

# RIDAI

## LA REVUE DE L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES



### Notamment dans ce numéro

#### *Sources du droit : Harmonisation*

*CNUDCI, OHADA et pays de la Méditerranée : entre régionalisation et mondialisation du droit des affaires, par Guillaume VIEILLARD, page 5*

#### *Affaires : Société et régimes matrimoniaux*

*La qualité d'époux ne donne pas le pouvoir de percevoir les dividendes du conjoint associé, par Alaa ABD-EL-HAFIZ, page 18*

#### *Droit public : Droit électoral*

*A propos des décisions en matière électorale n°2013-667 et n° 2013-668 du 16 mai 2013 du Conseil Constitutionnel, quelques réflexions sur l'instabilité de la règle de droit électoral sous la Vème République, par Thierry RAMBAUD, page 25*

### L'ÉVÉNEMENT

*Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française – Les besoins de réforme du droit privé et du droit des activités économiques : regards croisés franco-égyptiens, page 39*

## **Comité scientifique de la RIDAI**

### **Samy ABD EL BAKI**

Professeur à l'Université du Caire  
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

### **Stéphane BRENA**

Maître de conférences en droit privé HDR  
Expert technique international du MAEDI  
Directeur de l'IDAI pour l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

### **Philippe NEAU-LEDUC**

Professeur à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Nos plus vifs remerciements à **Alaa ABD EL HAFIZ** (ATER de l'Université Paris 1 à l'IDAI) et à **Béatrice GUILLAUMIN** (Assistante du directeur de l'IDAI, VIA du MAEDI) pour leur forte implication dans la réalisation de ce numéro de la RIDAI

### **Directeur de la publication**

Philippe NEAU-LEDUC  
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

### **Responsable de la rédaction**

Stéphane BRENA  
Maître de conférences en droit privé HDR  
Expert technique international du MAEDI  
Directeur de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les propositions de contribution peuvent être expédiées à l'adresse suivante :

[alaa.abd-el-hafiz@univ-paris1.fr](mailto:alaa.abd-el-hafiz@univ-paris1.fr)

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

# *Editorial – « Bis sed non idem »*

*Philippe NEAU-LEDUC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du Conseil National des Universités*

*Stéphane BRENA, Maître de conférences en droit privé HDR à l'Université de Montpellier, Expert technique international du MAEDI, directeur de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

L'initiative prise au printemps dernier, consistant en l'édition d'une revue semestrielle à caractère académique en matière juridique, se devait d'être pérennisée : c'est chose faite avec ce deuxième numéro de la Revue de l'Institut de droit des affaires internationales (RIDAI).

Cette nouvelle livraison se caractérise par de la stabilité mais aussi par de la nouveauté.

Côté stabilité, nous retrouvons dans ce numéro l'esprit que ses promoteurs ont souhaité insuffler à la Revue – ouverture et rigueur- à travers des contributions touchant à toutes les branches du droit et rédigées par des universitaires français mais aussi par des collègues juristes Egyptiens ; ils doivent tous en être chaleureusement remerciés. C'est d'ailleurs l'occasion d'un souhait : celui de voir se développer encore la participation de nos amis Egyptiens à cette production dont la prochaine livraison interviendra au cours de l'été 2015.

Côté nouveauté, ce numéro est l'occasion de publier –au sein d'une partie spéciale intitulée « *L'événement* » (pp. 39 et suiv.)- les actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Cette belle manifestation, qui s'est tenue le 23 juin 2014 dans les locaux du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire et à l'organisation de laquelle l'IDAI a largement prêté son concours, a été l'occasion d'échanges fructueux entre juristes Egyptiens et Français autour de la question générale, et d'actualité, des besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques, tant égyptiens que français. La Revue de l'IDAI s'est présentée comme le vecteur naturel de diffusion du contenu de ces échanges. Là encore est émis le souhait de voir se développer les occasions pour la RIDAI d'accueillir en son sein les actes de colloques et de conférences porteurs de regards croisés sur les systèmes juridiques égyptien et français.

L'IDAI a évidemment vocation à susciter de telles occasions et s'y emploiera d'ailleurs très prochainement dans le cadre de l'organisation d'une célébration des 25 ans de son existence que marque l'année universitaire 2014/2015. La commémoration de cet événement sera en effet le lieu d'échanges académiques entre juristes Egyptiens et Français, que rapproche leur attachement à l'IDAI.

C'est cet attachement qui caractérise d'ailleurs les nouveaux titulaires de deux fonctions particulièrement importantes pour l'IDAI et à qui nous souhaitons ici adresser toutes nos félicitations. Il s'agit d'une part du Professeur Omar Salem, doyen de la Faculté de droit de l'Université du Caire qui a, dès sa prise de fonctions, marqué tout son intérêt pour l'IDAI et fait la démonstration de son sens de l'hospitalité. Nous l'en remercions très sincèrement. D'autre part, le Professeur Sami Abdel Baki, désormais directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire, dont l'action s'est immédiatement inscrite dans une perspective de maintien et d'approfondissement des excellentes relations entretenues entre partenaires égyptien et français. Il sait déjà toute notre reconnaissance, dont nous lui renouvelons l'expression à l'occasion de cet éditorial ; qui sera suivi, à n'en pas douter, de nombreux autres.

Paris – Le Caire – le 15 janvier 2015

# ***RIDAI n°2, janvier 2015***

## ***Sommaire***

***Edito, par Philippe NEAU-LEDUC et Stéphane BRENA – Page 1***

***Sommaire – Page 3***

### **SOURCES**

***Doctrine : CNUDCI, OHADA et pays de la Méditerranée : entre mondialisation et régionalisation du droit des affaires, par Guillaume VIEILLARD – Page 5***

### **CIVIL**

***Jurisprudence : La qualification des dépenses de santé en dettes ménagères, par Alaa ABD EL HAFIZ – Page 9***

***Jurisprudence : Retour sur l'indemnisation des préjudices consécutifs à la violation d'une obligation d'information après Com. 25 nov. 2014, par Stéphane BRENA – Page 11***

***Doctrine : Une relecture de l'article 1165 du Code civil, par Sami SARAGELDIN – Page 15***

### **AFFAIRES**

***Jurisprudence : La qualité d'époux ne donne pas le pouvoir de percevoir les dividendes du conjoint associé, par Alaa ABD EL HAFIZ – Page 18***

***Doctrine : Le financement du projet de Canal de Suez II : les traces d'un financement de crowdfunding éparpillé entre plusieurs structures de financement de projet, par Sherif A. SAMY – Page 20***

### **PUBLIC**

***Jurisprudence : A propos des décisions en matière électorale n° 2013-667 et n° 2013-668 du 16 mai 2013 du Conseil Constitutionnel, quelques réflexions sur l'instabilité de la règle de droit électoral sous la V<sup>ème</sup> République, par Thierry RAMBAUD – Page 25***

***Doctrine : Qu'entend-on généralement par « souveraineté étatique » ? Réflexions sur cette notion à la base du Droit international moderne, par Gérard FOISSY – Page 32***

### **L'ÉVÉNEMENT**

***Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française – Les besoins de réforme du droit privé et du droit des activités économiques : regards croisés franco-égyptiens – Page 39***

***Programme du colloque – Page 41***

***Les besoins de réforme du droit de la responsabilité civile extra-contractuelle, par Stéphane BRENA – Page 45***

***Regards sur l'avant-projet de réforme du régime général des obligations : pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances, par Philippe DUPICHOT – Page 50***

***Le régime juridique des intérêts moratoires et compensatoires en droit égyptien, par Ismail SELIM – Page 56***

***L'évolution du droit économique à travers le rééquilibrage de la relation entre acteurs économiques, par Didier FERRIER – Page 63***

***Le rééquilibrage du contrat de franchise à travers la notion de contrat d'adhésion, par Maged AKAD – Page 66***

# *CNUDCI, OHADA et pays de la Méditerranée : entre mondialisation et régionalisation du droit des affaires*

*Guillaume VIEILLARD*

*Docteur en droit privé*

*Juriste, Secrétariat de la CNUDCI, Bureau des affaires juridiques*

*Organisation des Nations Unies*

Le processus d'harmonisation et d'uniformisation du droit, qu'il soit mondial ou régional, est à la fois simple et complexe. Simple, car il répond à un objectif unique : mettre en place des normes capables de réguler efficacement certaines situations sans référence à un système juridique ou à une législation étatique en particulier. Complexe, car il suppose la prise en compte de critères multiples et parfois subtils dont le degré d'absorption et de réverbération de la règle de droit ainsi établie déterminera son efficacité. Il en résulte un ensemble de règles, qu'il forme du droit dur (au travers de conventions internationales) ou du droit dit « mou » (comme par exemple les guides législatifs, les guides juridiques ou les recommandations), dont l'ultime consécration se mesure dans le cumul de deux éléments fondamentaux : être acceptable et être accepté. Au-delà de la sphère juridique *stricto sensu*, l'harmonisation et l'uniformisation du droit, quel que soit le domaine concerné, forment un puissant indicateur des relations humaines dans une dimension à la fois économique, sociale, politique et diplomatique. Les travaux et les textes d'harmonisation et d'uniformisation du droit offrent ainsi un *corpus* à la société tout entière, répondant aux aspirations de chacun : évoluer dans un monde offrant sécurité juridique, neutralité et équité.

