouve plus le critère d'unité posé par le Professeur Méline DOUCHY qu'est le transfert de valeurs injustifié.

La doctrine s'est alors questionnée sur le maintien de la notion de quasi-contrat au sein du Code civil. En effet, la notion est-elle opportune ou, au contraire, s'agit-il d'une notion fautive, dangereuse et inutile qui doit disparaître du Code civil comme le soutenait le doyen Henry VIZIOZ.

La réforme du 10 février 2016 a opté pour le maintien de la notion dans le Code civil. Ce maintien ne s'accompagne pas d'un très grand bouleversement mais plutôt d'un remaniement des quasi-contrats sans affecter le contenu des règles juridiques.

• La gestion d'affaires

Continuité : la gestion d'affaires est conservée au sein du Code civil, et le législateur continue de la soumettre au régime du mandat.

Apports de la réforme : Le législateur rappelle simplement qu'à défaut d'application de la gestion d'affaires, l'enrichissement injustifié trouve à s'appliquer ; ce qui n'est autre que le rappel de la subsidiarité de l'enrichissement injustifié⁵.

4 H. VIZIOZ *La notion de quasi-contrat, étude historique et critique*, Th. Bordeaux, 1912, p. 315. *Elle est inutile, puisqu'elle n'est d'aucun secours pour fixer la substance des obligations qu'on veut lui rattacher. Elle est dangereuse, en tant que, par sa qualification, elle provoque une assimilation trompeuse avec le contrat dont elle diffère essentiellement, et qu'elle laisse croire, soit que la volonté joue un rôle déterminant dans la formation de l'obligation, soit même que la loi tient toujours compte, pour appliquer un traitement spécial à l'obligation, du fait matériel volontaire qui peut s'y rencontrer, soit enfin que, dans l'insuffisance de dispositions expresses, il faille se référer aux règles contractuelles. Elle est fautive, parce qu'elle groupe un certain nombre d'obligations très différentes par leur nature et par leur origine, les empêchant ainsi de trouver leur place naturelle dans une classification scientifique. Elle n'est donc pas même bonne à servir de guide à des étudiants* ».

5 Nouvel article 1301 du Code civil.

- **Le paiement indu**

Continuité : Maintien de la répétition de l'indu au sein du Code sous le nom de paiement indu, avec maintien de l'obligation de restitution à la charge de l'accipiens pour tout paiement effectué par le *solvens* en l'absence de dette.

Apports de la réforme : La réforme renvoi désormais aux règles d'évaluation des restitutions prévues de manière autonome dans le Code civil au Chapitre V du Titre IV relatif au régime général des obligations⁶.

- **Enrichissement injustifié**

Continuité : l'action en enrichissement sans cause est maintenue avec la réforme. Tout transfert de valeurs injuste donne lieu à une action sur ce fondement.

Apports de la réforme : le législateur consacre désormais l'enrichissement sans cause au sein du Code civil sous le nom d'enrichissement injustifié. Quant aux règles d'évaluation de l'indemnité, le législateur précise que le calcul de l'indemnité se fait au jour du jugement, et non plus au jour de la demande rapprochant ainsi l'indemnité de la créance de réparation⁷.

Conclusion

Le quasi-contrat ne connaît pas de modifications importantes avec la réforme, néanmoins, elle accentue le rapprochement de la gestion d'affaires aux règles du contrat. Quant au paiement indu et l'enrichissement injustifié, la réforme est venue accentuer l'identité qui existe entre ces quasi-contrats et les mécanismes d'évaluation des créances de réparations en matière de responsabilité remettant ainsi en cause l'autonomie du quasi-contrat.

⁶ Nouveaux articles 1302 et 135 2 du Code civil.

⁷ Article 1303 du Code civil.

L'imputation du dommage causé par autrui à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie de mars 2017



Julien ORTIN

*Doctorant en droit privé – Université de Paris II Panthéon-Assas
ATER à l'IDAI – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne*

La réforme du droit des obligations de 2016 est venue clore plusieurs années de longs débats sur la nécessité de reprendre des solutions jurisprudentielles ou de les abandonner afin de clarifier le droit des obligations. Néanmoins ce processus de clarification n'est pas terminé puisque la réforme n'a pas affecté les différents régimes de responsabilité délictuelle. L'avant-projet de réforme de la Chancellerie de mars 2017 a pour ambition l'aboutissement de ce mouvement d'assainissement en réorganisant les différents régimes juridiques de responsabilités extracontractuelles afin de consacrer textuellement ou d'abandonner des solutions jurisprudentielles venues depuis la fin du XIX^e siècle en pallier les carences. L'opération de nettoyage la plus significative -qu'il s'agit de traiter ici- concerne la responsabilité du fait d'autrui, qu'elle soit générale (I) ou spéciale (II).

I. La responsabilité générale du fait d'autrui.

A) L'état antérieur du droit positif.

En matière de responsabilité du fait d'autrui, le législateur a prévu dès 1804 un panel assez complet de responsabilités spéciales. Ceci explique sans doute que la nécessité de consacrer une responsabilité générale ne soit devenue opportune que de nombreuses années après celle du fait des

choses¹. Il faut attendre l'arrêt Blicq de 1991² pour que soit reconnue la possibilité d'engager la responsabilité du fait d'autrui d'une personne sur le fondement de l'article 1384 -devenu 1242³- alinéa premier du code civil⁴. La consécration de la valeur juridique donnée à ce premier alinéa en matière de fait d'autrui a permis d'imputer à une personne le dommage causé par une autre hors des cas strictement prévus par la loi, dont les deux principaux restent la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur (article 1242 alinéa 4 du code civil) et la

¹ La Cour de cassation se fonde sur l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1384 du code civil pour prévoir une responsabilité générale du fait des choses à travers deux arrêts fondateurs : *Teffaine* (Civ., 16 juin 1896) et *Jandheur* (Ch. réun., 13 févr. 1930).

² Cass., ass. plén., 29 mars 1991, Bull. A.P., n°1. « *Ayant constaté qu'un centre d'aide par le travail est destiné à recevoir des handicapés mentaux, encadrés dans un milieu protégé et soumis à un régime comportant une totale liberté de circulation dans la journée, une cour d'appel décide à bon droit que l'association gestionnaire de ce centre doit répondre, au sens de l'article 1384 alinéa 1^{er}, de son pensionnaire et réparer les dommages qu'il a causés, dès lors qu'il résulte de ces constatations que l'association a accepté la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé* ».

³ Réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

⁴ « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

responsabilité du commettant du fait de son préposé (article 1242 alinéa 5 du code civil)⁵. Ainsi, dans l'arrêt Blicck, il s'agit d'imputer à un centre spécialisé la responsabilité d'un majeur en situation de handicap mental.

Depuis le début des années 1990, la Cour de cassation s'est fondée sur cet alinéa dans d'autres cas divers et variés en posant simplement comme condition une mission d'organisation, de direction et de contrôle, même temporaire, de la personne dont on souhaite engager la responsabilité sur celle ayant commis une faute à l'origine du dommage. Globalement, la jurisprudence a eu tendance à assouplir le strict contrôle de ces conditions afin de permettre d'engager de manière toujours plus importante cette forme de responsabilité. A titre d'exemple, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 mars 1997⁶ précise qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute. Autrement dit, il est impossible pour une personne de s'exonérer de la responsabilité de plein droit issue de ce texte en démontrant qu'elle n'a eu aucun comportement fautif.

B) Ce que propose de modifier le projet de réforme.

L'avant-projet de réforme de mars 2017 propose des modifications de forme conséquentes tout en ne transformant pas en profondeur le droit positif actuel sur le fond. Il vient consacrer un certain nombre de jurisprudences issues de l'interprétation de l'alinéa 1er de l'article 1242, c'est-à-dire du régime général de responsabilité du fait d'autrui, pour en faire des formes spéciales de responsabilités. Autrement dit, cet avant-projet prévoit de nouvelles formes de responsabilités spéciales du fait d'autrui qui ne sont autres que des cas rencontrés dans la jurisprudence de la Cour de cassation de l'article 1242 aliéna 1er. A titre d'exemple, le nouvel article 1247 dispose qu' « *est responsable de plein droit du fait du majeur placé sous sa surveillance la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent son mode de vie* ». Ce n'est rien d'autre, ici, que la jurisprudence Blicck.

En revanche, et c'est là la petite révolution de ce texte, en créant ces nouvelles formes de responsabilités spéciales et en les organisant au sein d'une sous-section autonome, le législateur vient détruire la lettre de l'actuel article 1242 alinéa 1er du code civil, et donc détruire le fondement juridique de la responsabilité générale du fait d'autrui. Autrement dit, le législateur vient consacrer un certain nombre de cas jurisprudentiels fondés à l'origine sur la

⁵ Les deux autres formes de responsabilités prévues à l'article 1242 du code civil étant celle des instituteurs du fait de leurs élèves et celle des artisans du fait de leurs apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

⁶ Crim., 26 mars 1997, Bull. crim., n°124.

responsabilité générale du fait d'autrui, pour en faire des hypothèses de responsabilités spéciales, tout en détruisant la possibilité pour le juge d'en créer de nouvelles. Grossièrement, le législateur explique au juge qu'il a sélectionné les lauréats parmi trente ans de jurisprudence, mais que maintenant il retire à ce dernier le fondement juridique duquel il tirait son pouvoir prétorien en la matière.

Le législateur semble même aller plus loin et fermer définitivement la porte à un éventuel nouveau fondement, par la lettre de son nouvel article 1245 alinéa 1er. Ce dernier, qui est un article assez général, vient introduire les différents cas de responsabilités spéciales du fait d'autrui prévus aux articles suivants et dispose que l'« *On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posés par les articles 1246 à 1249* ». Avec l'emploi des termes « *dans les cas et conditions* », le législateur fait clairement le choix d'une liste exhaustive qui interdit toute nouvelle hypothèse jurisprudentielle.

II. Les formes de responsabilités spéciales.

A) L'état antérieur du droit positif.

Il est nécessaire d'aborder les deux formes principales de responsabilités spéciales du fait d'autrui (préexistantes au projet de réforme), à savoir celle des parents du fait de leur enfant mineur et celle du commettant du fait de son préposé⁷. Comme dans le cadre de la responsabilité générale du fait d'autrui ou dans celui de la responsabilité du fait des choses, la jurisprudence est venue à plusieurs reprises préciser leur régime juridique afin d'en élargir le champ d'application.

Pour la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, prévue à l'alinéa 4 de l'article 1242 du code civil⁸, il faut aborder un arrêt important de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984⁹ qui ne sollicite que la démonstration d'un lien causal entre le fait de l'enfant et la survenance du dommage pour engager la responsabilité de ses parents. En d'autres termes, le juge n'exige pas ici que soit rapportée la preuve d'une faute de l'enfant pour appliquer ce texte. Seule la preuve d'un lien causal entre le fait de l'enfant, fautif ou non, et la survenance du dommage doit être rapportée. La Cour de cassation est également venue préciser que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer un parent de la responsabilité du fait de son

⁷ L'alinéa 5 de l'article 1242 qui aborde la responsabilité du commettant du fait de son préposé mentionne également celle du maître du fait de son domestique. Il n'est cependant pas opportun d'analyser cette dernière qui est tombée en désuétude.

⁸ « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

⁹ Ass. plén., 9 mai 1984, Bull. A.P., n°4.

enfant mineur¹⁰. Autrement dit, la Cour de cassation est indifférente aux fautes, que ce soit celle de l'enfant ou celle du parent (une faute de surveillance), dans son appréciation de l'éventualité d'engager la responsabilité du parent du fait de son enfant. Preuve en est, un des critères d'application de ce texte est la cohabitation, et la Cour de cassation entend cette notion comme le fait de résider habituellement au domicile des parents. C'est-à-dire que peut engager la responsabilité de ses parents le fait d'un enfant mineur intervenu alors même que les parents n'étaient pas présents, et donc a fortiori lorsque les parents n'ont commis aucune faute de surveillance¹¹.

Pour le commettant responsable du fait de son préposé, l'article 1242 alinéa 5 du code civil est une fois de plus assez général¹², et c'est donc la jurisprudence qui a dû donner les conditions de son application. Il faut un lien de préposition entre le commettant et le préposé, et il faut un acte fautif commis dans le cadre des fonctions qui ont été confiées au préposé par le commettant. Ici également, le juge est venu préciser ces conditions afin d'élargir le champ d'application du texte, notamment en expliquant ce qu'était un rapport de préposition : celui-ci supposant simplement que le commettant puisse faire acte d'autorité en donnant à un préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir, même à titre temporaire, les emplois confiés pour un temps et un objectif déterminé¹³. Ce qu'il faut comprendre, c'est que le rapport de subordination ne peut être qu'occasionnel, c'est-à-dire le résultat d'un transfert ponctuel du lien de préposition. C'est également la jurisprudence qui est venue au cas par cas préciser ce qu'était ou ce qui n'était pas une faute du préposé susceptible d'engager sa responsabilité à la place de celle du commettant.

B) Ce que propose de modifier le projet de réforme.

La réforme, ici, opère un tri, en abandonnant les responsabilités spéciales devenues obsolètes, et en organisant les deux principales abordées dans des articles autonomes où les différents alinéas les composants reprennent les jurisprudences que nous venons d'analyser.

Ainsi, disparaît la formulation désuète de la responsabilité du maître du fait de son domestique au sein de l'article portant sur la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Disparaissent également les responsabilités spéciales des instituteurs et des artisans du fait de leurs

élèves et de leurs apprentis qui font l'objet de l'alinéa 6 de l'actuel article 1242 du code civil.

Les jurisprudences propres à la responsabilité du commettant du fait de son préposé sont, elles, consacrées au sein d'un nouvel article 1249¹⁴, ce dernier étant bien plus complet que ne l'est l'alinéa 5 de l'article 1242. Ainsi, à titre d'exemple, l'hypothèse du transfert du lien de préposition est venue se glisser à l'alinéa 2 de l'article 1249.

Pour ce qui est de la responsabilité du fait d'un enfant mineur, si là aussi, le législateur, à travers cet avant-projet compte lui octroyer un article autonome, à savoir l'article 1246, il inverse le prisme de cette responsabilité, ne raisonnant plus à travers les cas où des parents peuvent voir leur responsabilité engagée du fait de leur enfant mais à travers les cas où un fait de l'enfant peut faire engager la responsabilité d'un tiers. L'article est donc plus général, puisqu'il prévoit le cas des parents, mais également des tuteurs ou de la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. De ce point de vue, une fois encore, le législateur ne fait qu'emprunter aux jurisprudences de la Cour de cassation qui étaient venues identifier ces différentes hypothèses¹⁵.

L'avant-projet de réforme de mars 2017 s'inscrit donc dans une volonté globale de simplification du droit des obligations. Cependant, une interrogation peut être soulevée quant à la lettre de l'alinéa 2 de l'article 1245. L'alinéa 1^{er} de l'article, que nous avons abordé précédemment dans le cadre de la disparition de la responsabilité générale du fait d'autrui, est suivi d'un second alinéa, en apparence tout à fait banal, et qui dans l'esprit du législateur n'avait certainement qu'une vocation de fluidité de lecture, un but de transition, comme pouvait l'avoir originellement l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 ancien du code civil. Seulement, le caractère flou de cet alinéa pourrait servir de nouveau fondement juridique au juge judiciaire pour créer de nouvelles règles générales. Voici cet alinéa : « *Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage* ». Nous retrouvons donc une disposition, ici,

¹⁴ « *Le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé.*

Est commettant celui qui a le pouvoir de donner au préposé des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement de ses fonctions ».

¹⁵ Par exemple Civ. 2^e, 6 juin 2002. « *Une association chargée par décision d'un juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur demeure responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci habite avec ses parents, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative* ».

¹⁰ Civ. 2^e, 19 févr. 1997, Bull. civ. II, n°56.

¹¹ Civ. 2^e, 20 janv. 2000, Bull. civ. II, n°14.

¹² « *Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ».

¹³ Crim., 7 nov. 1968, Bull. crim., n°291.

qui est générale et qui donc s'applique aux textes auquel renvoi l'alinéa 1er du même article et donc notamment, aux articles 1246 et 1249 que nous venons de développer.

Cet alinéa vient imposer de rapporter la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage. Dans la lettre du texte, il est difficile de comprendre s'il s'agit de rapporter la preuve d'une faute.

Or, si le juge estime que ce texte impose de rapporter la preuve d'un fait fautif, il aura de grosses conséquences sur le régime juridique actuel de la responsabilité des parents du fait de leur enfant, dans la mesure où dans le cas de la responsabilité d'un enfant mineur, l'auteur direct du dommage, c'est l'enfant mineur lui-même. C'est-à-dire qu'ici, par la généralisation de cette règle le juge pourrait briser la jurisprudence selon laquelle la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur est une responsabilité sans faute. Il faudrait désormais prouver que l'enfant a eu un comportement fautif pour engager la responsabilité de ses parents. La simple preuve d'un lien causal entre la survenance du dommage et le fait de l'enfant ne suffirait plus à agir sur ce fondement.

Si nous résonnons *a contrario*, sur ce fondement le juge pourrait faire de la responsabilité du fait d'autrui une responsabilité sans faute comme peut l'être la responsabilité du fait des choses.

Dans ce cas, ce serait le régime juridique de la responsabilité du commettant du fait de son préposé qui se trouverait bouleversé.

La sanctuarisation de l'indemnisation du dommage corporel par le projet de réforme de la responsabilité civile



Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé HDR à la faculté de droit de l'Université de Montpellier

Le style oral de la présentation a été conservé et le nombre de références bibliographique limité

Introduction

A l'heure actuelle, le paradigme en matière de responsabilité civile repose sur la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 tend à modifier ce paradigme en distinguant le dommage corporel des autres catégories de dommages.

A ce titre, le dommage corporel – les atteintes au corps de la victime – et la réparation des conséquences qui en résultent – les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux – fait l'objet d'une véritable sanctuarisation pour littéralement devenir un lieu protégé, en vue de garantir l'indemnisation des préjudices subis par la victime. « Nul ne doit causer à autrui de dommage corporel, voilà ce que sous-tend le projet »¹... affirmation sur laquelle il est permis d'émettre quelques réserves. Mais l'intention est bien là.