Tous les domaines du droit peuvent *a priori* faire l'objet de travaux et de textes d'harmonisation et d'uniformisation. Le processus, loin d'être exclusif, est en revanche conditionné aux attentes de la communauté internationale. Dans ce contexte, le droit des affaires, entendu sous l'angle du commerce international, offre une parfaite illustration de ces demandes pour lesquelles il est nécessaire, pour ne pas dire indispensable, d'élaborer des normes harmonisées

afin de faciliter et sécuriser les transactions commerciales internationales et régionales. Plus largement, il constitue une réponse aux besoins et aux intérêts du commerce international<sup>1</sup>. Si les Etats sont les acteurs naturels de ce processus, l'individualité étatique a dû faire face *de facto* à la communauté des opérateurs économiques<sup>2</sup>. Véritable moteur de l'intégration juridique, cette communauté a poussé les Etats à prendre leurs responsabilités au travers des organisations internationales et régionales chargées, par leur mandat, de produire des normes harmonisées de droit des affaires.

Il serait difficile de présenter dans le cadre de cette contribution une étude exhaustive du positionnement de toutes les organisations internationales et régionales ayant vocation à harmoniser et uniformiser le droit. Il serait encore plus difficile d'opérer un choix parmi les composantes du droit des affaires internationales dont les combinaisons sont multiples et variées. Trois exemples constituent, à

---

Les opinions émises dans le présent article sont personnelles à l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les opinions de l'Organisation des Nations Unies et de la CNUDCI.

<sup>1</sup> V. LÉBOULANGER Philippe, « La notion d'« intérêts » du commerce international, *Rev. arb.*, 2005, n° 2, pp.487-506.

<sup>2</sup> V. LOQUIN Eric et RAVILLON Laurence, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, Vol. 19, Université de Bourgogne, CNRS, Travaux du CREDIMI, sous la direction de LOQUIN Eric et KESSEDJIAN Catherine, pp. 91 et suiv.

notre sens, une illustration de cet ordonnancement mondial-régional qui s'est particulièrement intensifié ces dernières années. Au plan mondial, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) met, depuis sa création en 1966, à la disposition de la communauté internationale de nombreux textes de référence et est devenue l'organe juridique principal de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine du droit du commerce international. Au plan régional, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), bien que de création plus récente (1993), illustre la dynamique des organisations régionales dans le domaine du droit des affaires. A ces deux organisations, s'ajoute un exemple encore plus récent : celui des pays de la Méditerranée<sup>3</sup>. Ces derniers font l'objet, notamment depuis l'impulsion donnée par la création de l'Union pour la Méditerranée en 2008, d'un engouement particulièrement actif de la part de la communauté des juristes tendant à faire émerger un « droit méditerranéen », voire une *lex mercatoria mediterranea*<sup>4</sup>. Si l'ambition, désormais largement affichée, présente ce droit en gestation sous les meilleurs augures, la réflexion doit se poursuivre et s'approfondir. Ces trois exemples ont dès lors un dénominateur commun : la mise en place d'un cadre juridique permettant de faciliter et sécuriser les opérations du commerce international en s'appuyant sur les mécanismes d'harmonisation et d'uniformisation.

La volonté d'harmoniser et d'uniformiser le droit des affaires est une tâche ambitieuse et difficile tant les enjeux dépassent les frontières du juridique. En prenant les exemples de la CNUDCI, de l'OHADA et des pays de la Méditerranée, on peut se demander si cette coexistence d'organisations dans cette double dimension – mondiale et régionale – forme un frein, ou au contraire, constitue un moteur à l'harmonisation et l'uniformisation de ce droit. Si la question de la cohérence des droits issus de ce processus est primordiale (et relèverait d'une étude plus poussée), il convient avant tout de porter une attention particulière sur l'articulation entre la mondialisation et la régionalisation, objet de cette contribution.

<sup>3</sup> Afin de donner une liste de ces pays dits de la Méditerranée, il convient de se référer à la composition de l'Union pour la Méditerranée qui, outre les 28 États membres de l'Union européenne et la Commission européenne, comprend l'Albanie, l'Algérie, la Bosnie-Herzégovine, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Mauritanie, Monaco, le Monténégro, la Palestine, la Syrie, la Tunisie et la Turquie ; v. le site internet de l'Union pour la Méditerranée : [www.ufmsecretariat.org](http://www.ufmsecretariat.org)

<sup>4</sup> V. OSMAN Filali (et alii), *Vers une lex mercatoria mediterranea, Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la méditerranée*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 389 pp.

*Mondialiser pour régionaliser.* On pourrait de prime abord considérer que, par une sorte de hiérarchie institutionnelle ou en tout cas par positionnement naturel, la régionalisation du droit des affaires devrait s'aligner sur les instruments élaborés par les organisations internationales. Une trop grande régionalisation aurait pour effet de fragmenter un processus qui se veut rassembleur. Ce postulat paraît difficile à soutenir car il suppose des liens de subordination qui, structurellement, sont difficiles à envisager. Dans le cadre de nos exemples, il n'a jamais été question que la CNUDCI impose ses textes à l'OHADA et aux pays de la Méditerranée. Au contraire, ses textes, et sur la base du mandat reçu de l'Assemblée générale de l'ONU, se veulent avant tout des instruments de référence laissés au libre choix des parties, des États et des organisations régionales. Les instruments de la CNUDCI se caractérisent par le fait qu'ils sont à la fois porteurs de normes et vecteurs de force normative. En se saisissant partiellement ou entièrement de ceux-ci, les États et les organisations régionales bénéficient d'instruments à caractère universel (tout en incluant une traçabilité juridique) et dont le langage juridique ainsi que la langue se veulent reflet de neutralité<sup>5</sup>. A titre d'illustration, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international a servi de référence pour l'élaboration de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage et pour diverses législations de pays méditerranéens par exemple la Croatie, l'Égypte, la Jordanie, la Tunisie et la Turquie. Rappelons enfin que le mandat de la CNUDCI inclut une fonction de coordination : « la Commission encourage l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international : a) en coordonnant les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles ; [...] ainsi qu'en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration, chaque fois que cela est approprié, avec les organisations qui s'occupent de ces questions ; [...] f) en établissant et en maintenant une étroite collaboration avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement ; g) en assurant la liaison avec d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'intéressent au commerce international [...] »<sup>6</sup>. Loin d'une suprématie arbitraire du droit issu des organisations mondiales sur le droit régional, il s'agit de prendre en compte la régionalisation et la dynamique dans

<sup>5</sup> Les instruments de la CNUDCI sont traduits dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies : anglais, français, espagnol, russe, chinois et arabe.

<sup>6</sup> Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8, in *Documents officiels de l'Assemblée générale*, vingt et unième session, Annexes, point 88 de l'ordre du jour, documents A/6396 et Add. 1 et 2.

laquelle elle se place, preuve de l'intérêt de celle-ci. La mondialisation du droit ne peut ignorer la régionalisation de celui-ci.

*Régionaliser pour mondialiser.* La régionalisation du processus d'harmonisation et d'uniformisation du droit des affaires s'explique certes par la recherche de points communs dans les racines juridiques mais aussi par des raisons politiques, économiques, sociales et culturelles. Aussi la création de l'OHADA a-t-elle été motivée par la volonté de renforcer le système juridique des Etats de la Zone Franc avant d'étendre son espace à d'autres Etats. Quant aux pays de la Méditerranée, l'impulsion a été donnée par la nécessité de mettre en place une zone de libre-échange, cette dernière étant conditionnée par la possibilité d'harmoniser et d'uniformiser le droit du commerce international dans la région. La fragmentation du droit et la circulation des modèles juridiques constituent néanmoins un paramètre important, pas toujours facile à capter par les organisations mondiales. La régionalisation du droit des affaires permet une prise en compte plus pertinente des réalités locales. Aussi les pays de la Méditerranée vont davantage porter leurs efforts sur des domaines correspondant à leurs besoins, par exemple la recherche d'un éventuel droit maritime commun, tandis que l'OHADA, pour mettre en place un cadre juridique propice aux transactions commerciales et aux investissements, a adopté des instruments dans une approche plus commercialiste au travers d'actes uniformes, notamment ceux relatifs au droit commercial général, aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, à l'arbitrage, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ce qui ne va pas sans influencer les contours du droit du commerce international en l'affranchissant des conceptions classiques admises par chaque système juridique. En effet, si la CNUDCI fait le choix d'une définition large du droit du commerce international en s'aventurant sur le terrain du droit civil, du droit public et droit pénal des affaires, l'approche de l'OHADA entrevoit la possibilité d'y inclure le droit du travail et le droit de la consommation. L'OHADA et les pays de la Méditerranée forment par conséquent une source unique d'inspiration pour la CNUDCI qui profite des réflexions engagées pour déterminer les domaines dans lesquels elle pourrait raisonnablement intervenir. Enfin, les instruments juridiques régionaux peuvent servir de moteur pour l'harmonisation mondiale. En effet, les pays de la région, sous l'impulsion des organisations régionales, peuvent être progressivement encouragés à adopter une législation qui suit les standards régionaux eux-mêmes inspirés des instruments internationaux. La CNUDCI peut donc s'appuyer sur ces réseaux pour mettre en place, au travers de son programme d'assistance technique, une promotion mieux ciblée de ses textes. S'engage dès lors un vaste mouvement général où mondialisation et

régionalisation du droit des affaires se complètent mutuellement.

*Mondialiser et régionaliser.* Et c'est là que le processus d'harmonisation et d'uniformisation du droit du commerce international prend tout son sens. Ce serait une erreur de considérer que la mondialisation et la régionalisation de ce processus forment deux compartiments étanches. Au contraire, elles se nourrissent les unes avec les autres en étant tantôt source d'inspiration tantôt au service des autres, l'ensemble servant un but identique. La CNUDCI, l'OHADA et les pays de la Méditerranée convergent ainsi vers la recherche et l'établissement d'un cadre juridique qui facilite et sécurise les transactions commerciales à leur niveau respectif. Par conséquent, les interactions entre mondialisation et régionalisation du droit des affaires sont et se doivent d'être complémentaires. Certes, le risque de redondances et d'interférences est inévitable mais constitue avant tout un moyen d'identification du droit. Les divergences, si elles existent, demeurent limitées. Cette coexistence ne peut se maintenir qu'à la condition d'une coopération et d'une coordination entre les différentes organisations. De la fonction de coordination susmentionnée de la CNUDCI, on relève également que 17 sur les 43 pays de l'Union pour la Méditerranée sont membres de la CNUDCI<sup>7</sup> et participent donc régulièrement aux réunions de la Commission et des groupes de travail de celle-ci. Inversement, la CNUDCI pourrait s'investir de manière encore plus active pour partager son expérience avec l'OHADA et les pays de la Méditerranée. En renforçant la présence d'experts de ces organisations mondiales et régionales aux réunions de ses consœurs, chacun bénéficierait d'une expérience unique à la fois africaine (OHADA), méditerranéenne (pays de la Méditerranée) et mondiale (CNUDCI). Il y a donc bien un trait d'union entre la mondialisation et la régionalisation du droit du commerce international. Nous nous rallions à l'idée selon laquelle ce rôle pourrait être placé sous les auspices (et non sous la direction ce qui paraîtrait alors contraire à l'idée même d'influence et d'inspiration réciproques) de la CNUDCI<sup>8</sup>. Néanmoins, un

<sup>7</sup> Parmi les 60 Etats membres de la CNUDCI élus par l'Assemblée générale de l'ONU, il s'agit des Etats suivants (la date indiquée correspond à l'année de fin mandat) : Algérie (2016), Allemagne (2019), Autriche (2016), Bulgarie (2019), Croatie (2016), Danemark (2019), Espagne (2016), France (2019), Grèce (2019), Hongrie (2019), Israël (2016), Italie (2016), Jordanie (2016), Mauritanie (2019), Pologne (2016), Royaume-Uni (2019) et Turquie (2016).

<sup>8</sup> V. RAVILLON Laurence, « L'Union pour la Méditerranée et la circulation des modèles juridiques : une lecture du travail et de l'influence de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) », in *Vers une lex mercatoria mediterranea, Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la méditerranéen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 117-131.

partenariat encore plus institutionnalisé de cette dernière avec l'OHADA et les pays de la Méditerranée serait une initiative des plus fructueuses.

Entre l'émergence d'un droit des pays de la Méditerranée – un « droit méditerranéen » –, l'ensemble des textes et la poursuite des travaux de la CNUDCI (notamment dans des domaines innovateurs comme celui de la transparence dans l'arbitrage d'investissement) et la révision entreprise actuellement par l'OHADA de ses actes uniformes, on ne peut que se féliciter d'un mouvement général particulièrement actif d'harmonisation et d'uniformisation du droit des affaires. Les interrogations des praticiens et de la Doctrine sur la pertinence ainsi que la concurrence potentielle de ces organisations mondiales et régionales (prises dans une dimension encore plus large que celle de nos trois exemples) relèvent d'une démarche légitime et plutôt saine. Il convient de veiller à ce que ce mouvement qui s'intensifie à des degrés variables soit surtout rationnel et rationalisé. Dans ce vaste mouvement de mondialisation et de régionalisation, la CNUDCI, l'OHADA et les pays de la Méditerranée contribuent indéniablement à un seul et même but : enrichir le droit des affaires.

# *La qualification des dépenses de santé en dettes ménagères*



*Alaa ABD EL HAFIZ*

*Doctorante en droit privé  
ATER Université Paris 1- Panthéon-Sorbonne  
IDAI (Paris 1 – Le Caire)*

[Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-25117, publié au Bulletin]

*« Mais attendu qu'il résulte de l'alinéa 1er de l'article 220 du code civil que toute dette de santé contractée par un époux engage l'autre solidairement ; que, la cour d'appel ayant constaté que l'AP-HP avait agi en recouvrement d'une dette de soins contre l'époux de la débitrice et dès lors qu'il n'a pas été soutenu que les frais litigieux entraient dans les prévisions de l'alinéa 2 de ce texte, M. X... était tenu au paiement de la dette ; que, par ce motif de pur droit, substitué, dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux critiqués, la décision déférée se trouve légalement justifiée ».*

L'union des cœurs est loin d'être romantique lorsque les époux se heurtent à la réalité des obligations financières que leur impose le mariage, car au-delà d'une communauté de toit ou de lit, le mariage donne naissance à un ménage dont les époux vont devoir assurer communément, et sans distinction de sexe, la direction matérielle avec une directive : la sauvegarde et le respect de l'intérêt de la famille.

C'est en ce sens que l'article 220 du Code civil institue une solidarité ménagère des époux à l'égard des tiers, et ce,

pour le bon fonctionnement du ménage, l'époux solvable devant prêter main forte à sa famille même s'il n'est pas débiteur de la dette contractée. Une telle solidarité conduit à un constat : elle est bénéfique pour le créancier et lourde de conséquence pour les époux en ce qu'elle lui donne le droit de réclamer le paiement intégral de la dette, de manière indifférente, à l'un ou à l'autre des époux.

Nonobstant cet aspect protecteur du créancier, le législateur n'a pas entendu pénaliser l'époux solvable en l'obligeant à supporter toutes les dettes contractées intempestivement par son conjoint, notamment face au pouvoir qui lui est donné de passer seul des contrats pouvant engager solidairement le conjoint sans son consentement.

C'est pourquoi, la solidarité a été restreinte aux dettes ménagères. Par ménage, le législateur entend toutes les dettes ayant pour objet « *l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* »<sup>1</sup>.

A première vue, une telle définition semble renfermer les dépenses nécessaires au fonctionnement matérielle de la cellule familiale, ce qui exclut, *a priori*, les dépenses d'investissement (celles qui ont pour objet de se constituer

<sup>1</sup> Article 220, alinéa 1 du Code civil.

un patrimoine immobilier) voire de divertissement, bref, toutes les dépenses dites d'agrément.

Ainsi, lorsqu'un créancier revendique le paiement d'une dette pour des soins médicaux prodigués à un époux, la solidarité ménagère ne vient pas immédiatement à l'esprit qui plus est lorsque la notion de dette ménagère s'illustre par l'achat d'appareils ménagers<sup>2</sup> ou encore d'une automobile<sup>3</sup>.

C'est justement cette conception qui a poussé un établissement de santé à revendiquer le paiement d'une dette d'hospitalisation au conjoint du patient en formant un recours direct selon l'article L .6145-11 du Code de la santé publique. Ce fondement a permis à l'établissement de santé d'obtenir la condamnation du conjoint au paiement de la somme de 15.306,30 euros.