Pour sanctuariser l'indemnisation du dommage corporel, le projet de réforme procède par uniformisation (I) et par neutralisation (II).

I. La sanctuarisation du dommage corporel par uniformisation

La responsabilité civile va être l'objet d'un mouvement d'uniformisation : uniformisation de la nature de la responsabilité

encourue en cas de dommage corporel d'une part (A) et uniformisation du régime de la réparation d'autre part (B).

A. La nature de la responsabilité encourue va d'une part être uniformisée

Cette uniformisation se fera par unification ou, pour être plus précis, par quasi-unification : la responsabilité sera civile (i) ; la responsabilité sera extracontractuelle (ii).

En premier lieu, la responsabilité sera civile par opposition à la responsabilité administrative : l'article 1267 nouveau du Code civil devrait prévoir que « *les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives* ». La présente sous-section est celle portant règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel. Partant du principe de droit administratif selon lequel la compétence du juge administratif emporte application du droit administratif, le projet soumet donc aux règles du droit civil les litiges appelant classiquement application du droit administratif. Mais cette unification ne porte, *de lege feranda*, que sur les règles de la sous-section. Or, toutes les dispositions applicables au dommage corporel ne sont pas contenues dans cette sous-section : dommage corporel causé par une personne indéterminée d'un groupe (article 1240 nouveau) ; faute lourde de la victime seule limitative de la responsabilité (article 1254 al. 2

¹ Discours de présentation de M. le Garde des sceaux, Ministre de la justice, p. 3. Formule contestable en ce qu'elle suggère que le dommage seul ouvre droit à indemnisation ; or, un fait générateur et un lien de

causalité sont également indispensables, y compris en matière de dommages corporels.

nouveau); neutralisation de l'autorité de la chose jugée (article 1262 nouveau); exclusion de l'obligation de minimisation (article 1263 nouveau); prohibition des clauses limitatives de responsabilité (article 1281 nouveau)... autant de règles que le juge administratif ne sera pas contraint d'appliquer, ce qui pourrait donner prise à des solutions originales en droit administratif. Ce que le discours du Grade des sceaux et le dossier de presse entourant ce projet ne mettent guère en évidence... voire contredisent purement et simplement² (v. le dossier de presse p. 3 in fine).

En second lieu, la responsabilité sera extracontractuelle, même lorsque les dommages ont été causés dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Cette technique d'unification n'est pas nouvelle³. Elle améliore la situation de la victime sur deux points au moins : une absence de limitation de la responsabilité au dommage prévisible (article 1252 nouveau); une application nette de la prescription décennale et non quinquennale (article 2226 nouveau). Mais là encore, l'uniformisation n'est pas complète puisque les dispositions contractuelles qui seraient plus favorable à la victime pourront être invoquées par cette dernière; une sorte de principe *in favorem* (article 1233-1 nouveau).

Uniformisée dans sa nature, la responsabilité va être uniformisée dans ses effets.

B. C'est ainsi, d'autre part, que le régime de la réparation a également vocation à être uniformisé.

Cette uniformisation devrait porter sur l'objet de la réparation (i) et sur le quantum de la réparation (ii).

En premier lieu, l'objet de la réparation va être uniformisé par le principe selon lequel « *les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État* » (article 1269 nouveau). Cette nomenclature sera, selon tout vraisemblance, la reprise de la nomenclature Dinthilac, qui dresse un tableau complet des conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales, pour la victime directe et pour les victimes par ricochet, d'une atteinte corporelle, d'un dommage corporel. L'uniformisation résultera de l'obligation, selon moi, faite au juge d'identifier chaque poste de préjudice indemnisé, en s'appuyant sur une nomenclature non limitative laissant ouverte la possibilité de découverte de nouveaux postes de préjudices.

En second lieu, le quantum de la réparation a vocation à être uniformisé, spécialement pour l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux qui, par définition, ne présentent pas de valeur pécuniaire. Pour ce faire, un décret en Conseil d'État déterminera un référentiel indicatif d'indemnisation des différents postes de préjudices extrapatrimoniaux, référentiel réévalué tous les trois ans sur la base des indemnités accordées par les juridictions (article 1271, al. 1^{er} nouveau). En outre, une base de données

devrait rassembler les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation des dommages corporels des victimes d'accidents de la circulation (art 1271, al. 2 nouveau) et devrait permettre aux victimes de situer leur propre situation dans son contexte et d'ainsi se faire une idée des indemnités habituellement allouées.

Les victimes de dommages corporels ont donc vocation à être traitées de manière uniforme. Ce traitement devrait être très protecteur, ce pour quoi le projet procède par neutralisation.

II. La sanctuarisation du dommage corporel passe donc également par la neutralisation de la situation de la victime

La neutralisation consiste à annuler, annihiler les effets d'un événement, d'une situation. C'est précisément ce à quoi procède le projet de réforme en neutralisant la situation de la victime non seulement avant la survenance du dommage mais aussi après.

A. D'une part, c'est la situation de la victime avant dommage qui est neutralisée.

Trois règles participent de cette neutralisation :

D'abord, les prédispositions de la victime sont sans influence sur son droit à indemnisation (article 1268 nouveau).

Ensuite, les clauses limitatives de responsabilité, dont la validité de principe serait affirmée y compris en matière extracontractuelle, sont prohibées en cas de dommage corporel (article 1281, al 2 nouveau);

Enfin, et surtout, seule la faute lourde de la victime pourrait limiter son droit à indemnisation (article 1254 nouveau), voire sa faute inexcusable (mais non exclusive de l'accident) lorsqu'il s'agit d'une victime conductrice d'un véhicule terrestre à moteur (article 1287 nouveau relatif aux victimes d'accidents de la circulation). Seuls les comportements les plus graves de la victime seront limitatifs. Restera à la jurisprudence à définir la faute lourde.

Ce mouvement de neutralisation se poursuit postérieurement à la survenance du dommage.

B. D'autre part, en effet, la situation de la victime postérieurement au dommage est également neutralisée par le projet.

Cette neutralisation peut être relevée à deux égards.

En premier lieu, la victime est soustraite à la rigueur de l'autorité de la chose jugée puisqu'elle pourra demander une

² Dossier de presse, p. 3 in fine.

³ En matière d'accidents de la circulation impliquant un véhicule terrestre à moteur, v. L. n° 85-677 du 5 juillet 1985, art. 1^{er}; en matière de responsabilité du fait de produits défectueux, v. art. 1245 du Code civil.

« indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale ». En revanche, la victime devra prêter attention au cours de la prescription extinctive.

En second lieu, l'obligation novatrice faite à la victime de s'opposer à l'aggravation de ses préjudices (article 1263 nouveau, la fameuse *mitigation of damage*) est exclue en matière de dommage corporel, que les préjudices soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux.

Le projet de réforme place les atteintes au corps au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés ; mais il n'en méconnaît pas moins l'importance des atteintes à l'environnement sur lesquelles ma jeune collègue Solène Grandjean va nous éclairer.

Le dommage environnemental à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie



Solène Grandjean

*VIA – Adjointe du directeur de l'IDAI (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Doctorante en droit privé*

Le dispositif de responsabilité environnementale est l'aspect le plus récent en matière de responsabilité puisqu'il a été intégré dans le Code civil en 2016. Il n'est donc pas prévu que l'avant-projet de réforme de la Chancellerie¹ modifie sur le fond les dispositions relatives à ce sujet. Les articles changent de numérotation passant des articles 1246 et suivants à 1279-1 et suivants, mais le texte reste le même.

Néanmoins, il est possible de noter un changement important : le titre du chapitre III « la réparation du préjudice écologique » est transformé en une sous-section sur les « règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage environnemental ». Si le changement peut sembler anodin, il peut être interprété comme portant une modification dans l'appréhension de la réparation des atteintes à l'environnement par le législateur. En effet, si une partie de la doctrine considère que les notions de préjudice et de dommage s'emploient indifféremment pour désigner « les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales d'une atteinte à la personne ou aux biens »² d'autres font bien la distinction. Le dommage qualifie alors l'atteinte proprement dite à la personne ou au bien tandis que le terme préjudice est employé pour qualifier les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales que le dommage engendre.

Dans cette perspective, le professeur Laurent Neyret propose de considérer que le dommage écologique est « une dégradation constatée objectivement, comme celle

portée à l'intégrité écologique des ressources naturelles »³. Le préjudice écologique est alors constitué par les conséquences que la dégradation entraîne. Pour la nature en elle-même c'est le préjudice écologique pur. Pour des personnes ou des biens c'est un préjudice écologique dérivé.

Mais, la nature n'a pas la personnalité juridique, ce n'est pas un sujet de droit. L'utilisation du terme préjudice écologique pouvait ainsi mener à une certaine confusion. Sur cette question, certains auteurs ont considéré, pour résoudre ce problème, qu'en réalité le préjudice écologique causait bien atteinte à une personne fictive constituée par l'ensemble de l'humanité⁴. Et en détruisant le patrimoine environnemental collectif on porte alors atteinte au patrimoine de chacun.

Si l'on reprend la définition du dommage écologique du Professeur Neyret, il est en effet possible de considérer qu'au-delà d'un certain degré d'atteinte, le dommage écologique porte préjudice aux intérêts collectifs de tous. Et alors le dommage ne causerait un préjudice classique⁵ que s'il entame le patrimoine ou les droits extrapatrimoniaux d'une personne physique ou morale identifiée.

En parlant des « préjudices résultant d'un dommage environnemental » et non plus seulement de préjudice

¹ Du moins dans la version du projet en date de mars 2017.

² B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 3^e éd., 2011, p. 351.

³ L. Neyret, *Les atteintes au vivant et responsabilité civile*, th., LGDJ, 2006, p. 117.

⁴ F.-G. Trébulle, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, s. p. 667.

⁵ Et peut être réparé dans ce cas par le droit commun de la responsabilité civile.

écologique, le titre proposé par l'avant-projet est donc juridiquement plus précis.

Au-delà de l'identification de la personne dont l'intérêt est lésé par le dommage écologique la question qui se pose avec acuité dans la mise en place de la responsabilité environnementale est celle de la réparation du préjudice subi. Traditionnellement, en droit civil, tout fait de l'homme qui cause à autrui un dommage doit être réparé⁶ de manière à rétablir l'équilibre qui a été rompu par le fait causal. Exceptés pour certains dommages corporels, la réparation se fait normalement par équivalent⁷. C'est-à-dire en passant par le patrimoine des personnes en cause.

Or, la nature n'a pas un patrimoine au sens juridique du terme⁸, puisque ce n'est pas une personne juridique. L'idée de réparer une atteinte à l'environnement en passant pas un biais pécuniaire était donc problématique. C'est d'ailleurs pour cette raison que pendant longtemps seuls ont été pris en compte par le droit civil et étaient réparés les préjudices écologiques dérivés. Car ce sont ceux qui causent à des personnes identifiées morales ou publiques un préjudice et dont le droit commun de la responsabilité est à même de se saisir. Par exemple une marée noire (qui cause un dommage environnemental par la dégradation que le pétrole va engendrer sur les écosystèmes) peut très bien causer un préjudice à un exploitant agricole en bord de mer ou bien un hôtelier qui vont voir leur activité compromise par l'évènement. Dans ces cas-là, les préjudices dérivés résultant du dommage écologique peuvent être évalués et réparés par le droit de la responsabilité. D'autant qu'ils sont constitués par des atteintes à des biens ou à des personnes identifiées. La prise en compte du préjudice écologique pur, constitué par la seule détérioration de l'environnement en tant que telle, en dehors de tout rapport avec d'autres personnes, n'était pas réparé, faute de dispositif adapté. L'arrêt Erika de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 25 septembre 2012⁹ a ouvert la voie à la reconnaissance du préjudice écologique pur, en jugeant que ce préjudice avait vocation à être réparé de la même manière que les préjudices dérivés, qui sont évidemment toujours pris en compte par le droit civil.

⁶ Principe rappelé dans l'article 1240 du Code civil.

⁷ « C'est-à-dire par le versement à la victime d'une somme d'argent destinée à compenser son dommage », M. Bacache, *Droit des obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 3^e éd., p.1.

⁸ Définit comme « l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés », *Lexique des termes juridiques*, 2012, Dalloz, p. 627.

⁹ Cass. crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938, note Ph. Delebecque « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? » *D.* 2012, p. 2711 ; obs. F.-G. Trébulle, « Droit de l'environnement », *D.* 2012, p. 2557.

Cette reconnaissance par le juge a poussé le législateur à introduire la réparation du préjudice écologique dans le Code civil ce qu'il a fait par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité¹⁰.

En matière de responsabilité environnementale il existe un second mécanisme qui résulte de la transposition en 2008 de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale¹¹ dans le Code de l'environnement aux articles L. 160 et suivants¹². La reconnaissance du préjudice écologique pur en 2016 n'a pas fait disparaître cet autre système. Les deux coexistent aujourd'hui, parce qu'ils n'ont pas le même objet. En effet, la loi de 2008 ne vise à réparer que le préjudice écologique pur et exclut ceux causés à une personne. Alors que l'article L. 162-2 du Code de l'environnement prévoit qu'« une personne victime d'un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage ne peut en demander réparation sur le fondement du présent titre ». C'est donc le dommage causé à l'environnement en lui-même qui peut être réparé par les dispositions du Code de l'environnement à l'exclusion des préjudices subis par les personnes ou les biens.

Au contraire, la loi de 2016 et donc les dispositions du Code civil laissent supposer que la réparation du préjudice écologique est recherchée par des personnes morales qui, du fait de leur compétence ou de leur statut, subissent, directement un préjudice consécutif au dommage environnemental. Cette personne est donc censée subir par ricochet le préjudice écologique.

Sans s'étendre sur le mécanisme particulier de la loi de 2008¹³, on peut noter qu'elle est très peu appliquée car elle est complexe et que les préfets ne sont pas toujours enclins à protéger l'environnement face aux intérêts économiques locaux. De plus elle n'est applicable que lorsque le fait générateur du dommage est intervenu avant le 30 avril 2007. Or, on observe souvent une certaine latence entre le moment où intervient l'atteinte à l'environnement et le moment où le préjudice émerge. De plus la nature a parfois un pouvoir de régénération spontanée. Il n'est donc pas rare que le préjudice fait à la nature se déclare tard et se réduit du fait du temps, ce qui entraîne des complications pour évaluer la réparation.

¹⁰ LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

¹¹ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

¹² L'article L. 160-1 du Code de l'environnement dispose que « Le présent titre définit les conditions dans lesquelles sont prévenus ou réparés, en application du principe pollueur-payeur et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant ».

¹³ Qui est en réalité un régime spécial de police administrative.

La loi de 2008¹⁴ qui transposait la directive de 2004 mettait en place une hiérarchie dans les types de réparation. La loi de 2016 ne contraint pas autant le juge dans son choix, ce qui est regrettable.

La loi LRE de 2008 prévoyait trois types de réparation : d'abord la réparation primaire, entendue comme le retour à l'état initial de l'habitat endommagé. Ensuite, la réparation complémentaire, entendue comme un retour à un état comparable à l'état initial. Enfin, on trouve la réparation compensatoire. Certainement le plus connu, ce moyen vise à aménager des compensations écologiques dans le cas où il n'est pas possible de mettre en œuvre les deux réparations précédentes. Or, cette forme de réparation peut porter atteinte au droit de propriété et risque de coûter plus cher que la réparation complémentaire et primaire. Le code de l'environnement la reconnaît d'ailleurs en disant que l'autorité administrative est la seule compétence pour imposer des travaux sur la propriétaire privée, des servitudes et des expropriations pour cause d'utilité publique¹⁵.

En 2016, la loi biodiversité a clairement posé dans le Code civil, le principe selon lequel la réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature (**I.**) mais en cas d'impossibilité ou d'insuffisance le législateur a ouvert la voie à une réparation en argent (**II.**).

I – La réparation du préjudice écologique en nature

Théoriquement cela devrait être la seule solution possible et envisageable en ce qui concerne la réparation des préjudices causés par un dommage environnemental, puisque la réparation en nature est le seul moyen de restaurer le milieu qui a été dégradé. Le législateur a pris en compte cet impératif en en faisant le seul mode de réparation envisagé dans la loi de 2008. C'est également pour cette raison que l'article 1249 al 1 du Code civil pose le principe selon lequel : « la réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature ». Le juge est donc normalement tenu à un mode de réparation, ce qui limite son choix.

En plus de permettre une restauration complète du milieu qui a été touché, la réparation en nature à l'avantage de réparer les préjudices écologiques dérivés causés par le dommage environnemental. En supprimant la source du dommage et en remettant l'environnement dans son état initial, on supprime également la source des préjudices

dérivés¹⁶. Certes des dommages peuvent avoir été causés de manière irréversible à des personnes ou des biens, mais ils seront réparés sur le fondement de la responsabilité civile générale, sans avoir besoin de recourir à la réparation du préjudice écologique pur.

Mais la réparation en nature est parfois difficile à mettre en œuvre, voire impossible. D'une part, il faut scientifiquement être capable de déterminer en quoi consistent les mesures nécessaires pour restaurer le milieu. Or, il est parfois impossible de restaurer certains milieux qui ont été dégradés. D'autre part, il faut pouvoir identifier l'ampleur exacte de la destruction de la nature ce qui peut être compliqué quand la nature se régénère toute seule. C'est là où le juge et le juriste sont confrontés à leurs limites face à l'aspect scientifique de la matière qui parfois leur échappe.

Même si le juge est censé privilégier la réparation en nature conformément aux dispositions législatives, il est également tenu par d'autres principes qui découlent notamment de la séparation des autorités judiciaires et administratives. C'est entre autres le cas en matière d'ICPE ou d'urbanisme. Par exemple, pour pouvoir prononcer la destruction d'un ouvrage construit en violation d'une règle d'urbanisme ou d'une servitude d'utilité publique, le juge administratif doit au préalable avoir annulé l'autorisation d'urbanisme délivré par l'autorité administrative¹⁷, il doit surseoir à statuer et poser une question préjudicielle au juge administratif¹⁸.