Contestant une telle condamnation, l'époux condamné va alors former un pourvoi en cassation. Cependant, et contre toute attente, la Haute juridiction opérant une substitution de motifs, va retenir que les frais d'hospitalisation sont des dettes ménagères engageant solidairement le conjoint sur le fondement de l'article 220, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

En somme les dettes de santé sont des dettes ménagères. La solution n'est pas en-soi surprenante, dans la mesure où la Cour de cassation a auparavant qualifié de dette ménagère des frais liés à des soins dentaires<sup>4</sup>. En revanche, l'extension de la catégorie des dettes ménagères aux soins médicaux demeure exorbitante car, de prime abord, non liée à la notion d'entretien du ménage voire même d'éducation des enfants.

En réalité, ce constat est vrai si la solidarité ménagère est comprise via une définition purement matérielle. Or si l'aspect matériel est dépassé, nous constaterons que les frais médicaux participent à l'entretien du ménage notamment lorsque les soins sont réalisés à titre curatif, visant alors un état de nécessité, des problèmes de santé pouvant influencer sur la direction matérielle voire morale du ménage.

*A contrario*, un tel raisonnement nous pousse à soutenir que si les soins médicaux sont prodigués à titre esthétique, la dépense sera alors qualifiée d'agrément et dépassera donc les impératifs que sauvegardent l'article 220, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

C'est pourquoi, la Cour de cassation a pu qualifier des frais d'hospitalisation pour un soin curatif de dettes ménagères engageant solidairement le conjoint qui ne peut alors s'en défaire qu'en démontrant le caractère manifestement excessif de la dette conformément à l'article 220, alinéa 2 du Code civil qui s'apprécie eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de la dette, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Comme le caractère excessif de la dette n'a pu être établi, le conjoint de l'époux débiteur se trouve alors dans l'obligation de payer l'intégralité de la dette à l'établissement de santé.

Le ton est ainsi donné, pour assurer la direction du ménage, les époux doivent être en bonne santé !

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 décembre 1965, Bull. civ. I, n° 701.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 novembre 2001, Bull. civ. I, n° 294.

<sup>4</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, Bull. civ. I, n° 235.

# *Retour sur l'indemnisation des préjudices consécutifs à la violation d'une obligation d'information après Com. 25 nov. 2014*



*Stéphane BRENA*

*Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier  
Directeur de l'IDAI*

1. Quelle est l'étendue du droit à indemnisation de la victime de l'inobservation d'une obligation (pré)contractuelle d'information ? Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 novembre 2014<sup>1</sup> réaffirme une solution déjà adoptée selon laquelle « *le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par celle d'obtenir les gains attendus* ». Elle invite à une synthèse de la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur cette question.

2. Les circonstances de l'espèce sont très classiques. Un contrat de franchise est conclu entre la société Intervalles, franchiseur, et la société GC5 Paris, franchisee, constituée par M. X. A cette occasion, le franchiseur communique au futur franchisee un compte prévisionnel d'exploitation au titre de l'article L. 330-3 du Code de commerce. Las, les informations fournies se révèlent inexactes et le franchisee est, 9 mois après avoir débuté son activité, placé en liquidation judiciaire. Le liquidateur va alors agir en annulation du contrat de franchise, restitution et indemnisation au nom de la société alors que M. X va réclamer indemnisation des ses préjudices personnels.

3. Dans un arrêt du 2 juillet 2013, la Cour d'appel d'Angers, infirmant la décision des premiers juges en toutes ses dispositions, va d'une part, prononcer la nullité du contrat de franchise et condamner le franchiseur à restituer à la société 12 900 euros – payés en exécution dudit contrat : droit d'entrée et redevances - outre plus de 114 000 euros à titre de dommages-intérêts, correspondant au coût de l'acquisition d'un pas-de-porte (financé par un

prêt bancaire) et d'un contrat de crédit-bail. D'autre part, la cour d'appel condamne le franchiseur à verser à M. X une somme totale de 40 000 euros comprenant 30 000 euros au titre de l'apport en numéraire libéré – que la société liquidée ne pourra lui restituer - et 10 000 euros au titre de la perte de chance de perception de revenus que le prévisionnel évaluaient à 19 200 euros, mais dont l'arrêt ne livre pas la nature<sup>2</sup>.

4. Le franchiseur va contester cette décision sur l'ensemble de ses aspects. Ses griefs vont être assez sèchement rejetés – les arguments avancés n'étant, selon la Cour de cassation, « *pas de nature à permettre l'admission du pourvoi* », sans plus d'explications -, réserve faite de la critique adressée à la condamnation à verser à M. X la somme de 10 000 euros au titre de la perte de revenus. La cour d'appel est en effet censurée sur ce point, pour avoir retenu la perte de chance d'obtenir les gains attendus de l'opération. La Cour de cassation réaffirme à cette occasion, comme l'y invitait le pourvoi, qu'en cas d'inobservation d'une obligation précontractuelle d'information, la victime ne peut obtenir indemnisation que de la perte de chance de ne pas conclure le contrat ou de le conclure à des conditions plus favorables.

5. Cette décision de la Cour de cassation s'ajoute à une série d'arrêts dont il résulte que la limitation de l'indemnisation à « *la perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus favorables* » peut s'appliquer au contrat conclu avec le créancier d'information (I) ou avec un tiers (II).

<sup>1</sup> Cass. com., 25 nov. 2014, n° 13-24658.

<sup>2</sup> Il pourrait notamment s'agir de dividendes ou de la rémunération prévue en qualité de dirigeant.

### I/ L'indemnisation de la perte de chance au titre du contrat conclu avec le créancier d'information

6. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de cantonner le droit à indemnisation de la victime du défaut d'information à la perte de chance de ne pas conclure le contrat finalement passé avec le débiteur d'information ou de le conclure à des conditions plus avantageuses.

A/ L'examen des décisions ayant fait application de ce principe montre qu'il faut en **approuver le contenu**.

7. Dans une décision du 25 mars 2010<sup>3</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation a eu à connaître d'un contrat de cession de parts sociales à l'occasion duquel le vendeur avait caché volontairement à l'acquéreur l'existence de contre-lettres favorisant certains clients de la société cédée, diminuant évidemment les résultats effectivement réalisés par cette dernière. La réticence dolosive ayant été retenue, la cour d'appel avait condamné le vendeur à payer à l'acquéreur 10 millions d'euros au titre de la perte de chance de réaliser les gains attendus de l'acquisition des parts sociales en raison de l'existence des accords dissimulés. L'indemnité avait donc été calculée en vue de gommer l'existence des contre-lettres. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, au double visa des articles 1116 et 1382 du Code civil, affirmant que le préjudice de l'acquéreur « *ne pouvait, en l'espèce, résulter que de la perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses que celles acceptées* » par l'acquéreur. La chance de réaliser les gains escomptés n'existait pas, puisque les contre-lettres anéantissaient irrémédiablement cette perspective. Le droit à indemnisation de la victime échoue immanquablement sur l'exigence de certitude, d'existence, de la chance perdue.

8. Un arrêt du 31 janvier 2012<sup>4</sup> rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation portait – comme celui du 25 novembre 2014 – sur la violation, par un franchiseur, de son obligation précontractuelle d'information. La cour d'appel avait estimé que, si le préjudice ne saurait correspondre au manque à gagner calculé sur la base des comptes prévisionnels (qui ne constituaient pas une promesse de rentabilité), il résidait dans « *la perte de chance d'exploiter un magasin ne serait-ce que passablement rentable* » ; autrement dit une fraction des résultats attendus. La cassation intervient sur la base de l'article 1382 du Code civil au motif que « *le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses* ». Là encore, la chance d'atteindre les résultats escomptés n'existait objectivement pas, même si les attentes du franchisé se cantonnaient à des résultats plus raisonnables, semble-t-il, que ceux contenus aux comptes prévisionnels. Le défaut d'information n'a dès lors eu pour

autre effet que de priver le créancier de la possibilité de ne pas contracter ou de négocier plus avantageusement les conditions du contrat finalement passé.

9. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation, le 9 juillet 2013<sup>5</sup>, s'est penchée sur les conséquences attachées à la violation, par le vendeur d'un bien immobilier, de son obligation précontractuelle d'information sur certaines caractéristiques du bien vendu à l'égard de l'acquéreur : absence de raccordement au tout-à-l'égout et désordres affectant une cheminée. Les juges du fond avaient rejeté la demande d'indemnisation de l'acquéreur au motif que ces désordres ne pouvaient avoir d'influence sur le prix convenu et qu'il est certain que l'acquéreur pleinement informé aurait tout de même acheté à des conditions identiques. La Cour de cassation censure la décision au visa de l'article 1147 du Code civil : la cour d'appel ne pouvait statuer ainsi, alors même qu'elle avait constaté que les travaux de correction des désordres avaient un coût, « *même mineur* » (pour l'intervention sur la cheminée). Même si la lettre de la décision n'est pas très claire, il semblerait que, pour la Cour de cassation, la méconnaissance de désordres dont la correction a un coût exerce nécessairement une influence sur la manière dont l'acquéreur envisage les conditions financières du contrat ; l'absence d'information lui a donc fait perdre une chance soit de renoncer à l'opération, soit d'obtenir de meilleures conditions contractuelles. En revanche, l'acquéreur n'avait aucune chance d'échapper au coût des travaux impliqués par l'état du bien, état auquel le défaut d'information n'a absolument rien changé : il ne devrait pas pouvoir en obtenir indemnisation, comme l'illustre une décision rendue peu après.

10. Un arrêt du 3 décembre 2013<sup>6</sup>, toujours rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, a statué sur les conséquences de la violation, par le vendeur d'un immeuble en l'état futur d'achèvement, de son obligation contractuelle d'information à l'égard de l'acquéreur. Mal renseigné, l'acquéreur découvre qu'un petit cours d'eau est compris dans l'objet de la vente, ce dont il découle pour lui une obligation d'entretien. La cour d'appel avait cru pouvoir mettre directement à la charge du vendeur les frais futurs de cette obligation d'entretien. La Cour de cassation censure la décision, sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, rappelant encore que le vendeur, par sa défaillance, « *n'a privé les acquéreurs que d'une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses, qui constitue un préjudice distinct des frais d'entretien* ». Les attentes de l'acquéreur – l'absence de cette charge – étaient impossibles à satisfaire : la présence du ru dans l'objet de la vente impliquait nécessairement cette obligation d'entretien. Le défaut d'information ne l'a donc empêché que de se raviser et de ne pas contracter ou de négocier des conditions contractuelles différentes.

<sup>3</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2010, n° 09-12895.

<sup>4</sup> Cass. com., 21 janv. 2012, n° 11-10834.

<sup>5</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 juill. 2013, n° 12-21911.

<sup>6</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 déc. 2013, n° 12-23918.

**B/** La Cour de cassation a par ailleurs eu récemment l'occasion de préciser **la portée de l'alternative qu'offre sa solution de principe** : indemnisation de la « *perte de chance de ne pas contracter ou<sup>7</sup> de contracter à des conditions plus avantageuses* ».

11. Dans un arrêt du 10 juillet 2012<sup>8</sup>, rendu par sa Chambre commerciale et honoré d'une publication au Bulletin, la Cour de cassation se prononçait à nouveau sur l'acquisition de parts sociales dans le cadre de laquelle le vendeur avait dissimulé l'existence de contre-lettres préjudiciables aux résultats de la société cible et escomptés par l'acquéreur. En effet, l'acquéreur demandait réparation de son préjudice mais entendait voir maintenu le contrat en dépit de la réticence dolosive du vendeur ; la cour d'appel (de renvoi) avait cru pouvoir lui donner satisfaction en lui allouant, comme il le demandait, une somme couvrant la perte de chance d'avoir pu réaliser un autre investissement. En d'autres termes, l'acquéreur avait obtenu indemnisation de la perte de chance de ne pas conclure le contrat, la réalisation d'un autre investissement, plus avantageux, impliquant cette renonciation.

La Cour de cassation va censurer cette décision ; selon elle, l'indemnisation de la perte de chance de ne pas conclure le contrat est incompatible avec l'absence de demande d'annulation du contrat. Le raisonnement paraît logique : l'acquéreur est désormais pleinement informé de la situation et dispose des moyens de remettre en cause le contrat, la réticence dolosive ayant été retenue dans cette affaire ; dit autrement, il pourrait recréer l'éventualité favorable dont il a été privé par le défaut d'information<sup>9</sup>. En ne le faisant pas, il admet qu'il aurait tout de même conclu le contrat en connaissance de cause ; n'est-ce pas ce qu'il signifie en ne réclamant pas son annulation ? Le raisonnement pourrait néanmoins être discuté et la doctrine demeure partagée<sup>10</sup>.

12. Cette solution amène par ailleurs à s'interroger sur la solution applicable en cas d'annulation du contrat : la victime disposera-t-elle toujours d'une option ou, symétriquement à la décision du 10 juillet 2012, devra-t-elle se contenter de l'indemnisation de la perte de chance de ne pas avoir contracté – alors même que le contrat est censé n'avoir jamais existé - comprenant les conséquences défavorables d'une opération conclue avec un tiers ?

<sup>7</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>8</sup> Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-21954, Bull. civ. IV, n° 149, statuant sur l'arrêt rendu par la cour d'appel de renvoi suite à la cassation prononcée par la première Chambre civile dans l'arrêt du 25 mars 2010, n° 09-12895, cité supra n° 7 et note 3.

<sup>9</sup> L'expression est de Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 10 juill. 2012, BJS nov. 2012, n° 11, p. 767.

<sup>10</sup> V. notamment O. Deshayes, obs. RDC janv. 2013, n° 1, p. 91 (défavorable à la solution) ; P. Jourdain, obs. RTDCiv. 2012, p. 732 et B. Fages, obs. RTDCiv. 2012, p. 725 (favorables à la solution). Adde M. Caffin-Moi, *Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable*, D. 2012, p. 2772.

## **II/ L'indemnisation de la perte de chance au titre du contrat conclu avec ou par un tiers**

A/ Plusieurs décisions de la Cour de cassation illustrent la situation dans laquelle **le créancier d'information fonde sa demande indemnitaire sur une opération conclue avec un tiers** qui s'est révélée tantôt néfaste, tantôt moins favorable que ce qu'il avait envisagé.

13. Telle était la situation dans une affaire tranchée par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 17 octobre 2012<sup>11</sup>. A l'occasion de l'acquisition de parts et droits incorporels d'un cabinet de radiologie, deux médecins – assistés par des avocats - acquièrent la qualité de partie à un contrat d'exercice privilégié conclu avec une clinique. Ce contrat, pourtant d'une durée déterminée de 30 ans, stipule une faculté de résiliation unilatérale au profit de la clinique, moyennant le versement d'une indemnité égale à une annuité d'honoraires. Cette faculté étant utilisée par la clinique, les médecins assignent leurs conseils au moment de la cession, leur reprochant de ne pas avoir attiré leur attention sur cette faculté de résiliation. Les médecins réclamaient dès lors, à titre principal, une indemnité égale à la perte des gains qu'ils auraient perçus si le contrat s'était poursuivi jusqu'à son terme et, subsidiairement, indemnisation de la perte de chance de ne pas contracter. Le pourvoi des médecins, déboutés en appel, est rejeté. La Cour de cassation constate en effet qu'antérieurement à l'intervention des avocats, une promesse synallagmatique de vente irrévocable avait été conclue : autrement dit, la chance de ne pas conclure le contrat n'existait d'ores et déjà plus lors de l'intervention des conseils. Elle ajoute que les acquéreurs ne démontrent pas avoir été en mesure d'obtenir de la clinique une modification des termes du contrat, simplement poursuivi avec les cessionnaires ; la chance de conclure la cession à des conditions plus avantageuse n'existait donc pas. Les circonstances étaient ainsi « *de nature à exclure tant la perte de chance de ne pas contracter, que celle de contracter à des conditions plus avantageuses* ».

14. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2014<sup>12</sup>, a été saisie d'une affaire dans laquelle il était reproché à un conseiller en gestion de patrimoine d'avoir manqué à son obligation de mise en garde à l'égard de son client, conduisant celui-ci à conclure trois emprunts finançant l'acquisition et la rénovation de biens destinés à la location. Retenant le principe de la responsabilité, contractuelle, du conseiller, la cour d'appel n'avait pas prononcé de condamnation. Affirmant que le préjudice des clients consistait dans la perte de chance de renoncer à investir dans des opérations préjudiciables – donc une perte de chance de ne pas conclure le contrat support de cette opération -, la cour d'appel constate que les acquéreurs emprunteurs ne démontrent pas que les trois emprunts leur ont été préjudiciables, « *c'est-à-dire qu'elles leur avaient causé un appauvrissement qu'ils avaient été*

<sup>11</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2012, n° 11-23974.

<sup>12</sup> Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-18128.

*privés de la chance d'éviter* ». Le pourvoi introduit contre l'arrêt est rejeté, la Haute juridiction constatant que « *les emprunteurs n'établissent pas que les opérations [...] ont été génératrices d'un appauvrissement et, [...] la preuve n'est pas rapportée d'une perte de chance indemnisable* ».