De manière générale, la difficulté de la mise en œuvre de la réparation en nature est que son efficacité est conditionnée par l'effectivité de la restauration de l'environnement. C'est-à-dire qu'il faut que la réalisation de la remise en état ou d'une mesure équivalente soit adéquate et efficace. Or, ces données ne sont pas toujours certaines ni contrôlables. Si la réparation en nature est donc théoriquement la seule méthode valable, d'un point de vue pratique elle n'est pas toujours envisageable.

À côté de l'obligation de réparation en nature et contrairement au régime mis en place par la loi LRE de 2008, le nouveau régime de responsabilité civile mis en place en 2016 par la loi biodiversité, ouvre la porte à une réparation pécuniaire.

¹⁴ LOI n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement.

¹⁵ L. 162-12 du Code de l'environnement.

¹⁶ M. Bacache, « Quelle réparation pour le préjudice écologique ? », *Env. et dév. Durable*, mars 2013, étude 10, spéc. n°23.

¹⁷ Art. L. 480-13 C. urb.

¹⁸ Civ. 1^{er}, 8 oct. 1986, *D.* 1986, p. 573, rapp. P. Sargos.

II – La réparation par équivalent

L'article 1249 al 2 du Code civil dispose qu'« en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat. ». La réparation par équivalent se présente donc comme un mode de réparation subsidiaire auquel on ne recourt que lorsque la réparation en nature est impossible.

Dans ce cas des dommages et intérêts vont être versés au demandeur à l'action. Par contre s'il ne peut prendre les mesures utiles pour réparer le dommage environnemental, alors il est prévu que les dommages et intérêts sont reversés à l'Etat.

Néanmoins, si la réparation en argent semble adaptée pour réparer des préjudices personnels ou patrimoniaux causés par un dommage environnemental, instinctivement elle apparaît incapable de répondre à la spécificité du préjudice environnemental. En effet, il semble impossible de tarifer les dégradations faites à la nature. Comment évaluer en argent la perte d'un animal pour la biodiversité ou la destruction d'une parcelle forestière ? Illustrant le désarroi face à cette question, le juge judiciaire tend à attribuer des dommages et intérêts à valeur symbolique. Il a évalué à 125 euros la mort d'un rapace¹⁹ ou celle d'un loup²⁰ et à 150 euros la capture d'un oiseau appartenant à une espèce protégée²¹, ce qui va à l'encontre du principe de réparation intégrale²² pourtant prôné par le juge.

La solution serait peut-être de considérer que les dommages et intérêts ne sont pas là pour donner un prix à la nature mais doivent permettre de financer les mesures pour restaurer l'environnement dégradé. Pour ce faire il serait alors possible d'utiliser des mécanismes de compensation. Mais il faudrait accepter l'idée de l'affectation des dommages et intérêts. Et il n'y aurait alors plus besoin de fixer un prix à la nature, mais il suffirait de se référer aux frais de restauration, de repeuplement et de gestion de l'espace endommagé pour compenser le préjudice.

En principe, le demandeur à l'action en responsabilité peut user librement de ses dommages et intérêts²³. Dans certains

¹⁹ Pau, 17 mars 2005, n°00/400632.

²⁰ Aix-en-Provence, 21 mars 2005.

²¹ Pau, 4 déc. 2003, n°03/00399.

²² Principe selon lequel « le dédommagement dû par la responsable doit couvrir tout le dommage et uniquement le dommage, sans qu'il en résulte ni appauvrissement, ni enrichissement pour la victime », *Lexique des termes juridiques*, 2012, Dalloz, p. 748.

²³ Principe affirmé par la jurisprudence. Crim. 22 fév. 1995, n°94-82.991 : « le juge répressif ne peut, sans excéder ses pouvoirs, décider de l'affectation des sommes allouées à la partie civile en

cas le juge a admis des exceptions notamment en matière de santé²⁴. Il faudrait, comme le propose le Professeur Jourdain, que les dommages et intérêts octroyés en réparation d'un dommage environnemental soient obligatoirement dédiés « à la remise en état des lieux détruits ou dégradés, à défaut, à des fins de conservation de la nature »²⁵.

Pour résoudre ce problème, dans le cas où le demandeur ne peut pas prendre des mesures utiles à la réparation de l'environnement alors les dommages et intérêts sont alloués à l'État. Or, il n'y a pas de fonds d'indemnisation du préjudice écologique. On peut supposer que l'agence française pour la biodiversité²⁶, mise en place en 2016, serve de réceptacle à ces dommages et intérêts qui vont être décidés par le juge. D'autant que l'intervention d'un organe tiers pourrait également permettre de pérenniser les mesures prises²⁷ en instaurant un suivi pour évaluer si la remise en état est bien effective et non pas seulement temporaire. Car il ne faut jamais oublier que le temps de la nature n'est pas celui des hommes, et que le droit doit s'adapter à cette exigence.

réparation de son préjudice », note P. Jourdain, « Le juge peut-il affecter les dommages-intérêts qu'il alloue en réparation d'un préjudice », *RTD civ.* 1996, p. 402.

²⁴ C'est notamment le cas à propos des préjudices futurs (Crim. 30 mai 1989, *D.* 1990.93).

²⁵ P. Jourdain, « Le dommage écologique et sa réparation », in B. Dubuisson et G. Viney (dir.), *Les responsabilités civiles environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, 2006, p. 143.

²⁶ Etablissement public à caractère administratif créé par le titre III de la loi du 8 août 2016, qui « exerce des missions d'appui à la mise en œuvre des politiques publiques dans les domaines de la connaissance, la préservation, la gestion et la restauration de la biodiversité des milieux terrestres, aquatiques et marins » (<https://www.afbiodiversite.fr/fr>).

²⁷ Sur la nécessité de donner à la remise en état ou aux mesures de compensation des effets à très long terme sous peine de n'être qu'un « faux nez qui ne bénéficiera que très peu aux générations futures » : M. Mekki, « Loi biodiversité et droit de la construction - Propos introductifs », *RDI* 2016, p.576.

La fonction punitive de la responsabilité civile à la lumière du projet de réforme de la Chancellerie (mars 2017)



Thomas MASTRULLO

Maître de conférences HDR en droit privé

Directeur de l'IDAI

Expert technique international – Expertise France

(La forme orale a été conservée)

Le droit français de la responsabilité civile extracontractuelle repose sur le principe de la réparation intégrale.

Selon une formule bien connue de la Cour de cassation, en effet, « *les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »¹.

Le comportement de l'auteur du dommage n'est ici pas pris en considération par le juge civil : celui-ci doit réparer l'intégralité du dommage sans que la nature de la faute puisse avoir une quelconque influence sur le montant de l'indemnité due à la victime.

Par conséquent, en droit français, la responsabilité civile se voit dénier la fonction de peine privée : elle n'a qu'une simple fonction « *réparatoire* » et les dommages et intérêts octroyés de ce chef sont dits « *compensatoires* ».

Dans ces conditions, la fonction punitive et répressive de la responsabilité est réservée à la matière pénale².

Cela étant dit, depuis plusieurs années, des auteurs plaident en faveur du développement de la fonction punitive de la responsabilité civile extracontractuelle³.

Plus précisément, une partie de la doctrine estime que limiter la responsabilité civile à une fonction de réparation ne permet pas de sanctionner des faits dommageables qui, bien que non constitutifs d'une infraction pénale, sont commis délibérément par leurs auteurs, le plus souvent pour en retirer un bénéfice particulier.

C'est ce que l'on appelle des « *fautes lucratives* », c'est-à-dire des fautes dont les implications bénéfiques pour leur auteur ne sont pas neutralisées par la seule réparation des dommages causés.

Ces fautes lucratives se rencontrent principalement dans trois hypothèses : dans le cas des atteintes au droit à l'image ou à l'honneur, généralement par voie de presse ; dans le cas des atteintes aux droits de propriété

¹ Par ex. : Civ. 2^{ème}, 23 janv. 2003, n° 01-00.200, *Bull. civ. II*, n° 20.

² Signalons que le principe de la réparation intégrale s'applique aussi devant le juge pénal. V. par ex. : Crim., 19 mai 2009, n° 08-82.666 : « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ».

³ On peut citer par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

intellectuelle (l'indemnisation du préjudice du titulaire du droit n'empêche souvent pas le contrefacteur de bénéficier d'un enrichissement important) ; et dans le cas du droit de la concurrence et de la consommation (multiplication des violations mineures insusceptibles d'être compensées par l'application du principe de la réparation intégrale).

Ceci n'est pas à dire qu'il n'existe en droit français aucun mécanisme permettant à la responsabilité civile de revêtir une fonction punitive.

Plusieurs exemples peuvent être donnés.

Premièrement, la clause pénale. Notons à ce propos que la réforme du droit des obligations a introduit une définition unique de la clause pénale à l'article 1231-5 du Code civil : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». L'alinéa 2 évoque, du reste, la « pénalité » convenue.

Deuxièmement, il arrive que le droit français prenne en compte la gravité de la faute dans l'évaluation de l'indemnité versée à la victime. Il en est ainsi dans le cadre des condamnations au titre des frais irrépétibles sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Troisièmement, la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon⁴ impose au juge, pour fixer les dommages et intérêts, de prendre en considération non seulement le manque à gagner subi par la partie lésée mais également les bénéfices réalisés par le contrefacteur.

Au-delà de ces mécanismes spéciaux, la question du développement de la fonction punitive de la responsabilité civile se pose clairement avec le projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié par la Chancellerie le 13 mars 2017.

Sur ce point, le projet peut être résumé en deux grandes idées :

- Le rejet de l'introduction en droit français de dommages et intérêts punitifs (I) ;
- L'institution d'une amende civile « de droit commun » dans le code civil (II).

I. Le rejet de l'introduction en droit français de dommages et intérêts punitifs

Plusieurs systèmes juridiques, pour l'essentiel d'influence anglo-saxonne, connaissent les dommages et intérêts punitifs, lesquels viennent à la fois compléter l'indemnisation du préjudice et sanctionner le comportement de l'auteur du dommage.

⁴ Qui transpose le point 1 de l'article 13 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

C'est le cas de l'Angleterre, des Etats-Unis et du Québec (depuis 2001).

En revanche, les droits de tradition romano-germanique, au premier rang desquels le droit allemand, ne connaissent pas une telle institution.

Or, cette question n'a pas été harmonisée sur le plan européen.

La question s'est posée d'une introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français.

Plusieurs auteurs de référence se sont prononcés en faveur d'une telle introduction pour les « fautes lucratives »⁵.

Et une proposition de loi a été déposée en ce sens devant le Sénat le 9 juillet 2010.

Plus précisément, il s'agissait d'autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés. Etaient notamment visés par la recommandation n° 24 de la proposition les contentieux relatifs à la vie privée commises par les médias.

Les dommages et intérêts auraient été versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public. Leur montant aurait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires.

Cette proposition n'a toutefois jamais été adoptée.

Ceci ne signifie pas pour autant que le droit français se montre totalement réfractaire aux dommages et intérêts punitifs.

En effet, dans un arrêt *Fontaine Pajot* de 2010, la Cour de cassation a précisé, à propos de la reconnaissance d'un jugement américain ayant prononcé des dommages et intérêts punitifs à l'encontre d'une société de droit français, que « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public » du moment que « le montant alloué (n') est pas disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur »⁶.

Il en résulte que l'*exequatur* de décisions prononçant des dommages et intérêts punitifs est possible en France, sous réserve du respect d'un principe de proportionnalité.

Sous cette réserve, cependant, les dommages et intérêts punitifs ne sont toujours pas consacrés en droit français.

⁵ On pense à S. Carval, G. Viney, F. Terré, F. Leduc, P. Jourdain.

⁶ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303, Bull. civ. I, n° 248 ; D. 2011.423, note F-X. Licari ; RTD civ.2011.122, obs. B. Fages ; JCP G 2011, 435, spéc. n°11, obs. Ph. Stoffel-Munck.

Et l'avant-projet de réforme ne change pas la donne puisqu'il écarte l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit français : aucune référence ne figure effectivement dans le texte de la Chancellerie.

II. L'avant-projet de réforme : l'institution d'une amende civile

Le projet de réforme présenté par la Chancellerie en mars 2017 n'introduit pas en droit français les dommages et intérêts punitifs.

Pour autant, il se prononce en faveur d'un accroissement de la fonction punitive du droit français de la responsabilité civile.

Ceci est exprimé par le projet de nouvel article 1266-1 du Code civil qui introduit une amende civile en droit commun français :

« En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

Elle n'est pas assurable ».

Rappelons, à ce stade, que l'amende civile est celle qui est « prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale »⁷.

⁷ M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », P. A. 20 nov. 2002, p. 36 et s., n° 4.

Le principe de l'institution d'une amende civile mérite d'être approuvé. D'une part, il permet d'accroître la fonction punitive de la responsabilité civile, ce qui est une bonne chose on l'a vu dans certains contentieux. D'autre part, il fait appel à un moyen qui, contrairement aux dommages et intérêts punitifs, existe déjà dans notre corpus juridique ; on sait par exemple que cette sanction peut être prononcée en cas d'appel ou de pourvoi en cassation jugés dilatoires ou abusifs⁸.

Cela étant dit, que penser de l'article 1266-1 envisagé par le projet de réforme ?

Avant tout, plusieurs remarques sur sa constitutionnalité s'imposent⁹.

D'abord, le principe de la nécessité des délits et des peines conduira certainement à réserver l'application du texte à l'hypothèse dans laquelle il n'existe pas de règle spéciale poursuivant une finalité identique¹⁰.

Ensuite, s'il se trouvait cumulé avec d'autres dispositions punitives, une violation de la Convention EDH pourrait aussi être invoquée, spécialement pour contradiction au principe *non bis in idem* énoncé par l'article 4 du Protocole n° 7¹¹.

On peut enfin se demander si le texte proposé ne serait pas susceptible d'être sanctionné, sur le fondement du principe de la légalité des délits et des peines, par le Conseil constitutionnel qui pourrait estimer que la « faute » visée par ce texte n'est pas énoncée en des termes « suffisamment clairs et précis » au regard de ce principe¹².

Pour le reste, le texte proposé offre globalement satisfaction.

Ainsi, le juge a une simple faculté de prononcer l'amende civile (« peut ») mais doit « spécialement motiver » sa décision : il dispose donc d'une certaine latitude mais pas d'un pouvoir discrétionnaire.

La demande peut émaner de la victime ou du ministère public, ce qui là encore apparaît logique au regard de la portée punitive du texte. En effet, la dangerosité ou le

⁸ CPC, art. 559 et 628.

⁹ V. sur ce point l'étude de A. Ballot-Lena : <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2016/08/17/le-caractere-punitif-de-la-responsabilite-civile-affirme-lamende-civile-consacree-1-partie-art-1266/>.

¹⁰ Comme, par exemple, en matière de contrefaçon : V. not., en matière de marques, CPI, art. L. 716-14 et L. 716-15.

¹¹ CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie* ; D. 2015. 1506, obs. C. Mascala ; Rev. sociétés 2014. 675, note H. Matsopoulou ; RSC 2014. 110, obs. F. Stasiak ; ibid. 2015. 169, obs. J.-P. Marguénaud ; RTD eur. 2015. 235, obs. L. d'Ambrosio et D. Voza.

¹² Cons. Const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, n° 3.

désordre qui émane pour la société d'un fait générateur de responsabilité n'est pas nécessairement lié à son caractère pénal.

Le prononcé de l'amende doit respecter le principe de proportionnalité. L'amende est en effet nécessairement « *proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés* ». Au regard de la rédaction du texte, ces trois critères sont cumulatifs. Et il appartiendra au juge de justifier sa décision sur ce point.

Le plafond de l'amende semble raisonnable, à la fois dissuasif mais pas non plus hors de proportion : en principe, l'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Pour le responsable personne morale, un autre plafond peut être appliqué par le juge : l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. En particulier, le taux a été revu à la baisse (de 10 à 5 %) et seul le chiffre d'affaires français est pris en considération, ce qui apparaît opportun dans la mesure où le fait générateur de responsabilité et le dommage seront, selon toute vraisemblance, intervenus dans ce pays.

Il n'est pas non plus surprenant que le destinataire soit le Trésor public.

Tout aussi logiquement, l'amende ne peut être assurée. Ceci renforce enfin, l'aspect punitif et dissuasif : si l'amende était assurable, ce serait l'amende et non plus la faute qui pourrait être « lucrative ».

Finalement, cet aspect de la réforme nous apparaît positif : si la fonction indemnitrice ou réparatoire doit rester la principale fonction du droit de la responsabilité civile, la fonction punitive au moyen d'un mécanisme que notre droit connaît déjà renforcera son efficacité.

LES ATELIERS JURIDIQUES SORBONNE AFFAIRES - FINANCE

La réforme du droit égyptien de la faillite à la lumière du droit français

animé par

Thomas Mastrullo,
Maître de conférence à l'Ecole de droit de la Sorbonne
Directeur de l'IDAI

12 juin 2018

Avec la participation de :

Rémi Dalmau
Maître de conférence, Ecole de droit de la Sorbonne

Naël Hamza
Avocat, cabinet Gide Loyrette Nouel

Albin Andrieux
Docteur en droit, ATER à l'IDAI



Présentation de l'atelier juridique du 12 juin 2018

La réforme du droit égyptien de la faillite à la lumière du droit français

L'atelier juridique du 12 juin 2018 a associé l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI), le centre de recherche Sorbonne Affaires/Finance de l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et le cabinet Gide Loyrette Nouel avec l'ambition de cerner les principales caractéristiques du nouveau droit égyptien de la faillite, à l'aune du droit français des entreprises en difficulté.

Cet atelier, qui s'est tenu au sein du bureau cairote du cabinet Gide Loyrette Nouel, a réuni M. Albin Andrieux (docteur en droit, ATER à l'IDAI), M. Rémi Dalmau (maître de conférences à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) ; membre du centre de recherche Sorbonne Affaires/Finance), M. Naël Hamza (avocat, cabinet Gide Loyrette, Nouel ; ancien étudiant de l'IDAI) et M. Thomas Mastrullo (maître de conférences HDR à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) ; co-directeur du centre de recherche Sorbonne Affaires/Finance ; directeur de l'IDAI).