15. Dans l'arrêt du 25 novembre 2014, la Cour de cassation a une nouvelle fois été confrontée à la situation dans laquelle le créancier d'information – la société franchisée - demandait indemnisation au titre d'opérations qui se sont révélées défavorables. Tel était le cas de l'acquisition du pas-de-porte financé par un emprunt et du contrat de crédit-bail. Le rejet du pourvoi s'inscrit incontestablement dans le prolongement de l'arrêt du 16 septembre 2014. En effet, il s'agit ici d'indemniser la perte de chance pour le créancier d'information de ne pas investir dans des opérations préjudiciables : mal informé, le franchisé a perdu une chance de ne pas conclure l'achat du pas-de-porte et le crédit-bail, qui l'ont été en pure perte en raison de sa mise en liquidation quasi-immédiate.

Bien que le caractère elliptique de la décision ne permette guère de tirer de conclusions très nettes, il semblerait que le franchiseur soit condamné à prendre en charge la totalité du coût de ces opérations. Cela paraît montrer, d'une part, que la notion d'appauvrissement utilisée dans l'arrêt du 16 septembre 2014 renvoie à celle d'utilité de l'opération conclue avec le tiers. Cela semble jurer, d'autre part, avec la qualification de « perte de chance » ; l'explication réside peut être dans le fait que le préjudice n'est pas tant la perte de chance de ne pas contracter que le fait positif d'avoir effectivement contracté une opération inutile.

B/ L'arrêt du 25 novembre 2014 est en outre amené à se prononcer sur une **situation nouvelle : celle dans laquelle un tiers – non créancier de l'obligation d'information - subit un préjudice du fait de ce défaut d'information.**

16. Dans cette affaire en effet, M. X, associé de la société franchisée, n'était pas créancier de l'obligation d'information. La Cour de cassation lui applique cependant sa solution de principe, tant pour admettre son action sur certains aspects que pour la rejeter sur d'autres.

M. X va obtenir satisfaction au titre de son apport en numéraire (30 000 euros) à la société franchisée. Cet apport, qui ne lui sera pas restitué en raison de la position de créancier hypo-chirographaire des associés, n'aura été pour lui d'aucune utilité. On notera, à nouveau, que la condamnation au paiement de l'intégralité de ce montant jure avec la perte de chance indemnisée de ne pas conclure le contrat de société ; mais ce n'est peut être là encore que la traduction de ce que l'indemnisation porte en réalité sur la conclusion de l'opération plus que sur la perte de chance de ne pas l'avoir fait.

Dans le même temps, M. X va voir sa demande rejetée au titre du versement de revenus, prévus par les comptes prévisionnels. La Cour de cassation rejette classiquement la possibilité pour la victime d'obtenir indemnisation des gains manqués au titre de l'opération subséquente au défaut d'information. Cette solution, appliquée à une victime non créancière d'information, doit être approuvée. En effet, la

perte de chance de réaliser les gains en question n'existe pas : la mise en liquidation de la société le démontre.

17. Même si certains de ses aspects peuvent encore être discutés, voilà un nouveau pan de la responsabilité civile dont la jurisprudence a très finement tissé l'amure.

# Une relecture de l'article 1165 du code civil

**Sami SERAGELDIN**

*Juge au Conseil d'Etat égyptien*

*Docteur de l'Université Lyon III (Jean Moulin)*

L'économie moderne pose de nombreux défis à l'article 1165 du code civil. Cet article qui consacre une règle remontant au droit romain<sup>1</sup>, connaît de plus en plus d'entorses par la jurisprudence contemporaine. Les phénomènes des groupes de contrats et des groupes de sociétés notamment, posent de sérieuses questions quant aux personnes qui peuvent ou qui doivent être affectées par les dispositions du contrat.

La jurisprudence moderne, appuyée par la doctrine, adopte une conception assez stricte de l'effet relatif des contrats. L'article 1165 interdirait aux parties contractantes de créer des obligations au profit des tiers ou de leur conférer des droits en dehors de l'hypothèse de la stipulation pour autrui. Mais rien n'empêche que le contrat puisse produire des effets indirects au profit ou à l'encontre des tiers.

Malgré le rapprochement apparent de la doctrine moderne quant à l'interprétation du principe de l'effet relatif des contrats, les divergences restent importantes (I). Nous pensons que l'article 1165 du code civil doit être entendu dans le sens d'une double limite, une limite aux parties contractantes, une autre posée au législateur au sens large (II).

## I- L'article 1165 dans la doctrine moderne

Nous exposerons d'abord les différentes propositions des auteurs, afin de pouvoir ensuite dégager les termes du débat.

### A- Différentes propositions pour l'interprétation de l'article 1165

Selon Yvonne Flour, l'effet relatif des contrats ne se limite pas aux obligations. Il ne signifie pas uniquement qu'on ne puisse pas devenir créancier ou débiteur sans être partie à la convention. Cet article concerne tous les effets directs du contrat, au sens des effets recherchés par les

parties, qu'il s'agisse de créer, de modifier ou d'éteindre un droit quelconque<sup>2</sup>.

Jean Duclos partage cette idée selon laquelle l'effet relatif des contrats concerne tous ses effets directs, à l'exclusion des effets indirects (les effets que la loi fait produire au contrat mais qui ne sont pas directement recherchés par les parties). L'auteur ajoute que le premier énoncé de l'article 1165 doit être appréhendé comme une conséquence logique de l'article 1134 : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. L'article 1165 viendrait donc préciser qu'elles ne tiennent lieu de loi *qu'à* ceux qui les ont faites. Dans ce sens, l'article 1165 serait aussi une reformulation de l'article 1119 : « *On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.* ». Le deuxième énoncé signifie – toujours selon l'auteur – que les parties ne peuvent créer d'obligations à la charge d'autrui, ni conférer directement de droits à un tiers (exception faite de la stipulation pour autrui)<sup>3</sup>. La deuxième partie concernerait donc les effets « obligationnels » du contrat, la première partie le reste de ses effets.

Mme Fabre-Magnan adopte une conception plus restrictive de l'article 1165. Seul l'effet obligatoire du contrat serait concerné par l'article. L'auteur précise ce qu'elle entend par effet obligatoire du contrat en ajoutant que seules les personnes qui ont conclu le contrat peuvent être obligés de l'exécuter ou autorisés à en réclamer le bénéfice<sup>4</sup>. La conception de Mme Fabre-Magnan de la force obligatoire du contrat correspond donc à ce que M. Ancel nomme « le contenu obligationnel » du contrat. Il s'agit des dispositions du contrat qui ont pour objet de consacrer à l'une des parties le droit de réclamer, par la force publique si besoin, l'exécution d'une certaine prestation ; ce qui exclut les autres dispositions du contrat qui ne confèrent pas un tel effet (exemple : clause de loi applicable, clause attributive de juridiction, clause limitative de responsabilité, clause d'évaluation du préjudice, etc...). Mme Fabre-Magnan entend donc limiter la portée de l'article 1165 à l'interdiction de créer des

<sup>1</sup> J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, p. 46.

<sup>2</sup> Y. Flour, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, Université Paris II, 1977.

<sup>3</sup> J. Duclos, op. cit., p. 52.

<sup>4</sup> M. Fabre-Magnan, op. cit référence ?., p. 527.

obligations à la charge ou au profit des tiers. Cette approche réductrice de l'article 1165 est partagée par M. Mélin<sup>5</sup> et par M. Larroumet, pour qui l'effet relatif des contrats signifie que « *seules les parties contractantes et les personnes qui leur sont assimilées par l'article 1122 du code civil [les ayants cause] deviennent créancières et débitrices en vertu du contrat.* »<sup>6</sup>.

M. Aubert et M. Flour ont adopté une conception très stricte de l'article 1165. Pour eux, cet article serait d'abord le texte d'un moment : celui de la formation du contrat. Ensuite, l'objet de l'article serait aussi immédiat, dans le sens où il interdit aux parties de faire naître des obligations sur la tête d'un tiers par le *seul* effet de leur volonté. La seule limite posée par l'article 1165 serait donc qu'au moment de la formation du contrat, un tiers ne peut être obligé par le contrat par la seule volonté des parties contractantes.<sup>7</sup> L'effet relatif des contrats n'empêcherait pas l'évolution de la sphère des personnes obligées par le contrat au cours de la vie du contrat. Il n'empêcherait pas non plus que certains tiers se trouvent liés par le contrat par l'intermédiaire des liens de droits qui les unissent à l'une des parties contractantes, et possiblement (comme c'est le cas pour la stipulation pour autrui), par le concours de la volonté des parties contractantes et de la loi. La volonté des parties pourrait donc toujours jouer un rôle dans la création de droits ou d'obligations à l'égard des tiers, mais ce rôle ne peut être que *médiat*, c'est-à-dire qu'il doit d'abord être justifié par la loi ou par des liens de droits suffisamment étroits pour permettre une telle extension.

En réalité la divergence entre les auteurs sur l'interprétation de l'article 1165 se concentre sur deux axes.

### B- Les deux axes de divergence entre les auteurs

Le premier est de déterminer les dispositions du contrat qui seraient visées par l'article 1165 et lesquelles ne le seraient pas : la portée de cet article se limite-t-elle aux obligations engendrées par le contrat ou englobe-t-elle l'ensemble de l'effet obligatoire du contrat au sens large du terme (que les auteurs désignent parfois sous l'appellation des « effets directs ») ?

Le deuxième axe, plus subtil sans doute, se rapporte au destinataire de la règle : l'article 1165 s'adresse-t-il au législateur (au sens large du terme, ce qui inclut aussi la jurisprudence) ou s'adresse-t-il aux parties contractantes en leur interdisant d'imposer des obligations aux tiers par leur pure volonté ? Autrement dit, ce texte est-il adressé exclusivement aux parties en leur interdisant de prévoir dans le contrat des dispositions portant préjudice ou bénéfice à des tiers ? Dans ce cas, rien n'interdirait à la loi ou à la jurisprudence, dans certains cas, de décider d'étendre les effets du contrat à un tiers si cette extension est justifiée par des impératifs d'ordre juridique ou économique. Ou ce texte est-il adressé également au législateur – au sens large

du terme – en interdisant formellement toute extension de l'effet du contrat à un tiers ?

En réponse à ces deux questions, nous pensons que l'article 1165 pose deux limites bien distinctes qu'il faut différencier.

## II- La double limite de l'article 1165 du code civil

Nous exposerons d'abord notre interprétation de l'article 1165, avant de démontrer les intérêts de cette interprétation.

### A- Exposé de l'interprétation de l'article 1165

La première affirmation de l'article 1165 - « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* » - est destinée aux parties contractantes. Et uniquement aux parties contractantes. Celles-ci ne peuvent pas prévoir des effets juridiques destinés à s'appliquer à des tiers. Et là nous rejoignons partiellement M. Aubert et M. Flour pour dire que cette première affirmation n'interdit pas à la loi ou la jurisprudence de reconnaître certains effets du contrat à l'égard de certains tiers en considération des liens de droits qui les unissent à l'une ou à l'autre des parties. Nous rejoignons aussi José Duclos pour dire que ce premier énoncé est une reformulation de l'article 1119 du code civil. Cette première partie concerne tout l'effet obligatoire du contrat, « obligationnel » et « non obligationnel ». Pour récapituler nous dirons que la première affirmation de l'article 1165 interdit aux parties contractantes de prévoir dans leur contrat toute disposition qui serait destinée à produire des effets à l'égard des tiers.

La deuxième affirmation - « *elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » - doit être comprise comme une limite posée au législateur au sens large du terme. Ni la loi, ni la jurisprudence, ni un règlement administratif ne peuvent faire en sorte de créer des obligations à la charge des tiers, ni de leur faire profiter de créances contractuelles que par le moyen de la stipulation pour autrui. Cette limite posée au législateur ne concerne que la création d'obligations ou de créances à l'égard ou au profit des tiers. Mais rien ne l'empêche d'étendre les autres effets non obligationnels des contrats aux tiers. Il s'agit ici d'un principe quasiment supra-juridique, une sorte de garantie donnée aux justiciables qu'ils ne pourraient jamais se trouver obligés par un contrat auquel ils ne sont pas partie, et que les contrats qu'ils concluent ne pourra produire de créance au profit d'un tiers que par le moyen et sous les conditions de la stipulation pour autrui<sup>8</sup>. Ce texte est sans doute mal placé dans le code civil, il aurait conservé toute sa valeur s'il avait figuré dans la constitution. Mais il semble que le législateur l'ait « intuitivement » compris comme tel ; preuve en est que, malgré les nombreuses modifications du

<sup>5</sup> F. Mélin, *Droit des obligations*, LGDJ, 2006, p. 125.

<sup>6</sup> C. Larroumet, *Droit civil, tome III, les obligations, le contrat*, Economica, 6<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 877.

<sup>7</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, *Les obligations, 1-l'acte juridiques*, édition Colson, 1998, p. 309.

<sup>8</sup> Il existe une autre exception dans le code civil, qui est présentée comme une application de la stipulation pour autrui mais qui constitue en réalité un mécanisme dérogatoire différent : il s'agit de la transmission de la créance à titre d'accessoire prévue à l'article 1122 du code civil.

code civile, le législateur (au sens étroit du terme) n'a jamais introduit de véritables exceptions au principe de l'effet relatif des contrats, au-delà des articles 1121 et 1122, qui demeurent inchangés depuis la rédaction du code civil.

Il faut noter ici une remarque importante à propos du second énoncé de l'article 1165. Si ce texte interdit au législateur et à la jurisprudence d'imposer des obligations à un tiers, ou de lui faire profiter d'une créance en dehors de l'hypothèse des articles 1121 et 1122, cette interdiction doit être entendue dans un sens « matériel » et non pas « personnel ». Autrement dit, rien n'interdit, en principe, à un débiteur de payer sa propre dette à un créancier autre que son propre contractant, et inversement, rien n'interdit à un créancier d'obtenir satisfaction de sa créance d'une personne autre que son cocontractant. Sauf pour les contrats conclus *intuitu personae*, la personne de celui qui paie la créance ou qui reçoit le paiement est indifférente. La limite posée par le second énoncé de l'article 1165 ne concerne que la création d'une dette ou d'une créance non contractée par le débiteur ou le créancier (exception faite, encore une fois, de l'article 1121 et de l'article 1122). Cette dernière remarque permet surtout de justifier certains mécanismes de transmission reconnus en droit positif tels que la cession de créance, la cession de contrat et la transmission par fusion-acquisition.

La stipulation pour autrui doit alors être comprise comme une exception, à la fois au premier énoncé de l'article 1165 (puisque le législateur permet exceptionnellement aux parties de prévoir des effets juridiques au profit d'un tiers) et au deuxième énoncé, puisque le législateur prévoit la création de créances au profit des tiers.

Il convient ensuite de démontrer les intérêts de l'interprétation que nous proposons pour l'article 1165.

## B- Intérêts de l'interprétation proposée de l'article 1165

Premièrement, l'intérêt est de consacrer une limite au pouvoir des parties, et une limite plus étendue au législateur et à la jurisprudence. La première tient du bon sens commun (il n'est pas logique de permettre à deux personnes de décider ensemble du sort d'une troisième personne), la seconde tient au respect de la liberté individuelle qui constitue toujours – malgré le dépassement du dogme de l'autonomie de la volonté – un principe fondamental du droit des contrats. Ainsi, l'opposabilité du contrat à l'égard des tiers n'est pas niée, mais elle relève du pouvoir de la loi (au sens large) et non pas de celui des parties, ce qui paraît plus rationnel.

Deuxièmement, cette interprétation laisse place au phénomène d'opposabilité du contrat sous ses différentes formes : responsabilité délictuelle du tiers complice de violation contractuelle<sup>9</sup>, responsabilité délictuelle invoquée par un tiers qui se trouve victime d'une inexécution

contractuelle<sup>10</sup>, l'utilisation du contrat par un tiers comme moyen de preuve<sup>11</sup>, etc... Elle justifie aussi, et surtout, le phénomène d'extension des clauses dans les groupes de contrats et dans les groupes de sociétés.

Troisièmement, la limite posée dans le second énoncé, par rapport à la création de dettes ou de créances, permet d'encadrer la liberté croissante que la jurisprudence se reconnaît dans l'extension des effets du contrat à l'égard des tiers.

<sup>9</sup> Com., 11 octobre 1971, *D.* 1972. 120 ; Com., 13 mars 1979, *D.* 1980. 1, note Serra ; Com., 23 avril 1985, *Bull. civ.* IV, n°124 ; Com., 4 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n°173, *Civ. 1<sup>ère</sup>*, 26 janvier 1999, *Bull. civ.* I, n°32, *D.* 1999, somm. 263, obs. Delebecque ; *LPA*, 23 juin 2000, note Arcaute-Descazeaux,

<sup>10</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 mars 1998, *Bull. civ.* III, n°72, *JCP* 1998. I. 144, n° 4 s., obs. Viney ; Com., 1<sup>er</sup> juillet 2003, *Bull. civ.* IV, n°115, *D.* 2003. Somm. 2427, obs. Ferrier ; Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Bull. Ass. Plén.* n°9 ; *BICC* 1<sup>er</sup> décembre 2006, note et rapp. Assié, concl. Gariazzo, *D.* 2006. 2825, note Viney, *JCP E* 2007. 1523 n°15 s., obs. Kenfack ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2008, *Bull. civ.* III, n°58, *RDC* 2008. 1151, obs. Carval, Defrénois 2009. 81 obs. Pérint-Marquet ; Com., 21 octobre 2008, *RDC* 2009. 506 obs. Borghetti.