L'atelier a par ailleurs été initié par Maître Baudoin de Moucheron, ancien *senior partner* du cabinet Gide Loyrette Nouel et directeur du bureau de ce cabinet au Caire.

Pour élaborer leur étude, les intervenants se sont fondés essentiellement sur des traductions de la loi en anglais et des traductions libres en français ainsi que plusieurs articles.

D'un point de vue transversal, plusieurs éléments ont été dégagés, qui soulignent des différences de fond entre le droit égyptien et le droit français :

- 1) L'importance donnée de manière expresse à la bonne foi du débiteur en droit égyptien (condition indispensable au bénéfice et au déroulement des procédures) ;
- 2) Le pouvoir conféré à l'autorité judiciaire égyptienne, qu'il s'agisse du juge (qui contrôle l'ensemble des procédures et peut même être médiateur) et de la "direction des faillites" qui a été instituée par la nouvelle loi dans le ressort de chaque tribunal économique, sous la direction d'un juge d'une Cour d'appel, pour mener les procédures et instruire les affaires ;
- 3) La méfiance du droit égyptien à l'égard du débiteur, malgré un assouplissement des sanctions à son égard ;
- 4) La qualité de commerçant du débiteur, condition nécessaire à la mise en œuvre du droit égyptien de la faillite (qui semble de ce point de vue plus restrictif que le droit français) ;
- 5) Le contrôle effectué par les créanciers sur la procédure en droit égyptien (c'est par exemple un créancier superviseur qui contrôle la bonne exécution du plan) ;
- 6) La protection prévue par le droit égyptien à l'égard des héritiers.

D'un point de vue plus spécifique, les intervenants à l'atelier juridique se sont répartis les différentes procédures réglementées par la loi égyptienne en faisant des comparaisons avec le droit français. Un exposé a été établi pour chaque procédure, suivie d'une discussion.

Ont été analysées :

- 1) Les procédures amiables prévues par le droit égyptien des faillites (Thomas Mastrullo) ;
- 2) Le “*Restructuring*” qui tend à s'analyser comme un *pre-pack* à l'égyptienne (Naël Hamza);
- 3) Le “*Bankruptcy-avoiding settlement*” (BAS) qui peut être décrit comme un “plan préventif de faillite” empruntant à la sauvegarde française (Rémi Dalmau) ;
- 4) La “*Declaration of Bankruptcy*”, qui correspond peu ou prou à la procédure de liquidation judiciaire française, ainsi que les sanctions pénales organisées par la législation égyptienne (Albin Andrieux).

Les travaux réalisés lors de l'atelier juridique du 12 juin 2018 ont montré que, même si les droits nationaux des entreprises en difficulté sont guidés par des tendances et des objectifs communs, ils apportent leurs propres réponses à la problématique de la restructuration et du traitement de l'insolvabilité des opérateurs économiques.

Plus spécialement, hormis le cas de la « *Bankruptcy* », il est assez difficile d'assimiler les procédures égyptiennes aux procédures françaises, dans la mesure où s'il existe des points de correspondance, de nombreuses divergences peuvent aussi être constatées.

Les procédures amiables dans le nouveau droit égyptien de la faillite



Thomas Mastrullo

Maître de conférences HDR en droit privé

Directeur de l'IDAI

Expert technique international – Expertise France

La compétitivité du droit des entreprises en difficulté est l'une des données qui permet de mesurer l'attractivité des ordres juridiques nationaux auprès des investisseurs. C'est ce qui ressort des études internationales, dont les fameux rapports *Doing Business* publiés par la Banque mondiale¹ qui, depuis 2015, prennent en considération le règlement de l'insolvabilité (délais, coûts, résultats et taux de recouvrement dans les cas d'insolvabilité et solidité de la législation dans ce domaine) comme facteur de son classement des économies nationales. Le rapport de 2017 souligne ainsi que « Les lois sur la faillite sont étroitement liées aux exigences de garantie, à l'accès aux prêts pour les sociétés et à l'endettement à long terme ainsi qu'au niveau de financement des entreprises par rapport à leur taille ».

Les législateurs nationaux sont donc incités à façonner un droit des entreprises en difficulté de nature à répondre aux besoins des opérateurs économiques, nationaux et internationaux, en leur permettant notamment de restructurer leur dette par l'intermédiaire de plans négociés avec les créanciers et en leur donnant accès à des

procédures efficaces de traitement des difficultés, économiques ou financières, auxquelles ils peuvent se trouver confrontés. Ceci explique qu'un nombre non négligeable de pays se soit lancé dans une réforme en profondeur de leur droit de l'insolvabilité. On pense notamment à l'Inde qui, en mai 2016, a adopté une loi sur l'insolvabilité et les faillites (*Insolvency and Bankruptcy Code, IBC*). Plus généralement, au cours des dernières années, la Banque mondiale a répertorié plusieurs dizaines de réformes dans le domaine de la résolution de l'insolvabilité, principalement dans les économies de l'Afrique-Subsaharienne. L'OHADA a aussi adopté un Acte Uniforme portant « organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) », en 2015, qui a introduit une procédure de règlement préventif simplifié pour les petites entreprises et une nouvelle procédure de conciliation pour les entreprises en proie à des difficultés financières. Mais des pays d'Asie sont aussi concernés (la Thaïlande, Brunei).

L'Égypte s'inscrit dans le même mouvement.

En début d'année, en effet, a été adoptée la loi sur l'organisation de la restructuration, le règlement protecteur

¹ V. not. le rapport *Doing Business 2017* « Égalité des chances pour tous » publié par la Banque mondiale (<http://français.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB17-Mini-Book-French.pdf>).

et la faillite (“*Organization of the restructuring, protective settlement and bankruptcy*”).

Cette nouvelle loi relative au droit des faillites (L. 11/2018) a été promulguée et publiée le 19 février 2018 et est entrée en vigueur 30 jours après cette date. Elle abroge le titre V de la loi sur le commerce (L. 17/1999) relatif aux faillites et conciliations préventives.

La loi de novembre 2018 est considérée comme l’une des avancées les plus importantes de la législation égyptienne en matière économique.

Elle introduit en droit égyptien de nouveaux concepts, tels que la médiation et la restructuration, et une nouvelle approche pour traiter les difficultés financières et administratives des personnes physiques et des sociétés, en cherchant à conférer à la fois aux débiteurs et aux créanciers un plus haut degré de flexibilité pour traiter les dettes.

La loi 11/2018 revient également en partie sur le caractère punitif du droit de la faillite, en supprimant certaines des conséquences les plus dures de la faillite, comme par exemple le pouvoir du juge de la faillite de placer le débiteur en détention.

Les décrets d’application devraient intervenir avant le 21 juin 2018.

Pour analyser la dernière réforme du droit égyptien de la faillite, en particulier par comparaison au droit français dont elle se rapproche sur certains points, il est intéressant de revenir sur les principales innovations introduites par la loi.

En particulier, un effort a incontestablement été produit en faveur de la résolution amiable des difficultés de l’entreprise, avec notamment l’introduction d’une véritable procédure de médiation (§ 2).

Avant d’entrer dans le détail de ces procédures, cependant, il s’agit de saisir le domaine d’application général de la loi égyptienne sur les faillites (§ 1).

I. Le domaine d’application de la loi égyptienne sur les faillites

D’un point de vue *ratione personae*, l’article 1^{er} de la loi énonce qu’est soumis à cette loi tout commerçant tel que défini par l’article 10 de la loi 17 pour l’année 1999 (c’est-à-dire celui qui exerce à titre professionnel, en leur nom et pour son propre compte une activité commerciale), cette définition incluant toutes les sociétés régies soit par la Loi sur les sociétés n° 50/1981 et la Loi Investissement n° 71/2017. Sont en revanche exclus du champ d’application

de cette loi tout partenariat de fait, les entreprises du secteur public et les entreprises de travaux publics.

A cet égard, le domaine du droit égyptien de la faillite paraît plus réduit que celui du droit français qui, on le sait, s’applique à « *toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu’à toute personne morale de droit privé* »².

Concernant la compétence territoriale, l’article 2 de la loi égyptienne prévoit que les juridictions égyptiennes sont compétentes lorsque la résidence commerciale du créancier ou le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans sa juridiction territoriale. En cas de séjour à l’étranger, c’est la juridiction économique où réside le représentant national qui sera compétente.

Cette règle tend à se distinguer de la compétence territoriale du juge français en matière de faillite, l’article R. 600-1 du code de commerce disposant que le tribunal territorialement compétent « *est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l’adresse de son entreprise ou de son activité* » et qu’ « *à défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France* ». Ainsi, contrairement au droit égyptien, le droit commun français (qui s’applique dans le cas où le règlement européen sur les procédures d’insolvabilité n’est pas applicable) ne prend pas en compte la localisation des créanciers pour déterminer la compétence de son juge... Et ne recourt à la notion de centre principal des intérêts – qui correspond au principal établissement du débiteur situé en France³ – qu’à titre subsidiaire.

Le droit égyptien rejoint en revanche le droit français en ce qu’il autorise la déclaration de la faillite d’une succursale même s’il n’y a pas eu de jugement de faillite dans le pays d’origine, ce qui rejoint la position du juge français dans l’affaire *Khalifa Airways*⁴.

Du point de vue de la compétence législative, on peut raisonnablement penser que la loi applicable à la procédure

² C. com., art. L. 621-2.

³ Com., 11 avr. 1995, BCCI Overseas, n° 92-20.032, Bull. civ. IV, n° 126, Rev. crit. DIP 1995. 742, note Oppetit ; Bull. Joly 1995. 696, note Martin-Serf.

⁴ Com., 21 mars 2006, n° 04-17.869, Bull. civ., IV, n° 74 : JCP E 2003, n° 42, p. 1675, note M. Menjucq ; RTD com. 2003. 169, obs. J.-L. Vallens.

est celle du juge qui a ouvert ladite procédure, la *lex fori concursus*, cette solution étant communément admise.

II. Les procédures amiables en droit égyptien de la faillite

L'une des caractéristiques du droit égyptien est qu'il a recours à des procédés amiables de règlement des difficultés des entreprises : la médiation (A) et la conciliation préventive (B).

Avant de commencer sur ce point, il faut souligner une avancée importante de la nouvelle loi : l'institution d'une direction des faillites⁵.

La nouvelle loi institue effectivement dans le ressort de chaque tribunal économique une « direction des faillites », sous la direction d'un juge d'une Cour d'appel.

Cette direction est composée d'un nombre suffisant de juges du tribunal économique ayant au moins le grade de président de tribunal et dénommés « juges des faillites » (élus annuellement par une assemblée plénière), ainsi que d'experts, d'agents administratifs et de greffiers.

La direction des faillites est compétente pour⁶ :

- Mener les procédures de médiation et de conciliation préventive (mais aussi en matière de demandes de redressement ou de déclaration de faillite).
- Instruire des demandes dans un délai n'excédant pas soixante jours à compter de la date d'enregistrement desdites demandes.

A) La médiation

Pour la première fois dans un contexte de faillite, la nouvelle loi introduit le concept de médiation.

La médiation est définie comme un moyen amiable de règlement des différends commerciaux par l'intermédiaire d'un médiateur, en l'occurrence le juge de la faillite, qui est chargé de chercher un terrain d'entente entre les parties aux litiges et de proposer des solutions.

Le caractère procédural de la médiation est marqué, celle-ci intéressant davantage à méthode grâce à laquelle un règlement est conclu que la substance de ce règlement.

La procédure de médiation a pour but de préserver la réputation commerciale du failli : il s'agit d'aider à

résoudre les litiges d'une manière accessible qui pourrait aboutir à un compromis pour toutes les parties.

1- Conditions

La nouvelle loi prévoit des dispositions particulières relatives aux médiations.

En particulier, la médiation requiert la présence des parties ou de leurs mandataires (en vertu d'une procuration spéciale et non pas un mandat *ad litem*) aux séances de médiation.

En revanche, la médiation n'est pas enfermée dans une période ou un délai déterminé : il est remarquable que les parties ont la possibilité d'y recourir à tout moment des procédures de restructuration ou de liquidation.

Elle dure 30 jours et est dirigée par le juge de la faillite. Cette période peut être renouvelée une fois⁷.

2- Déroulement de la procédure

La procédure de médiation est engagée par une demande de médiation présentée auprès de la Direction des faillites installée près du tribunal économique.

La direction des faillites présente l'affaire au juge de la faillite, médiateur, dans les 30 jours suivant la date de soumission de la demande de médiation.

La direction des faillites est aussi compétente pour gérer le processus de médiation et jouit d'une large discrétion à cet égard. Elle peut demander l'assistance d'experts, tenir des réunions conjointes avec toutes les parties ou avec une partie d'entre elles séparément.

Les informations fournies pendant le processus de médiation sont confidentielles.

Le juge des faillites contrôle la procédure et dispose de larges pouvoirs : il peut procéder à la médiation « *de la manière qu'il juge appropriée* »⁸, en tenant compte des demandes des parties et des circonstances de la médiation.

Le juge apprécie également les parties qu'il juge appropriées pour participer à la conciliation⁹. Ainsi, il peut se réunir avec les parties ou leurs représentants collectivement ou individuellement.

Le juge peut aussi faire recours à toute personne afin de mener à bien la procédure de médiation, y compris les

⁵ Loi 11/2018, art. 3.

⁶ Loi 11/2018, art. 4.

⁷ Loi 11/2018, art. 5.

⁸ Loi 11/2018, art. 7.

⁹ Loi 11/2018, art. 8.

experts du comité de redressement. Il a le pouvoir de charger l'une des parties de payer les frais de l'expert.

Les informations portées à la connaissance du juge de la faillite durant la médiation sont confidentielles, sauf lorsque la loi en dispose autrement ou si cette divulgation est nécessaire pour renforcer l'effectivité du règlement.

3- *Issues de la procédure*¹⁰

Deux issues sont possibles : soit un accord de médiation est trouvé ; soit les négociations échouent.

En cas d'accord entre les parties, un accord de règlement est établi et signé par les parties.

Aux termes de l'article 9 de la loi, si un consensus est atteint entre les parties, un accord de règlement est signé. Cet accord indique les détails de la procédure suivie et les termes du règlement.

Une fois homologué par le juge compétent au moment de la clôture de la demande, l'accord de règlement est contraignant et juridiquement exécutoire.

A défaut d'accord, le juge de la faillite rejette la demande (de médiation) et fixe une audience devant le tribunal compétent.

Le demandeur informe l'autre partie par un acte (requête/mémoire) introductif d'instance à déposer au greffe dudit tribunal.

A noter que si le demandeur de la médiation ne participe pas à deux sessions successives, le juge ordonne la clôture de la procédure¹¹.

Les décisions du juge de la faillite sont définitives et ne peuvent faire l'objet d'un appel, sauf sur la compétence du juge. L'appel doit être interjeté dans les 10 jours de la publication de la décision¹².

En la matière, le droit égyptien se distingue nettement du droit français qui n'offre pas au débiteur susceptible de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité la possibilité de recourir à une médiation avec ses créanciers.

En revanche, les deux droits se rapprochent sur la possibilité pour le débiteur de recourir à une conciliation.

¹⁰ Loi 11/2018, art. 9 et 10.

¹¹ Loi 11/2018, art. 11.

¹² Loi 11/2018, art. 12.

B) **La conciliation préventive**

La nouvelle procédure de conciliation préventive rapproche le droit égyptien de la faillite du droit français¹³, même si d'importantes différences existent entre les deux procédures.

1- *Champ d'application ratione personae*¹⁴

Tout commerçant diligent et de bonne foi qui peut faire l'objet d'une déclaration de faillite peut demander l'ouverture d'une conciliation préventive si ses affaires financières sont perturbées de manière à causer la cessation des paiements.

Ainsi, le commerçant qui est en cessation des paiements, même s'il a demandé une déclaration de faillite, peut demander une conciliation¹⁵ préventive s'il remplit les conditions susvisées, pourvu qu'il présente la demande de conciliation dans les quinze jours qui suivent la date de cessation des paiements.

Dans tous les cas, le commerçant doit avoir exercé régulièrement une activité commerciale les deux années précédant le dépôt de la demande, tout en respectant les obligations à sa charge et découlant du registre du commerce et des livres commerciaux.

La conciliation préventive s'adresse aussi à toute société qui n'est pas en liquidation et qui remplit les conditions précédentes. La demande requiert l'approbation de l'assemblée générale.

Sur ce point, le droit égyptien semble assez proche du droit français qui ouvre la conciliation ouverte à tout débiteur qui relève du champ du livre VI du code de commerce.

Toutefois, la conciliation est ouverte en droit français même lorsque le débiteur est depuis de 45 jours en état de cessation des paiements¹⁶. Le délai n'est que de 15 jours en droit égyptien, ce qui limite le recours à la procédure.

Notons également que le droit égyptien exige expressément la bonne foi du débiteur.

2- *Déroulement de la procédure*

La demande de conciliation doit être adressée au directeur de la direction des faillites du tribunal économique compétent.

¹³ C. com., art. L. 611-4 à L. 611-5.

¹⁴ Loi 11/2018, art. 30 et s.

¹⁵ L'expression en arabe est « la conciliation qui prévient la faillite ».

¹⁶ C. com., art. L. 611-4.

La demande expose les raisons des troubles subis par l'entreprise, les propositions de conciliation et les garanties de leur mise en œuvre.

Le tribunal compétent peut ordonner toutes les mesures conservatoires nécessaires et examine la demande de conciliation sans publicité et en urgence.

Le jugement rendu a force de la chose jugée.

La encore, le droit égyptien n'est pas sans rappeler le droit français sur certains aspects : le demandeur doit motiver sa demande (selon le droit français, la requête du débiteur doit aussi exposer « sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face »¹⁷) ; la procédure est en principe confidentielle.

Toutefois, les deux droits apparaissent fort différents sur d'autres points : en droit égyptien, c'est la direction de la faillite et non le président du tribunal comme en droit français qui est saisi ; le tribunal a une marge de manœuvre plus importante en droit égyptien (avec la possibilité de prendre des mesures conservatoires).

3- *Le jugement d'ouverture de la conciliation*

Si le tribunal rejette la demande de conciliation : en cas de fraude du commerçant, le tribunal peut prononcer une amende d'au moins vingt mille livres égyptiennes et n'excédant pas cent mille livres égyptiennes.

S'il accepte la demande d'ouverture de la conciliation : le tribunal ordonne l'ouverture de la conciliation. Le jugement doit comporter :

- La désignation d'un juge conciliateur,
- La nomination d'un ou plusieurs administrateurs pour initier et suivre la procédure de conciliation.

L'administrateur à la conciliation est désigné parmi les personnes ou sociétés autorisés à exercer la profession de syndic.

Le dispositif du droit égyptien se rapproche ici de celui du droit français, à la différence près qu'il ne semble pas que le débiteur en Egypte puisse proposer un conciliateur.

4- *Recours contre les décisions du juge-conciliateur (art. 42 et s.) :*

Les décisions du juge-conciliateur peuvent être contestées par voie de requêtes déposées au greffe du tribunal compétent, signifiée aux personnes concernées dans un délai de dix jours à compter de la date du dépôt de la décision.

L'appel a un effet suspensif, à moins que le tribunal en ordonne autrement.

Le tribunal doit examiner le recours lors de la première audience. Le juge-conciliateur ne participe pas à l'appel.

Si l'appel est rejeté, l'appelant est condamné à une amende ne dépassant pas cinquante mille livres égyptiennes, s'il s'avère que l'appel était dilatoire.

5- *Déroulement de la conciliation*

Le syndic fait un inventaire en présence du débiteur et du greffier dans les 24 heures qui suivent sa notification de l'ouverture de la procédure.

Le débiteur n'est pas dessaisi. Il accomplit tous les actes de la gestion courante.

En revanche, toute donation postérieure au jugement d'ouverture est inopposable aux créanciers.

Le débiteur ne peut, après le jugement de l'ouverture de la procédure de conciliation, consentir une hypothèque de quelque nature que ce soit, ou procéder à un acte emportant transfert de propriété qui n'est pas nécessaire à la gestion courante, sans l'autorisation du juge-conciliateur.

Le jugement d'ouverture entraîne la suspension de toutes les procédures d'exécution à l'encontre du débiteur. En revanche, pour celles engagées par le débiteur, elles ne sont pas suspendues et le syndic y devient partie.

Ne peuvent être invoqués les droits de gage, de privilège et privilèges particuliers sur les biens du débiteur.

La procédure n'entraîne pas déchéance des termes.

Toute fraude de la part du débiteur entraîne le prononcé d'office de l'annulation de la procédure.

Les effets de la conciliation égyptienne rejoignent ceux de la conciliation française (absence de dessaisissement) mais apparaissent bien plus radicaux sur certains points : inventaire ; impossibilité de recourir à un acte translatif de propriété ; suspension des procédures d'exécution engagées par les créanciers. De ce point de vue, la conciliation préventive égyptienne semble revêtir certains des aspects des procédures collectives françaises.

Situation des créanciers

Tous les créanciers, même chirographaires, et même ceux dont les dettes ne sont pas échues ou certaines, devront dans les 15 jours qui suivent la publication du jugement d'ouverture, déclarer au syndic leurs créances et leurs

¹⁷ C. com., art. L. 611-6.

garanties éventuelles. Le délai est doublé pour les créanciers établis à l'extérieur de l'Égypte. Le juge-conciliateur devra établir les créances. Sa décision peut faire l'objet de recours.

Les créanciers défaillants ou ceux dont la créance n'a pas été validée par le juge à titre provisoire ou définitif ne participeront pas à la conciliation.

Le droit égyptien se distingue ici nettement du droit français qui n'impose pas de déclaration des créances au stade de la conciliation. Là encore, la conciliation préventive égyptienne semble revêtir certains des aspects des procédures collectives françaises.

La réunion des créanciers

Les créanciers (ou leurs mandataires) se réunissent avec le juge-conciliateur¹⁸. Le débiteur ou le représentant de la personne morale doivent assister en personne.

Toute procuration pour ce dernier doit faire l'objet d'une autorisation par le juge pour des raisons acceptables.

6- Issues de la conciliation

La conciliation requière l'accord de la majorité des 2/3 des créanciers en valeur¹⁹.

Si la conciliation concerne une société qui a émis des titres ou des « *sukuk* » (certificats d'investissement) qui dépassent un tiers du passif total, la conciliation requière *in addendum* l'approbation de la collectivité des propriétaires de ces titres ou *sukuk*.

Si ces majorités ne sont pas atteintes, le vote est reporté à 10 jours, sans autre report postérieur possible.

Un procès-verbal est établi et signé par le juge-conciliateur, le syndic, le débiteur et les créanciers admis à la conciliation.

Il n'y a pas de majorité requise en droit français : c'est une distinction importante avec le droit égyptien, lequel se rapproche des exigences nécessaires à l'adoption d'un plan en droit français.

Les oppositions

Les créanciers admis peuvent s'opposer à l'accord dans un délai de 10 jours de sa signature.

Après 7 jours suivant l'écoulement du délai des 10 jours, le juge-commissaire envoie le procès-verbal de la conciliation au tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation pour ratification. Ce procès-verbal est accompagné d'un rapport

¹⁸ Loi 11/2018, art. 59.

¹⁹ Loi 11/2018, art. 60.

du juge-conciliateur sur la situation financière du débiteur, les raisons des perturbations subies, les conditions de conciliation et les oppositions formées et leurs fondements²⁰.

Le greffe fixe une audience et informe le débiteur et les créanciers.

Le tribunal statue sur les oppositions et la ratification de la conciliation en même temps.

En France, c'est le jugement d'homologation de l'accord qui peut faire l'objet d'une tierce-opposition²¹.

Sinon, l'accord est attaquant sur le fondement du droit des contrats.

Contenu de l'accord de conciliation

L'accord peut comporter des délais de paiement ou des remises de dettes.

L'accord peut prévoir le paiement total dans le cas où le débiteur est revenu à meilleure fortune dans un délai fixé par l'accord et ne dépassant pas 5 ans. Le débiteur est réputé revenu à meilleure fortune si son actif dépasse son passif de 10%²².

De tels seuils n'existent pas en droit français.

Le tribunal nomme l'administrateur ou un créancier-superviseur ou un autre tiers pour le contrôle de la bonne exécution de l'accord.

En France, ce sont les parties qui contrôlent la bonne exécution de l'accord puisqu'il leur est possible de saisir le juge en cas d'inexécution²³.

Toute fraude entraîne la nullité de l'accord.

En droit français, la notion de fraude est implicitement entendue.

Par ailleurs, l'inexécution entraîne la caducité de l'accord²⁴.

Créanciers non admis à la conciliation.

Le tribunal qui ratifie l'accord de conciliation peut accorder au débiteur des délais de grâce pour les créances des créanciers non admis à la conciliation.

²⁰ Loi 11/2018, art. 64.

²¹ C. com., art. L. 611-10.

²² Loi 11/2018, art. 66.

²³ C. com. art. L. 611-10-3.

²⁴ Ibid.

C'est encore une différence avec le droit français en application duquel les créanciers non concernés ne sont pas affectés par la conciliation.

Publicité

Le jugement fait l'objet de publicité selon les règles de publicité des déclarations de faillite.

« Le plan préventif de faillite en droit égyptien à la lumière du droit français »

Commentaire de la loi égyptienne du 19 février 2018

Loi n° 11/2018, sur la faillite, partie II « demandes à l'Administration de la faillite », chapitre 2 « le plan préventif de faillite »

Rémi Dalmau

*Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1)
IRJS Sorbonne-Affaires*

Historique de la loi. À On pourrait penser que le droit égyptien avant 2018 ne s'intéressait pas aux difficultés du débiteur avant sa faillite. Pourtant, à y regarder de plus près, une loi n° 56 de 1945 avait créé le « plan préventif de faillite » (ou « settlement that shield the débiteur from bankruptcy », ou « bankruptcy avoiding sttlement)¹. Ce plan original et moderne constituait, avant 2018, la seule procédure égyptienne ayant pour objectif d'éviter la faillite et de redresser le débiteur. Maintenu et remanié par la loi égyptienne du 19 février 2018, elle n'a pourtant été que peu pratiquée.

Présentation. Le plan préventif de faillite a, en droit égyptien, vocation à permettre au débiteur de bonne foi d'obtenir de ses créanciers un accord sur le paiement de ses dettes. Quelques traits saillants de cette procédure doivent immédiatement être soulignés pour l'analyser à la lumière du droit français. Tout d'abord, de manière générale, la procédure semble avoir uniquement vocation à permettre à un débiteur de bonne foi – le texte de la loi insiste particulièrement sur ce dernier point - de négocier les modalités de règlement de ses dettes. Ce ne serait donc pas un cadre dans lequel l'activité est modifiée ou cédée. Cependant, la procédure se distingue des procédures amiables au sens du droit français. Il existe une véritable supervision organisée autour du tribunal et d'un « administrateur », de sorte que le débiteur est en partie

dessaisi de la gestion de ses biens pendant la procédure. Cette situation est incompatible à la fois avec le mandat ad hoc et la conciliation. De plus, la procédure est publique et collective. Elle est publique, car il existe différentes publications obligatoires dans des journaux en fonction des phases de la procédure (ouverture, liste des créanciers, transaction...). Elle est collective, dans la mesure où tous les créanciers sont invités à déclarer leurs créances et convoqués aux réunions. Dans ce contexte, la procédure de plan préventif de faillite ne peut être comparée à la conciliation, même si elle est ouverte également avant la cessation des paiements ou peu après son intervention. Enfin, cela conduit à écarter la comparaison entre le plan préventif et le redressement judiciaire français. On sait que la condition d'ouverture du redressement est la cessation des paiements. Or, procédure de plan préventif s'ouvre avant la cessation des paiements ou au plus tard dans les 15 jours. Par conséquent, si l'on devait comparer le plan préventif de faillite avec une procédure française, c'est avec la sauvegarde que l'on trouve le plus grand nombre de similitudes : c'est une procédure collective, publique qui s'ouvre avant (ou presque en droit égyptien) la cessation des paiements et qui a doit permettre une négociation avec les créanciers afin de traiter en amont les difficultés du débiteur.

Intérêt de la comparaison. Tout l'intérêt de comparer la sauvegarde avec le plan préventif de faillite réside dans le

¹ V. H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738

fait que cette dernière procédure, bien plus ancienne² a connu jusqu'ici un succès très limité, voire inexistant³. Pourquoi ? Des raisons psychologiques peuvent l'expliquer comme la place centrale de la bonne foi du débiteur et de la fonction de sanction du débiteur du droit de la faillite égyptien – qui ont un peu disparu chez nous. Des détails techniques peuvent aussi l'expliquer, comme l'omniprésence, voire l'omnipotence du juge ou encore la brièveté des délais. C'est dans ces détails qui subsistent après la réforme de 2018 nous chercherons pourquoi diable le plan préventif de faillite pourrait une nouvelle fois rester lettre morte.

Pour traiter des aspects techniques qui peuvent faire obstacle à l'attractivité de la procédure préventive de faillite, nous verrons ceux qui émaillent l'ouverture de la procédure de plan préventif de faillite (I) avant d'étudier le plan en lui-même (II).

I – LES OBSTACLES A L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE PREVENTIVE DE FAILLITE

Les obstacles peuvent être observés dans les conditions d'ouverture de la procédure (A) et ses effets (B).

A – LES CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE PREVENTIVE DE FAILLITE

Comme en droit français, l'ouverture des procédures égyptiennes est conditionnée à la fois par le statut du débiteur (1) et sa situation économique (2).

I – LES DEBITEURS

L'éligibilité. Tout d'abord, selon l'article 30 de la loi de 2018, le débiteur doit être un « marchand » personne physique ou morale. Cette limitation du champ d'application des règles de faillite aux seuls commerçants et sociétés commerciales est traditionnelle en droit égyptien. Depuis 1883, le droit de la faillite n'est applicable qu'aux commerçants. Inspirée du Code de commerce français de 1807⁴, cette restriction a depuis été abandonnée dans notre pays. Le législateur a procédé à une extension progressive du champ d'application du droit des entreprises

en difficultés. L'article L. 620-2 du Code de commerce français englobe aujourd'hui quasiment toutes les activités économiques. Schématiquement, on ne distingue plus qu'entre les particuliers - soumis au surendettement - et professionnels - sujets du droit des entreprises en difficulté⁵. De son côté, le droit égyptien demeure attaché à la distinction entre les marchands et non marchands. Selon l'article 31 de la loi sur la faillite de 2018, seuls les commerçants ayant conservé cette qualité de façon continue pendant deux ans sont en mesure de demander l'ouverture d'une procédure préventive de faillite. Cela limite donc les cas dans lesquels les débiteurs égyptiens peuvent faire appel à la procédure. Certes, par exception, en cas de décès du commerçant, les héritiers qui souhaitent poursuivre l'activité reçue par voie de succession peuvent demander l'ouverture d'une procédure préventive. Mais cette exception est limitée. Les conditions de l'éligibilité sont alors appréciées non pas à leur égard, mais dans le chef du *de cuius*. La solution est assez proche du droit français qui permet d'ouvrir une sauvegarde à l'égard d'un débiteur décédé, mais ici, ce sont les héritiers qui semblent être directement en prise avec la procédure⁶. Toutefois, cette exception est limitée dans le temps : la demande doit intervenir dans les 3 mois du décès, ce qui est relativement bref en comparaison au délai d'un an du droit français⁷. Dans ces conditions, c'est bien une personne qui exerce de façon habituelle et continue le commerce qui, en principe, seule peut demander l'ouverture de la procédure, ce qui limite le champ d'application de la procédure.

Ensuite, aux conditions formelles de la qualité de commerçant, les articles 30 et 31 ajoutent des conditions substantielles. D'une part, le commerçant doit avoir respecté l'ensemble des obligations attachées à la qualité de commerçant. D'autre part, l'honnêteté du débiteur est un critère d'éligibilité puisque la procédure préventive ne peut être appliquée lorsque le commerçant a commis « une fraude ou une erreur » que n'aurait pas commise un « marchand normal » ou un commerçant raisonnable. Ce n'est donc que dans la mesure où celui qui demande l'ouverture d'une procédure préventive est un commerçant personne physique ou morale de bonne foi que l'« administration de la faillite » peut faire droit à sa demande. Il existe ici un filtre très important.

La demande du débiteur. Par ailleurs, la demande d'ouverture ne peut, comme en droit, français être formulée que par le débiteur lui-même à l'exclusion de ses créanciers. Il existe à cet égard une règle particulière

² Loi 2005-845 du 26 juillet 2005.

³ V. H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738

⁴ V. H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738

⁵ A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, Droit des entreprises en difficulté, Lexisnexis, 10^e ed., 2017, n° 160, p. 105.

⁶ La loi prévoit que la demande doit être faite de façon unanime par les héritiers et qu'en cas de désaccord, il revient au juge de décider dans l'intérêt des intéressés (art. 32)

⁷ A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 156, p. 103.

lorsque le débiteur est une personne morale qui n'existe pas en droit français. Le représentant légal ne peut pas demander seul l'ouverture de la procédure. La demande est subordonnée à l'accord de la majorité des associés ou de l'assemblée générale. L'explication pourrait venir du fait que ce sont les créanciers qui adoptent le plan. Cela peut, sans doute, avoir des effets sur les droits des associés, notamment ceux engagés aux dettes sociales. Une certaine méfiance envers le dirigeant peut alors être de mise. Il n'en reste pas moins que la liberté de gestion du représentant légal d'une société est bridée et qu'il s'agit d'un obstacle à l'ouverture des procédures préventives alors même que le dirigeant est le mieux à même de connaître l'état de santé de sa société.

D'autres conditions d'ouverture pourraient être évoquées, mais leur comparaison avec le droit français est peu pertinente, car elles sont d'ordre procédural et ne semblent pas véritablement constituer des obstacles⁸. À ces premières conditions s'ajoutent d'autres, relatives à la situation économique du débiteur.

2 – LA SITUATION ECONOMIQUE

Conditions relatives à la situation économique du débiteur. En premier lieu, la procédure préventive est une procédure qui devrait permettre de se placer en amont des difficultés. La cessation des paiements ne constitue pas ainsi le critère d'ouverture. Néanmoins, l'ouverture de la procédure se fait en contemplation du risque de cessation des paiements⁹. L'article 30 dispose ainsi que la procédure peut être ouverte dès lors que le débiteur voit ses affaires « *perturbées de manière à causer une cessation des paiements* ». Cette rédaction n'est pas sans rappeler l'ancienne rédaction de l'article L. 620-1 du Code de commerce qui fixe les conditions économiques de la sauvegarde. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, ce texte imposait au

débiteur de justifier « *de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». En droit français la mention de la cessation des paiements a été abandonnée dans la définition des difficultés ouvrant droit au bénéfice de la sauvegarde. Reste la question même de l'appréciation des difficultés : doit-elle être objective ou les intentions du débiteur peuvent-elles être prises en compte ? La Cour de cassation y a répondu négativement de façon très nette dans un arrêt *Cœur défense* de 2011¹⁰ et l'a répété dans d'autres procédures¹¹. Il n'est pas certain qu'une telle solution puisse être reprise en Égypte au regard des exigences de bonne foi imposée au débiteur qui permettront au juge égyptien de scruter les mobiles du débiteur. Il pourrait s'agir ici d'un obstacle important à l'ouverture des procédures préventives de faillite.

Délai de la cessation des paiements. En second lieu, les conditions d'ouverture de la procédure préventive se détachent aussi de celles applicables à la sauvegarde française dans la mesure où l'article L. 620-1 a toujours exclu l'ouverture de la sauvegarde pour un débiteur déjà en état de cessation des paiements. Au contraire, l'article 30 de la loi sur les faillites égyptienne permet au débiteur en cessation des paiements, même s'il a déclaré faillite, de demander l'ouverture d'une procédure préventive de faillite. À la lecture des textes égyptiens, la demande d'ouverture peut être présentée dans les 15 jours de la cessation des paiements. Ce délai paraît très court, mais demeure dans la tradition égyptienne de brefs délais inspirés de l'ancien Code de commerce français¹². En droit français actuel, on sait que le législateur permet au débiteur de demander l'ouverture d'une conciliation jusqu'à 45 jours après l'intervention de la cessation des paiements¹³. Dans ce contexte, on peut se demander si le délai de 15 jours pourra bien être respecté et si, de fait, cela ne conduira pas à l'exclusion de la procédure préventive des débiteurs égyptiens dont la cessation des paiements n'a pas été immédiatement identifiée et ne le sera que grâce à des mesures d'instruction ouvertes au juge pour mieux connaître la situation du débiteur. À cet égard, il faut souligner un autre motif qui peut faire obstacle à l'utilisation du plan préventif : en cas de rejet de la

⁸ L'impossibilité de demander un nouveau plan pendant l'exécution d'un plan préventif ou d'un redressement judiciaire (art. 33) ou encore le contenu de la demande d'ouverture (art. 35 et 36) ou l'ordre dans lequel le juge doit statuer lorsqu'il est saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure préventive et de déclaration de faillite (art. 34).

⁹ La notion de cessation des paiements est toutefois différente de celle retenue par le législateur français. La cessation des paiements se trouve à l'article 550 du code de commerce égyptien. Mais, c'est la Cour de cassation égyptienne qui a défini cette notion dans un arrêt n° 1524 de l'année judiciaire 51 et un arrêt n° 8954 de l'année judiciaire 64. La cessation des paiements est le fait de ne pas payer ses créances commerciales. Mais cette condition objective doit s'ajouter au fait que la situation du débiteur manifeste une faiblesse et des difficultés financières qui affectent son crédit auprès des autres marchands et crée un risque pour les créanciers. Il est donc impossible pour le débiteur de payer ses créances commerciales dans un futur proche (V. H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738).

¹⁰ Com., 8 mars 2011, n° 10-13988 10-13989 10-13990.

¹¹ Com., 3 juillet 2012, n° 11-18026, N. Pelletier, BJS 2012, p. 631 ; B. Saintourens, RPC 2013, n° 1, p. 29 ; R. Damman et F. Samuel, D. 2012, p. 2212 ; R. Bonhomme et Ch. Neau-Leduc, BJE, 2012, p. 279 ; F. Macorig-Venier, M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, « Chronique de Droit des difficultés économiques, juillet 2012, juillet 2013 », Droit et Patrimoine 2013, n° 228, p. 48

¹² H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738

¹³ A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n°94, p. 63.

demande, une amende civile¹⁴ peut être prononcée contre le débiteur en cas de simulation de la perturbation de ses affaires ou s'il a provoqué cette perturbation. C'est dire ici aussi que les pouvoirs du juge peuvent impressionner plus d'un débiteur et les faire renoncer à cette procédure.

B- Les effets de l'ouverture de la procédure préventive

La procédure préventive de faillite a des effets sur la gestion du débiteur pendant la période qui suit l'ouverture. Bien qu'elle ne reçoive pas, comme en France, le nom de période d'observation, des organes sont nommés et le débiteur est dessaisi (1). Toutefois, le sort des créanciers est un peu différent (2).

1 – LES EFFETS SUR LA GESTION DU DEBITEUR

Organes. Lorsque le tribunal égyptien décide l'ouverture de la procédure, il met en place des organes de la procédure : un juge conciliateur du tribunal et un « administrateur » judiciaire. Les organes vont être chargés de suivre le déroulement de la procédure. Si l'institution du juge conciliateur du tribunal rappelle celle du juge-commissaire français, en revanche, seul un « administrateur » est nommé. Il ne semble pas exister en Égypte de dissociation des fonctions de mandataires et d'administrateur judiciaire. La profession semble fonctionner comme nos anciens syndics¹⁵. L'administrateur égyptien a bien une double fonction dans la procédure. D'une part, il doit informer les tiers et les créanciers de l'ouverture de la procédure et recevoir les déclarations de créance (art. 50). Il invite et organise la réunion des créanciers (art. 44). Cet aspect de la mission est sensiblement la même que celle de notre mandataire. D'autre part, il exerce les fonctions qui, chez nous, sont dévolues à l'administrateur judiciaire. Le débiteur continue ainsi son activité après l'ouverture de la procédure sous la supervision de l'administrateur, ce qui implique donc que les praticiens aient une double casquette parfois génératrice de conflits d'intérêts. Toutefois, la gestion courante est assurée par le débiteur qui ne peut selon l'article 46 de la loi sur la faillite transiger, consentir des garanties ou vendre des biens en dehors de son commerce habituel sans l'autorisation du juge conciliateur. Le texte ne semble pas proposer de modulation du dessaisissement du débiteur, comme l'on peut le connaître en France avec les missions

¹⁴ Entre 20.000 et 100.000 Livres égyptiennes (EGP) soit environ entre 1.000 et 5.000 euros, sachant que le salaire mensuel moyen est d'un peu plus de 100 euros.

¹⁵ Pour des commodités de langage, nous utiliserons donc le terme de syndic qui était utilisé en France avant la séparation de ces deux types de fonctions qui paraissent toujours réunies sur la tête d'une seule en droit égyptien

d'assistance ou de surveillance en cas de sauvegarde. De surcroît, contrairement à ce qui se passe en sauvegarde où la nomination de l'administrateur n'intervient qu'à partir de certains seuils ou de façon facultative, la nomination du syndic est automatique. Cette situation qui résulte de l'absence de dissociation des fonctions de mandataire et d'administrateur réduit l'intérêt pour le débiteur de demander l'ouverture puisqu'il perd immédiatement une bonne partie de ses pouvoirs contrairement au débiteur français qui est placé en sauvegarde.

Le dessaisissement. Après l'ouverture de la procédure, le débiteur égyptien est « supervisé » par l'administrateur – syndic - (art. 46). Cette notion apparemment claire laisse entrevoir quelques zones d'ombres. Au titre des éléments clairs, le texte indique que la supervision laisse au débiteur « la gestion quotidienne » de son commerce. En France, la Cour de cassation utilise le terme de « gestion courante » en cas de dessaisissement, ce qui semble très proche. La loi égyptienne désigne les actes interdits ou qui doivent être autorisés par le juge conciliateur : acte à titre gratuit (« donation ») transaction, constitution d'une garantie, acte translatif de propriété non nécessaire aux besoins quotidiens du commerce (art. 47). Dans les deux législations, la difficulté est de délimiter la gestion courante ou quotidienne, notamment en ce qui concerne les actes translatifs de propriété. En réalité, tout est affaire de casuistique. On sait, en effet, que la cession d'un immeuble peut être un acte de gestion courante dans le cadre d'une activité de marchand de biens¹⁶, alors qu'elle sera une cession exceptionnelle pour de nombreux débiteurs. Est également claire la sanction des actes consentis par le débiteur en violation du dessaisissement. Ils sont inopposables aux créanciers (article 46) selon le droit égyptien qui semble raisonner en termes de masse des créanciers, alors que depuis la disparition de cette notion en droit français en 1985, la Cour de cassation juge qu'il s'agit d'une « inopposabilité à la procédure ». Toutefois, la loi égyptienne semble bien plus rigoureuse puisque des sanctions supplémentaires sont applicables en cas de violation du dessaisissement. En effet, à l'article 49 de la loi, le législateur a prévu qu'en cas de violation de l'article 46, le tribunal annule la procédure. Au demeurant, quelques zones d'ombre apparaissent alors.

Une première porte sur l'application même de cette sanction. Il n'est pas certain que la nullité de la procédure soit applicable automatiquement pour toute violation du dessaisissement. La rédaction de l'article 49 n'est, en effet, pas tout à fait limpide dans la traduction que nous avons obtenue. Cette sanction spécifique en cas de la violation du

¹⁶ Com., 27 novembre 2001, n° 99-10378, pour d'autres exemples voir A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 346, p. 221 ; V. ég. F-X Lucas, Droit de la faillite, PUF 2^e éd. n° 240.

dessaisissement est fulminée par un autre texte qui prononce la nullité de la procédure lorsque des comportements du débiteur font apparaître sa mauvaise foi. Ainsi, l'annulation de la procédure est prononcée, si après le dépôt de la demande, le débiteur occulte ses biens ou les endommage ou s'il « agit de mauvaise foi de manière à nuire aux intérêts de ses créanciers ». En somme, la mauvaise foi du débiteur semble guider l'ensemble du texte de l'article 49. On peut donc se demander si la nullité la violation du dessaisissement de l'article 46, sanctionnée par renvoi de l'article 49, ne devrait pas aussi être prononcée que pour un débiteur de mauvaise foi. Cela permettrait d'éviter l'annulation automatique de nombreuses procédures et laisser l'inopposabilité régler les autres cas dans lesquels le dessaisissement est violé, mais que l'acte profite au débiteur et à ses créanciers. Telle est la solution du droit français où la violation du dessaisissement ne peut être invoquée que par les organes de la procédure.

Une seconde zone d'ombre porte sur les autres pouvoirs que le débiteur peut exercer seul. Ni l'article 46, ni l'article 47¹⁷ ne prévoient que le débiteur peut exercer seul certaines actions, ce que nous appelons, en droit français, les droits propres¹⁸. Autrement dit, la supervision du débiteur semble s'appliquer de façon générale sur tous les actes du débiteur sans que l'on ne prenne en considération le caractère extrapatrimonial du droit ou personnel. L'omniprésence du juge et de la procédure se fait bien sentir ici. De plus, le débiteur ne semble pas en mesure de contester les décisions prises dans le cadre de la procédure : seuls les articles 42 et 43 ouvrent l'appel à l'administrateur et l'article 55 concerne les recours des créanciers en matière d'admission de leur créance. Dans ces conditions, le débiteur ne peut jamais contester les actes des organes. Il semble donc que le dessaisissement du débiteur soit bien plus étendu qu'en sauvegarde où il existe des droits propres. Le débiteur qui demande l'ouverture de la procédure perd la maîtrise de son destin, ce qui peut être un frein à l'ouverture des procédures préventives.

2 – LES EFFETS SUR LES CREANCIERS

Sur les créanciers postérieurs. En droit français dès l'intervention du jugement d'ouverture, s'ouvre une période d'observation pendant laquelle l'activité de l'entreprise continue. Seuls les créanciers antérieurs voient leurs paiements¹⁹ et poursuites paralysés alors que les créances postérieures à l'ouverture, utiles et nées régulièrement sont payées à échéance ou par privilège (L.

622-17)²⁰. Une telle différence de traitement des créanciers antérieurs et postérieurs pourrait exister dans la procédure préventive égyptienne. Le seul moment où il est fait mention des créances postérieures se trouve dans un article qui traite de l'opposabilité du plan aux tiers (art. 68). Ce texte indique seulement que le plan n'est pas opposable aux dettes postérieures à l'ouverture de la procédure. Cela semble signifier uniquement que ces créances ne subiront pas les effets du plan (délais, remises etc...), sans indiquer qu'elles peuvent être payées à l'échéance. Or, le privilège des créances postérieures de l'article L. 622-17 du Code de commerce constitue une règle qui facilite la poursuite de l'activité. Sans elle, il y a fort à parier que les cocontractants se détourneront du débiteur compromettant ainsi la survie de l'activité et par conséquent le paiement de l'ensemble des créances. De surcroît, l'absence des règles relatives à la continuation des contrats en cours renforce ce risque, puisque les cocontractants peuvent librement insérer des clauses alourdissant le passif ou mettant fin aux contrats en cas d'ouverture d'une procédure préventive.

Sur les créanciers antérieurs. En revanche, le jugement d'ouverture de la procédure de préventive a des effets sur les créanciers antérieurs qui se rapprochent de ceux que produit la sauvegarde. Pour commencer, ces derniers sont, classiquement, tenus de déclarer leurs créances. L'obligation de déclaration est ici générale comme en droit français²¹. Elle s'applique à tout créancier que sa créance soit à terme, garantie ou issue d'un jugement définitif (art. 50). Le créancier doit fournir l'ensemble des justificatifs de sa créance. Ce qui frappe ce sont les délais imposés pour cette déclaration qui sont extrêmement brefs : 15 jours après la publication de l'ouverture de la procédure et 30 jours pour les créanciers domiciliés en dehors d'Égypte. Comparés au délai de 2 mois et 4 mois (pour les créanciers étrangers) appliqués aux procédures ouvertes en France, ces délais paraissent très réduits. L'admission des créances est faite par le juge conciliateur au regard de la liste transmise par l'administrateur et publiée. La contestation des créances se fait devant le juge conciliateur. Il ne semble pas y avoir de distinction entre les contestations sérieuses ou non comme en droit français. En effet, en cas de contestation sérieuse, le juge commissaire ne peut statuer en France et doit inviter les parties à saisir le juge compétent²².

Toujours s'agissant de l'admission des créances, l'article 56 indique seulement que les créanciers n'ayant pas déclaré ou dont la créance est rejetée ne « participent pas à la procédure ». Ainsi, l'on ne sait pas quelle est la nature exacte de la sanction. S'agit-il d'une véritable extinction de

¹⁷ Cet article dispose que les actions menées par le débiteur contre des tiers sont continuées avec appel de l'administrateur à l'instance comme partie

¹⁸ V. F-X Lucas, préc., n° 232 et s.

¹⁹ F-X Lucas, préc., n° 236.

²⁰ F-X Lucas, préc., n° 265.

²¹ A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 486 et s., p. 297.

²² F-X Lucas, préc., n° 260.

la créance ? Cela ne semble pas être le cas. Mais quel est alors le véritable sort du créancier ? Si l'on se tourne, enfin, vers les autres effets de l'ouverture de la procédure sur les créanciers, il existe quelques différences. En droit français, les créanciers sont affectés par l'ouverture de la procédure en raison de l'interdiction des paiements et des poursuites. La procédure préventive, en revanche, ne fait apparaître nettement que l'interdiction des poursuites. L'article 47 prévoit la suspension des actions « substantielles » ou en exécution d'un jugement à l'encontre du débiteur. Est également interdite la réalisation des sûretés, privilèges ou droit réels sur les biens du débiteur. S'il s'agit d'une véritable interdiction des paiements, il faut s'en féliciter. Dans le cas contraire, cela pourrait réduire l'attrait du plan préventif de faillite.

Une fois la procédure ouverte, elle a pour objet l'adoption d'un plan visant à prévenir la faillite qui présente à son tour des obstacles à l'utilisation de la procédure par les débiteurs égyptiens.

II – LES OBSTACLES CONTENUS DANS LE PLAN PREVENTIF

À l'instar de ce qui se passe dans une procédure de sauvegarde, la procédure préventive prévoit l'adoption du plan préventif avec l'intervention des créanciers (A) dont l'exécution devrait permettre au débiteur d'éviter la faillite (B). Dans ces deux phases, on peut identifier de nouveaux obstacles à l'attractivité du plan préventif de faillite.

A – L'adoption du plan préventif

Le plan préventif est préparé en amont (1) et adopté au cours d'une réunion des créanciers (2).

I – LA PREPARATION

Propositions de plan. Comme nous l'avons déjà souligné, les délais de la procédure préventive sont extrêmement brefs, voire irréalistes. Il en va ainsi de la proposition de plan. Le syndic doit envoyer une invitation aux créanciers à se présenter à la réunion dans les 5 jours de sa nomination aux créanciers connus (art. 44). La lettre envoyée doit contenir des propositions de plan. Dans le cas d'activités complexes, il peut paraître difficile de formuler de telles propositions dans les 5 jours ! Toutefois, ces premières propositions pourront n'être que très formelles. En réalité, ce n'est qu'une fois que la vérification des créances est terminée que le juge conciliateur fixe une date pour la réunion de tous les créanciers admis provisoirement ou

définitivement (art. 57). Dans les 5 jours avant la réunion, le syndic doit rendre un rapport qui présente son opinion, les suggestions de plan, l'état financier ainsi que la liste des noms des créanciers ayant le droit de participer (art. 58). L'on voit bien que c'est au syndic que revient la charge d'analyser la situation du débiteur et de formuler les premières propositions. Cette situation est différente de celle de la sauvegarde française où les rapports avec les créanciers sont gérés par le mandataire, alors que la proposition de plan émane du débiteur lui-même avec l'aide de l'administrateur s'il en existe un. En présence de comités, l'article L. 626-30 du code de commerce indique même que c'est le débiteur qui présente les propositions aux comités. En droit égyptien, il semblerait que le débiteur ait un rôle bien moins important que son homologue français qui tient la plume au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde et qui dispose d'une certaine liberté²³. Cela, en droit égyptien, pourrait être problématique au regard de l'attractivité de la procédure pour les débiteurs. En effet, le débiteur qui demande l'ouverture de la procédure préventive voit une nouvelle fois son sort lui échapper : le plan n'est pas conçu par lui et il est adopté par ses créanciers dans le cadre d'un comité ou, exceptionnellement, deux comités.

Comités. Le droit français prévoit deux modalités de consultation des créanciers pour l'élaboration du plan de sauvegarde : la consultation individuelle des créanciers ou la consultation collective dans le cadre des comités de créanciers. Dans ce deuxième cas, qui ne s'applique qu'au-delà des seuils prévus par L. 626-9²⁴, les créanciers sont divisés en deux comités : le comité des établissements de crédits et assimilés d'un côté, et celui des fournisseurs de l'autre. À ces deux comités peut s'ajouter un troisième - le

²³ L'art. L. 626-2 C. com. se contente de prévoir que le plan doit avoir 4 parties : Une 1ère partie qui « détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles ». Dans cette partie, il s'agit de démontrer que l'entreprise reste viable au px d'un ajustement de ses activités, de ses capacités de production ou de ses moyens de financement. Une 2ème partie qui « définit les modalités d'apurement du passif » : c'est-à-dire à quel rythme et à quelle hauteur le débiteur paiera ses créanciers antérieurs et assimilés. Une 3ème partie « expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité ». Enfin, une 4ème partie « recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités présentées par des 1/3 » : dans la mesure où le plan peut prévoir la cession d'une ou de plusieurs branches d'activité, il s'agit que les offres d'acquisition des 1/3 soient connues.

²⁴ Le nb des salariés du débiteur doit être supérieur à 150 ou (ii) son CAHT supérieur à 20 millions d'euros, ce qui vise de les grandes entreprises. Sachant que, si aucun de ces seuils n'est atteint, le débiteur a la possibilité de demander au juge-commissaire de l'autoriser néanmoins à constituer des comités de créanciers.

comité des obligataires²⁵. La procédure préventive égyptienne, quant à elle, ne prévoit qu'un seul mode de préparation du plan qui consiste en une consultation des créanciers. Il s'agit d'une réunion à laquelle ils sont invités par le syndic dès sa nomination. Le comité est constitué par tous les créanciers admis. Cependant, il peut exister un second comité égyptien lorsque la procédure « concerne une société ayant produit des titres de prêt ou d'investissement supérieurs en valeur au tiers de l'intégralité de ses dettes ». Sorte de comité des créanciers financiers, que l'on peut plutôt rapprocher de celui des obligataires français, ce comité doit se prononcer favorablement sur le plan pour que celle-ci puisse être adoptée.

2 – LA REUNION D'ADOPTION DU PLAN

Déroulement. La procédure égyptienne prévoit une réunion des créanciers qui doit aboutir à l'adoption du plan. Elle est présidée par le juge conciliateur. Avant l'ouverture des débats, le rapport du syndic doit être lu. Il s'agit du point de départ de la négociation. Ensuite des tractations peuvent être ouvertes avec les créanciers. L'article 59 prévoit que le débiteur peut modifier les propositions faites par le syndic pendant les débats. Cela ressemble beaucoup à la sauvegarde, même s'il y a des différences. Le droit égyptien prévoit l'existence d'une véritable réunion des créanciers pour présenter les propositions et discuter. Tout paraît se réaliser dans un trait de temps. Alors qu'en droit français, il existe une phase d'aller/retours entre le débiteur et les comités qui peuvent présenter des plans concurrents²⁶. Cette période ne peut durer qu'un mois avant que le (ou les) projet(s) de plan ne soit(en)t mis au vote²⁷.

Vote. Ensuite, le plan est adopté par un vote réalisé selon des règles précises et complexes. En droit français, rappelons que, depuis l'ordonnance de 2008, le comité des établissements de crédit et le comité des principaux fournisseurs adoptent le projet de plan à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues par les membres du comité. Les membres du comité absents, ou abstentionnistes ne peuvent pas empêcher l'adoption du projet de plan. La majorité des 2/3 doit être atteinte parmi les membres du comité « ayant exprimé un vote ». Ce calcul de la majorité au regard des seuls créanciers ayant émis un vote se retrouve dans le droit égyptien. Toutefois, les règles de majorité diffèrent. Si, en France, la majorité des 2/3 dépend uniquement du montant des créances, le droit égyptien présente une double règle de majorité : le plan est adopté par la majorité des créanciers qui détiennent ensemble plus de 2/3 du montant des créances ce qui peut

compliquer l'obtention de la majorité. On peut aussi noter une difficulté. L'article 60 prévoit le vote du comité des « obligataires », mais ne précise pas les règles. Sont-elles les mêmes que celles applicables au vote dans la réunion ? Dans le silence de la loi, on peut le penser. Quoi qu'il en soit, lorsque les majorités ne sont pas atteintes, une seconde réunion doit avoir lieu après 10 jours (art. 63). Dans ce cas, les créanciers qui ont consenti au plan au cours de la première réunion peuvent modifier leur vote.

Enfin, on doit souligner une règle curieuse dont on ne retrouve pas la trace en droit français : les créanciers hypothécaires ou « ayant une garantie mobile sur les biens du débiteur » (voir trad. art. 62) ne participent pas au vote à moins de renoncer à leur garantie. Cette règle laisse dubitatif : doit-on en déduire que le plan ne leur est pas opposable ? Cela réduirait fortement l'intérêt de la procédure.

Le rôle du tribunal. Pour terminer, il faut se pencher sur le rôle du tribunal. En présence de comités, le droit français réserve un rôle très limité au tribunal²⁸. Lorsque le plan est voté, le tribunal ne peut que vérifier que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés. En droit égyptien, les pouvoirs du Tribunal sont bien plus étendus. Il peut refuser de « signer » le plan, même en l'absence de toute contestation élevée par les créanciers pour des motifs d'ordre public ou d'intérêt des créanciers. Une incertitude peut alors s'introduire dans la procédure alors même que les parties prenantes sont d'accord, ce qui n'est pas très favorable à l'utilisation du plan préventif. Seul l'accord du tribunal permet de confirmer le plan et de lui donner son efficacité²⁹.

B – L'exécution du plan préventif

L'étude des dispositions relatives à l'exécution du plan préventif permet de découvrir d'autres obstacles à l'attractivité du plan préventif que ce soit en matière d'opposabilité du plan (1) et sa fin anticipée (2).

1 – L'OPPOSABILITE DU PLAN PREVENTIF

Opposabilité aux créanciers. Le plan préventif, régulièrement « confirmé » (art. 67), devient opposable à tous les créanciers « normaux » qu'ils aient ou non

²⁵ Sur leur constitution, v. F-X Lucas, préc., n° 330 et s.

²⁶ V. F-X Lucas, préc., n° 331.

²⁷ F-X Lucas, préc.

²⁸ L. 626-31 du Code de commerce.

²⁹ L'exécution du plan est alors supervisée par l'ancien syndic. La loi ouvre aussi la possibilité de nommer un créancier ou un tiers (art. 70). Cette institution se rapproche de notre commissaire à l'exécution du plan dont la fonction est aussi de suivre les paiements faits par le débiteur. Ce superviseur doit demander la clôture de la procédure une fois les termes du plan exécutés.

participé à la procédure et qu'ils en aient ou non accepté les termes (art. 68). Cette disposition pourrait bien expliquer l'exclusion des créanciers privilégiés du vote que l'on a vu plus haut. Ils sont exclus du vote et le plan ne leur est pas opposable. Si cette interprétation est exacte, la procédure préventive se voit amputée d'une bonne partie de son intérêt. En effet, le plan ne pourra s'imposer à certains créanciers dès lors qu'ils ont pris soin d'inscrire une sûreté. En droit français, au contraire, tous les créanciers membres des comités se voient imposer le plan qu'ils soient titulaires de sûretés ou non. Seuls, ceux qui ne font pas partie des comités ne sont pas atteints par le plan. Or, ce ne sont pas les créanciers principaux. En revanche, ces créanciers peuvent passer des accords individuels ou se voir imposer des délais uniformes par le juge. En droit égyptien, le juge peut aussi selon l'article 69 imposer des délais pour les créances qui n'entrent pas dans le champ du plan préventif. Autrement dit, les créances non atteintes par l'accord peuvent être affectées par décision du tribunal. Cette solution devrait pousser les créanciers munis de sûretés à participer au plan et à offrir des délais ou remises, comme c'est aussi le cas avec le plan de sauvegarde dans lequel le juge peut imposer des délais uniformes aux créanciers récalcitrants³⁰. Néanmoins, pour les créanciers égyptiens, cette participation se fait au sacrifice, exorbitant, de leur sûreté.

Opposabilité par les tiers liés. Il existe une différence de taille entre le régime de l'opposabilité du plan de sauvegarde et du plan préventif par les tiers. Le plan de sauvegarde est opposable par les codébiteurs et garants personnes physiques du débiteur³¹, alors que tel n'est pas le cas du plan préventif, à l'exception des associés des sociétés à risque illimité. Cette disposition de l'article 68 de la loi de la faillite est critiquable au regard du droit français qui a fait le choix d'étendre les effets du plan de sauvegarde à ces tiers particuliers, notamment pour favoriser la demande d'ouverture de la procédure par les dirigeants de sociétés qui sont très souvent aussi cautions ou coobligés³². Par l'extension des effets du plan, ces personnes intéressées à la sauvegarde seront plus enclines à demander la protection judiciaire. Cela pourrait être, ici aussi, une explication du faible nombre de demandes d'ouverture de la procédure préventive constatée par la doctrine égyptienne³³.

³⁰ L. 626-18.

³¹ C'est aussi le cas de l'ouverture de la procédure, v. A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 449, p. 275.

³² V. A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 450, p. 276 et pour l'opposabilité de plan, v. n° 750, p. 444.

³³ H. El Wakeel et A. Rifaah, « Egyptian bankruptcy laws and their evolution », 2011, WL 190738.

2 – LA FIN ANTICIPÉE

Retour à meilleure fortune. D'autres éléments peuvent faire douter de l'attractivité du plan préventif. Tout d'abord, la loi égyptienne prévoit une fin spécifique qui n'existe pas en droit français : le retour à meilleure fortune. C'est sans doute le marqueur d'un poids encore très important des créanciers. Le débiteur ne bénéficie du plan que dans la mesure où il est en difficulté. Sorti de l'ornière, il devra honorer ses dettes dans leurs conditions initiales. Il s'agit sans doute d'une autre limite à l'attractivité du plan préventif de faillite.

Résiliation / annulation. Ensuite, la loi égyptienne utilise deux notions pour viser la fin anticipée le plan qui mettent également le débiteur sous pression. Premièrement, le plan préventif peut être annulé en cas de fraude ou de dissimulation du débiteur portant sur ses actifs (art. 71). On retrouve une nouvelle fois l'importance de la bonne foi du débiteur. La demande de nullité est enfermée dans un délai qui paraît être de forclusion et un délai butoir. La nullité doit être demandée dans les 6 mois de la découverte de la fraude et elle ne peut être demandée plus de 6 ans après la date du plan. La loi prévoit, deuxièmement, la fin anticipée du plan en cas d'inexécution du plan ou de décès du débiteur (art. 72). Contrairement au cas précédent de fin anticipé, il s'agit d'une « résiliation » du plan. Ce cas est aussi connu du droit français qui le qualifie de « résolution ». À la différence du droit égyptien, le droit français prévoit que la résolution pour inexécution peut être obligatoire ou facultative. Seule la cessation des paiements constatée pendant l'exécution du plan contraint le tribunal à prononcer la résolution du plan³⁴. Dans tous les autres cas d'inexécution, la résolution est facultative et le plan peut être modifié. Or, en droit égyptien, une telle souplesse ne semble pas admise. D'une part, il n'est pas fait de distinction entre la cessation des paiements et les autres formes d'inexécution. D'autre part, la modification du plan ne semble pas ouverte par le droit égyptien, ce qui nuit encore à l'attractivité de la procédure.

Effets. Par ailleurs, en dépit de la différence terminologique existant entre résiliation et annulation, le régime est commun pour les créanciers en droit égyptien, ce qui est curieux. Ceux-ci n'ont pas à restituer les paiements reçus en application du plan (72 et 73) et le débiteur est libéré du montant des paiements effectués. Toutefois, la loi ne précise pas que les remises ou délais consentis disparaissent avec le plan, comme en droit français. Cela pourrait être une heureuse précision d'autant que, si l'on raisonne sur le régime de l'annulation ou de la résiliation, le caractère rétroactif ou non de la sanction

³⁴ A. Jacquemont, R. Vabres et Th. Mastrullo, préc., n° 805 et s., p. 465 et s. ; F-X Lucas, préc., n° 337.

pourrait bien faire varier le sort des avantages obtenus par les créanciers en contrepartie du plan, voire ceux dont bénéficie le débiteur. Ainsi, la rétroactivité de l'annulation du plan préventif devrait aboutir à ce que les créanciers retrouvent l'intégralité de leur créance. Cela est tout à fait cohérent avec l'idée de sanction d'une fraude du débiteur. En revanche, l'emploi du terme résiliation peut prêter à confusion. L'absence de rétroactivité de la résiliation – si on l'entend comme en droit français – pourrait, en effet, laisser les créances en l'état où elles se trouvent après l'adoption du plan préventif. Or, une telle solution doit être appréciée au regard de la cohérence avec les causes de résiliation du plan. Pour le cas du décès par le débiteur, il serait peut-être admissible que la résiliation ne fasse que mettre un terme à l'exécution, encore que cela soit difficile à concevoir. Mais, en cas d'inexécution, ne pas permettre aux créanciers de réclamer leur créance dans ses conditions originales serait une prime à l'inexécution puisque le débiteur bénéficierait de celle-ci.

Quoi qu'il en soit, une dernière difficulté doit être soulevée au regard des créanciers. Le droit français, en cas de résolution du plan, prévoit que les sûretés obtenues par les créanciers dans le plan de sauvegarde ne disparaissent pas. Elles sont toutes maintenues. Le droit égyptien distingue de son côté la résiliation et l'annulation. Les garants ne sont libérés qu'en cas d'annulation. En effet, on comprend que l'annulation résulte d'un comportement frauduleux du débiteur. Dans ces conditions, les garants ont aussi été trompés, ils sont donc libérés (art. 71). Alors que l'inexécution ou le décès constituent précisément les cas pour lesquels les garanties ont été constituées. Il est alors normal de ne pas libérer le garant (art. 72). Cette difficulté n'est pas non plus de nature à favoriser l'utilisation de la procédure de plan préventif qui souffre manifestement de défaut de nature à limiter son attractivité pour les débiteurs égyptiens.

Déclaration de faillite et sanctions pénales



Albin ANDRIEUX

Docteur en droit

I) La déclaration de faillite

La « déclaration de faillite », « *declaration of bankruptcy* » égyptienne, se rapproche tant par ses conditions que par ses effets de la procédure de la liquidation judiciaire existant en France. De façon générale, l'on constate que les dispositions françaises en matière de liquidation judiciaire contiennent plus de précisions que les égyptiennes relatives à la déclaration de faillite.

Ainsi, notamment, l'article L. 640-1 du Code de commerce français précise que la procédure de liquidation judiciaire est ouverte à toute « *entreprise* »¹ en état de cessation de paiements et dont le redressement est manifestement impossible. Les deux conditions cumulatives apparaissent également en droit égyptien, mais de façon moins précise. En droit égyptien, il s'agit de l'état dans lequel le débiteur n'honore plus ses dettes en raison de la perturbation de ses affaires (article 75 alinéa 1 de la loi). De même, sur la notion cruciale d'état de cessation des paiements, le droit égyptien est plus succinct que le droit français. En droit français l'état de cessation des paiements se définit comme l'impossibilité de faire face au passif exigible, avec l'actif

disponible² ; en droit égyptien, il s'agit simplement du fait de ne pas pouvoir payer ses « dettes commerciales » (article 75 alinéa 1 de la loi) – l'on peut alors se demander si l'état de cessation des paiements en droit égyptien se distingue véritablement de la solvabilité. Cette notion s'avère centrale dans l'ouverture de la déclaration de faillite (A). Cette ouverture emporte des conséquences particulières sur le sort du patrimoine du débiteur (B).

A) Les conditions d'ouverture de la déclaration de faillite

Le champ d'application de la « déclaration de faillite ».

Cette procédure ne s'applique pas à tous les professionnels : seuls les professionnels visés par la loi de n°17/1999, c'est-à-dire ceux astreints à tenir une comptabilité : au sens de ladite loi, il s'agit des commerçants ayant investi plus de 20 000 livres égyptiennes de capital (article 21 de la loi n°17/1999). Ils sont déclarés en « faillite » s'ils se trouvent en état de cessation de paiement ; le texte précise de façon assez laconique, « *en état d'impossibilité de payer ses dettes commerciales en raison de la perturbation de ses affaires* » (articles 75 et 193). Il est également à noter que le fait d'avoir entamé une procédure de liquidation n'empêche pas le débiteur de basculer dans une procédure de redressement, si les conditions requises pour le faire sont remplies (article 30 de la loi).

¹ Le champ d'application est extrêmement vaste en droit français : « la procédure de liquidation judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé » (article L. 640-2 du Code de commerce).

² Définition au départ prétorienne (Com., 14 févr. 1978, n°76-13718), codifiée depuis la loi du 25 janvier 1985 dans le Code de commerce.

Les dispositions propres aux sociétés. En outre, il existe des dispositions spécifiques, complétant les dispositions générales, pour mieux les adapter aux sociétés (articles 192 à 209 de la loi); l'on trouve d'autres dispositions spécifiques dans le chapitre 2 relatif aux sanctions précisant les conditions de leur application (articles 255 et 256).

Effet de la cessation des paiements. Tant que le tribunal ne s'est pas prononcé, le défaut de paiement n'implique pas de conséquence : ainsi, le commerçant en état de cessation des paiements dont la faillite n'est pas encore prononcée sera tenu des dettes échues avant la déclaration de faillite (article 75 alinéa 2).

Les personnes pouvant demander la déclaration de faillite. Les personnes pouvant demander l'ouverture de la procédure sont limitativement énumérées :

- le commerçant en état de cessation des paiements ;
- l'un de ses créanciers ;
- le ministère public ;
- et également le juge, d'office (article 76).

Pour les sociétés, peut également demander la liquidation judiciaire, leur représentant légal, à condition qu'il ait obtenu l'accord de la majorité des associés pour le faire (article 197). En cas de refus de la part des associés, l'on peut imaginer que leur responsabilité sera engagée et que le fait que le représentant légal ait agi de manière diligente sera de nature à l'exonérer – ce refus de la part des associés pourrait également être de nature à constituer une banqueroute frauduleuse³.

Le délai de la déclaration de faillite. Le commerçant doit faire la demande de déclaration de faillite dans les quinze jours suivants la date de cessation des paiements. Il doit fournir un certain nombre de documents comptables. Si le commerçant en situation de défaut de paiement ne s'exécutait pas, qu'advierait-il ? Bien évidemment, il ne pourrait bénéficier de la procédure ; et il risquerait d'encourir des sanctions pénales⁴. Pour ce qui est relatif aux sanctions, il faut se référer au Titre IV de la loi pour mieux appréhender la question : le débiteur n'ayant pas déclaré son défaut de paiement à temps serait coupable de banqueroute par négligence, et partant, condamné à une amende comprise entre 50 000 et 200 000 livres égyptiennes (article 257 de la loi); en outre, sa

³ Cf. *Infra*.

⁴ Il risquerait à tout le moins d'être condamné pour banqueroute par négligence (cf. *infra*).

responsabilité civile délictuelle pourrait également être engagée⁵.

L'article 94 de la loi prévoit la nomination d'un représentant légal de la personne en faillite, un liquidateur, « *bankruptcy trustee* », choisi parmi la liste de l'administration de la faillite – « *bankruptcy administration* ». C'est cette personne qui représentera la société pendant l'intégralité de la procédure.

B) Les effets du jugement de déclaration de faillite

Le jugement de déclaration de faillite produit un arrêt des poursuites à l'encontre du débiteur (1). À des fins de protection des créanciers du commerçant en situation de faillite, certains actes conclus pendant la période suspecte leur seront inopposables (2).

1) La cessation des poursuites

L'effet de la déclaration du jugement d'ouverture de la faillite entraîne la cessation des poursuites, sauf pour les créanciers titulaires de sûretés réelles sur les biens du débiteur, à condition que le juge en soit informé ainsi que le liquidateur (« *bankruptcy trustee* ») (article 128 de la loi). Au jugement de déclaration de faillite, les intérêts cessent de courir (article 130).

En outre, à partir du jugement de la déclaration de faillite, le commerçant n'a plus le droit de gérer ses affaires personnelles (article 112) : il se trouve ainsi dessaisi. À la différence de la solution retenue en droit français⁶, il est toutefois possible qu'il puisse gérer une autre activité commerciale avec l'accord du juge (article 120).

La liquidation entraîne des ajustements importants sur les contrats : notamment pour les contrats de bail (article 132), les contrats de travail (article 144). Pour les contrats de travail, une forme de licenciement économique est prévue : le « *bankruptcy trustee* » a la possibilité de résilier le contrat de travail à durée indéterminée, mais il faut qu'il respecte certaines formes de notification de la décision au salarié et que le licenciement ne soit pas arbitraire : dans ces deux cas seulement le salarié peut demander un

⁵ Article 163 du Code civil égyptien : « Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer ».

⁶ Sous l'égide de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation avait considéré qu'il n'était pas fait obstacle au débiteur d'effectuer l'exercice d'une « activité professionnelle » (Com. 5 juillet 2005, D. 2005. AJ. 2146, obs. A. Lienhard). Il ne peut désormais exercer effectuer qu'une activité salariée (M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté ; Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 2006 p. 274); l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut poursuivre l'exercice d'une ou plusieurs activités si elles n'engagent pas le patrimoine visé par la procédure (article L. 641-9 III du Code de commerce).

dédommagement. Les contrats à durée déterminée ne peuvent être résiliés de la sorte, à moins qu'il n'ait été prévu que la fin de l'activité économique de l'entreprise emporte la fin du contrat.

Au stade de la liquidation en tant que telle, le texte aménage une certaine protection au profit du débiteur : certains biens considérés comme vitaux sont insaisissables : vêtements ou tout autre bien meuble déclaré comme tel, etc. (articles 153 et 212 de la loi).

2) L'inopposabilité de certains actes conclus pendant la période suspecte

Définition de la période suspecte. La période suspecte s'étend de la date de cessation des paiements à la date d'ouverture de la procédure (article 121 de la loi) ; elle se rapproche donc de la période suspecte de droit français. Le législateur voit avec une certaine méfiance cette période au cours de laquelle le débiteur pourrait être tenté de dissimuler la véracité de sa situation financière et porter alors préjudice à ses créanciers. Aussi, tant les droits français qu'égyptien, prévoient-ils un régime particulier pour les actes passés pendant cette période afin de protéger les créanciers.

La différence majeure avec le texte de loi français réside dans la sanction retenue. L'article 121 de la loi égyptienne prévoit l'inopposabilité de certains actes :

- les garanties (sûretés réelles et personnelles semblent visées par le texte) ;
- le paiement de dettes avant leur échéance ; les donations excessives ;
- le remboursement de dettes par un moyen autre que celui prévu par les parties (article 121)⁷ ;

En plus de ces actes visés, la même sanction est encourue pour certains ayant été adoptés de façon à porter préjudice aux créanciers, à condition que le cocontractant du débiteur savait que ce dernier était en état de cessation de paiements (article 122).

Sur ce point, il s'agit d'une reprise de l'action paulienne égyptienne – qui s'avère identique à la notion française⁸.

⁷ La liste est plus restreinte que celle relative aux nullités de plein droit de la période suspecte de droit français : depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 632-1 du Code de commerce énumère douze cas.

⁸ « Si l'acte passé par le débiteur est à titre onéreux, il ne sera inopposable au créancier que s'il y a fraude de la part du débiteur et si l'autre partie a eu connaissance de cette fraude. Il suffit, pour que l'acte soit réputé frauduleux de la part du débiteur, que celui-ci connaisse, au moment de la conclusion de l'acte, son état d'insolvabilité », article 238 du Code civil égyptien.

Le parallèle entre les articles 121 et 122 de la loi égyptienne et les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce français apparaît aisé à établir. Les premiers textes dressent une liste d'actes considérés comme irréguliers en tant que tels, en raison de la période à laquelle ils sont adoptés, indépendamment de l'intention du cocontractant du débiteur ; et les seconds, des actes qui, peu importe leur nature, en raison de la connaissance par le cocontractant du débiteur de sa situation, peuvent faire l'objet d'une sanction.

Pour que ces derniers actes soient annulés ou inopposables (selon le texte), il est nécessaire, comme en matière paulienne, la preuve d'un tiers complice, ce qui peut se révéler difficile à démontrer⁹.

La sanction diverge : nullité pour les textes français en matière de faillite ; inopposabilité pour les dispositions égyptiennes, qui se rapprochent ainsi de l'action paulienne.

L'inopposabilité présente plus d'inconvénients que la nullité. D'une part, sa mise en œuvre peut présenter des difficultés dans certaines situations – cas d'une vente successive par exemple¹⁰. D'autre part, l'inopposabilité de l'acte s'étend à l'ensemble des créanciers ; l'acte continue à être valide pour les cocontractants : à la différence de la nullité, l'entreprise ne bénéficie pas de l'inopposabilité¹¹.

Malgré une dichotomie claire en droit français, l'existence du texte spécial n'empêche pas l'exercice de l'action paulienne par les créanciers : c'est la jurisprudence qui l'a précisé : « *le droit exclusif reconnu au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'article 1167 du Code civil [article 1341-2 dorénavant] contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur* »¹². Vu la proximité des deux actions existant en droit égyptien, il serait étonnant qu'un tel choix ne puisse échoir aux créanciers.

En résumé, si l'objectif de prévention de la déperdition du patrimoine du débiteur est identique, et que les textes présentent des points communs dans leur mise en œuvre : « une prohibition spécifique et une générale » ; des

⁹ C. Saint-Alary-Houin, M.-H. Monsérié-Bon, Fasc. 2502 : « Redressement et liquidations judiciaires. Nullité de droit et nullité facultative. – Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit). Exercice de l'action et ses conséquences », in *Jurisclasseur : Commercial*, Lexis Nexis, 2011.

¹⁰ A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficultés*, Lexis Nexis, 2017, p. 369, n°620.

¹¹ La motivation d'établir la nullité de certains actes en droit français était de permettre la poursuite et, éventuellement, son redressement : voir notamment : A. Gouzes, Rapport n°1872, fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 8 décembre 1983

¹² Com., 8 oct. 1996, *JCP* 1997, . I. 4002, note Ch. Jamin.

différences substantielles se font jour tant sur la liste des actes faisant l'objet de la prohibition que sur les sanctions.

II) Les sanctions pénales

La modernisation du droit égyptien de la faillite. Les anciens droits des faillites furent marqués par la grande sévérité des peines à l'encontre du failli¹³. L'assouplissement général des sanctions pénales en matière de faillite a également influencé l'Égypte. Si le droit égyptien des procédures collectives reste marqué par le volet répressif et une certaine méfiance à l'égard du débiteur en situation de liquidation, l'on note toutefois, d'une manière générale une atténuation sur ce point au regard des règles antérieures¹⁴. Ainsi, par exemple, sous l'empire de la loi précédente, très certainement dans le but d'éviter que le débiteur n'échappât à ses créanciers, le tribunal compétent pouvait décider de mettre le débiteur en détention « *si nécessaire* », sans aucune autre forme de précision... ni de procès... (article 561 al. 2 de la loi n°17/1999).

C'est la quatrième et dernière partie de la loi n°11/2018 qui traite des sanctions (A) et de la réhabilitation (B).

A) Les sanctions

Outre les sanctions spécifiques pour les personnes autres que le débiteur¹⁵, deux types de banqueroutes sont distinguées : la banqueroute frauduleuse et la banqueroute par négligence – la première étant logiquement plus sévèrement sanctionnée que la seconde.

L'on examinera les faits constitutifs (1) avant d'envisager leur répression (2).

1) Les faits constitutifs

Faits constitutifs. Sont constitutifs de banqueroute frauduleuse : le fait de détruire ou modifier ses livres de comptes ; de soustraire une partie de ses biens afin de créer un préjudice à ses créanciers – des faits constitutifs de fraude paulienne peuvent donc être appréhendés pénalement ; de falsifier sa comptabilité afin de remplir les conditions de la banqueroute (article 252 de la loi).

La liste des faits passibles de condamner leur auteur à la banqueroute par négligence sont beaucoup plus nombreux que pour la banqueroute frauduleuse, et surtout, ils ne sont pas exhaustifs : un juge pourrait très bien étendre la liste, ce

¹³ Voir notamment : H. Matsopoulou, Fasc. 20 : « Banqueroute et autres infractions », in *Jurisclasseur lois pénales spéciales*, 4 mai 2019.

¹⁴ Rédaction collective, *Egypt Legal Update*, February 2018, p. 12 et s.

¹⁵ Article 258 de la loi.

qui peut laisser songeur quant au principe de légalité des peines... Ainsi, notamment, la non-déclaration de la faillite à temps, la non-comparution devant le juge de la faillite ou encore le fait qu'il ait entrepris des dépenses somptuaires est sanctionné au titre de l'article 254 de la loi¹⁶. En clair et de façon très synthétique, tous les faits qui pourraient témoigner d'une particulière légèreté de la part du failli.

2) Les sanctions

Les sanctions se divisent en deux volets : les sanctions pénales principales et les sanctions annexes – les interdictions.

Les sanctions pénales principales. La sanction prévue est de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. La banqueroute frauduleuse est sanctionnée de 3 à 5 ans de prison et d'une amende n'excédant pas 500 000 livres égyptiennes (article 253). La banqueroute par négligence est quant à elle sanctionnée d'une amende inférieure à 200 000 livres égyptiennes, mais supérieure à 50 000 livres égyptiennes (article 257).

Les sanctions accessoires : les interdictions. Tout comme le droit français, le droit égyptien de la faillite prévoit des sanctions accessoires. La failli coupable de banqueroute encourt un ensemble de sanctions, dont la privation de droits civiques¹⁷. Ainsi, selon l'article 111 de la loi, toute personne ayant commis une banqueroute ne peut jouir de ses droits civiques, ne peut adhérer à un syndicat ou toute autre organisation professionnelle ; cette privation est de six ans à compter de la date du jugement.

La loi française comporte également un certain nombre de sanctions accessoires : des interdictions d'exercer une activité : « Faillite personnelle » et interdiction de gérer : la seconde étant une version atténuée de la première. La durée de la sanction ne peut être supérieure à quinze ans (articles L. 653-1 à L. 653-11 du Code de commerce). Le tribunal a également la possibilité de prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective (article L. 653-10 du Code de commerce).

B) La réhabilitation

La réhabilitation permet au commerçant failli de retrouver les droits dont il avait été privé (article 111). La personne condamnée pour banqueroute par négligence est réhabilitée après 3 ans (article 239). Toutefois, s'il a honoré l'ensemble de ses dettes avant cette durée, il peut demander à être réhabilité dans les deux ans qui suivent sa condamnation (article 240). Il est également possible que le

¹⁶ Neuf cas sont visés au titre de l'article 254 de la loi.

¹⁷ Article L. 654-5 du Code de commerce.

commerçant soit réhabilité après sa mort à la demande de ses descendants (article 244 de la loi).

Le débiteur condamné pour banqueroute frauduleuse ne bénéficie pas de la réhabilitation accélérée : il ne peut l'être qu'après avoir purgé sa peine (article 239 de la loi).

L'IDAI en quelques mots

La filière française d'études juridiques en Égypte se veut l'héritière du lien privilégié qui unit les cultures égyptienne et française dans le domaine du droit. Elle entend perpétuer et approfondir la tradition d'échanges juridiques inaugurée par l'ancienne et prestigieuse École française du Caire. L'Institut de droit des affaires internationales, est une filière de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne délocalisée au sein de l'Université du Caire par convention de coopération conclue entre ces deux prestigieux établissements.

L'Institut de droit des affaires internationales offre une formation juridique de très haut niveau, assurée par des universitaires et des praticiens français et égyptiens parmi les plus pointus et renommés dans leur spécialité.

La vocation de l'IDAI est de proposer aux étudiants francophones une ouverture unique vers les professions juridiques et judiciaires ainsi que vers la recherche en délivrant un double diplôme : celui de l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et, pour les étudiants égyptiens, celui de la Faculté de droit de l'Université du Caire.

Pour toutes informations complémentaires : <http://lecaire-idai.univ-paris1.fr>

Pour nous contacter :

Mél. : IDAI@univ-paris1.fr

Tél. : (00202)35688633

L'équipe de l'IDAI

Vincent HEUZE

Professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Coordinateur de l'IDAI

Thomas MASTRULLO

Maître de conférences HDR en Droit privé et sciences criminelles
Directeur de l'IDAI pour l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Tarek SOROUR

Professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'Université du Caire
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

Solène GRANDJEAN

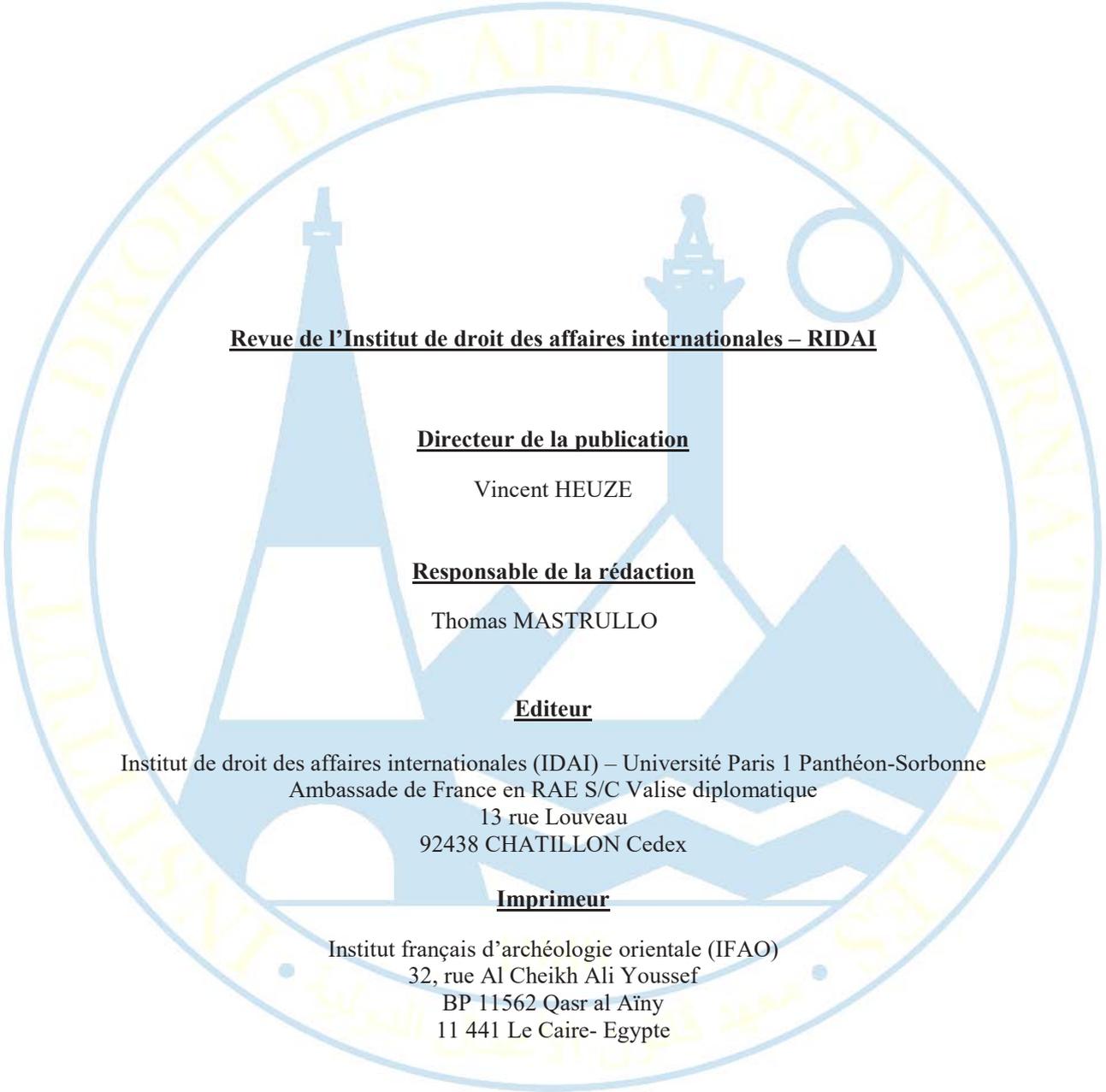
Assistante du Directeur
Chargé des travaux dirigés en droit public

Julien ORTIN

ATER Paris 1 Panthéon- Sorbonne
IDAI- Le Caire

CASSANDRE GENONCEAU

ATER Paris 1 Panthéon-Sorbonne
IDAI- Le Caire



Revue de l'Institut de droit des affaires internationales – RIDAI

Directeur de la publication

Vincent HEUZE

Responsable de la rédaction

Thomas MASTRULLO

Editeur

Institut de droit des affaires internationales (IDAI) – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Ambassade de France en RAE S/C Valise diplomatique
13 rue Louveau
92438 CHATILLON Cedex

Imprimeur

Institut français d'archéologie orientale (IFAO)
32, rue Al Cheikh Ali Youssef
BP 11562 Qasr al Aïny
11 441 Le Caire- Egypte

Dépôt légal : Décembre 2018
Publication sans ISSN

La RIDAI est GRATUITE