<sup>11</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mai 1982, *Bull. civ.* III, n° 116, *D.* 1983, IR17, obs. A. Robert ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 juillet 1997, *Bull. civ.* III, n°161, *Defrénois* 1997. 1420, obs. Atias.

# *La qualité d'époux ne donne pas le pouvoir de percevoir les dividendes du conjoint associé*



*Alaa ABD EL HAFIZ*

*Doctorante en droit privé  
ATER Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne  
IDAI (Paris 1 – Le Caire)*

[Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-25820, publié au Bulletin]

*« Attendu que, pour rejeter la demande de M<sup>me</sup> Y ... dirigée contre la société, l'arrêt retient que celle-ci a versé les sommes dues et que M. X est réputé légalement, par les articles 1421 et 1401 du Code civil, avoir perçu les dividendes en cause pour le compte de la communauté. Qu'en statuant ainsi, alors que l'associé a seul qualité pour percevoir les dividendes, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'épouse avait donné son accord pour que ces dividendes soient versés entre les mains de son conjoint, n'a pas donné n'a donné de base légale à sa décision ».*

Si l'aspect sentimental est souvent mis en avant à l'occasion du mariage, ce dernier conduit nécessairement à des confusions d'intérêts pécuniaires dont le droit des régimes matrimoniaux se saisit avec un objectif de protection tant de la famille, prise dans son ensemble, que des époux pris respectivement. C'est pourquoi, lorsqu'un litige touche un couple marié, nous sommes toujours tentés de voir dans les régimes matrimoniaux, les seules règles applicables. Or les règles matrimoniales ne sont point exclusives dans la mesure où elles seront conciliées avec d'autres impératifs de protection, notamment lorsque les époux décident en plus d'une association sentimentale, de s'associer financièrement en créant une société dotée d'une personnalité morale.

Si le législateur ne fait pas du lien matrimonial un obstacle à l'établissement d'un contrat de société<sup>1</sup>, il reste que le droit des sociétés connaît de règles impératives à raison de l'existence d'un lien matrimonial qui ne peuvent être ignorées. C'est ce qu'illustre l'arrêt du 5 novembre 2014.

A ce titre, rien de plus classique que de se retrouver face à une situation où un couple marié sans contrat de mariage décide de s'associer. L'époux détient alors 200 parts contre 9500 parts pour l'épouse. Cependant, le problème intervient lorsque la société verse les dividendes dus à l'épouse au titre des années 2002 à 2005 à son conjoint, ce que l'épouse va contester. Une telle réclamation peut paraître surprenante à raison du régime matrimonial des époux, ces derniers étant mariés sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts.

Or le législateur prévoit à l'article 1401 du Code civil que toutes les acquisitions faites par les époux ensemble ou séparément durant le mariage au moyen de leur industrie ou des fruits et des revenus des propres sont des acquêts de communauté. Autrement dit, toute acquisition onéreuse faite pendant le mariage tombe dans la communauté.

L'article 1421 du Code civil précise que les biens communs font l'objet d'une gestion concurrente par les époux. En bref, les époux peuvent en principe, l'un comme l'autre, réaliser seul un acte de conservation, d'administration ou

<sup>1</sup> Article 1832-1 du Code civil.

de disposition sur un bien commun sans avoir le consentement exprès du conjoint qui est en vrai présumé : l'acte réalisé seul par un époux devant respecter l'intérêt de la communauté.

Force est de constater que les dividendes sont des biens acquis, à titre onéreux, au cours du mariage. Ainsi, et eu égard à l'article 1401 du Code civil, l'époux a la propriété des dividendes, les dividendes constituant un acquêt de communauté. Une telle propriété ouvre, *a priori*, sur le pouvoir de l'époux à percevoir les dividendes de son épouse au sens de l'article 1421 en application d'une gestion concurrente compte tenu de la nature des biens.

C'est d'ailleurs ce qu'a pu établir la cour d'appel qui au visa des articles 1401 et 1421 du Code civil va valider le pouvoir de l'époux qui a légalement « *perçu les dividendes en cause pour le compte de la communauté* ». Néanmoins, une telle position ne sera pas suivie par la Cour de cassation qui, au visa de l'article 1832-2 du Code civil, va établir qu'au regard du contrat de société conclu, seul l'associé à la qualité pour percevoir ses dividendes. En d'autres termes, seule l'épouse était habilitée à percevoir ses propres dividendes, ce qui conduit alors à l'absence de pouvoir de l'époux.

La doctrine a pu alors justifier une telle solution sur le fondement de l'article 1404 du Code civil et notamment la distinction entre le titre et la finance, car si la finance tombe dans la communauté, le titre est propre à son titulaire quand bien même il serait marié sous le régime légal : si la valeur des dividendes tombe dans la communauté, le titre d'associé est propre à son titulaire de sorte qu'il s'avère être le seul habilité à percevoir ses dividendes<sup>2</sup>.

L'argument est en soi satisfaisant, mais s'éloigne de la motivation de la Cour de cassation qui justifie alors sa décision au visa de l'article 1832-2 du Code civil. En vrai, ce n'est pas la distinction titre et finance qui justifie le pouvoir exclusif de l'épouse à percevoir les dividendes, mais sa seule qualité d'associé au sens de l'article 1832-2 du Code civil qui est impératif, et prime donc l'article 1404 du Code civil.

L'absence de qualité d'associé de l'époux ne lui permet pas de percevoir les dividendes quand bien il en serait propriétaire, la propriété n'étant pas le pouvoir d'accomplir des actes juridiques sur lesdits biens.

Toujours est-il que l'époux associé n'est pas tenu systématiquement de percevoir en personne ses dividendes dans la mesure où la Cour de cassation admet que le titulaire des parts puisse déléguer ses pouvoirs à autrui, et plus précisément au conjoint.

En effet, l'article 1431 du Code civil admet le principe du mandat entre époux.

Le mandat est connu pour être un acte juridique permettant à autrui de gérer les affaires du mandant. Le mandataire a alors le pouvoir d'accomplir des actes essentiellement juridiques au nom et pour le compte du mandant<sup>3</sup>. Si l'article 1988, alinéa 2, du Code civil exige le caractère exprès du pouvoir donné au mandataire lorsque le mandat porte sur l'accomplissement d'un acte de disposition, il est admis que le mandat puisse se former tacitement notamment dans une relation entre époux.

C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 1432 du Code civil qui nous rappelle que lorsqu'un époux gère des biens sur lequel il n'a aucun pouvoir, et ce au vu et au su de son conjoint, sans opposition de sa part, il est réputé avoir reçu un mandat tacite de sa part.

Or justement, la perception des dividendes pour le compte de son épouse est perçue comme un acte d'administration. Par conséquent, l'existence d'un pouvoir exprès n'est point requise, un pouvoir donné tacitement étant suffisant.

Nonobstant cette souplesse, la Cour de cassation a pu constater l'absence de caractérisation d'un pouvoir exprès voire tacite donné par l'épouse.

En bref, l'époux n'avait aucun pouvoir ni légal, ni conventionnel.

C'est alors que le droit des régimes matrimoniaux vient au secours des époux avec les habilitations judiciaires, un époux pouvant se faire habilitier en justice à passer un acte au nom et pour le compte de son conjoint lorsqu'il ne dispose d'aucun pouvoir<sup>4</sup>. Il convient toutefois de préciser qu'une telle habilitation n'est point automatique et doit être justifiée par l'impossibilité du conjoint de manifester sa volonté et de la nécessité de l'habilitation en vue de sauvegarder l'intérêt de la famille. Là encore, ces critères n'étaient pas réunis en l'espèce.

Le défaut de pouvoir légal, conventionnel ou judiciaire pousse le législateur à apprécier la gestion entre époux selon les règles de la gestion d'affaires<sup>5</sup> qui permettrait alors de justifier l'accomplissement d'un acte juridique sans pouvoir, au nom et pour le compte d'autrui dès lors que la gestion a été utile et nécessaire pour le maître de l'affaire. Reste alors à la cour de renvoi d'apprécier ces données. Quoi qu'il en soit l'enseignement tiré de cet arrêt est que la propriété n'est pas le pouvoir.

<sup>2</sup> R. MESA, "Perception de dividendes par le conjoint de l'associé", *Actualité Juridique Dalloz*, 17 novembre 2014.

<sup>3</sup> Article 1984 du Code civil.

<sup>4</sup> Article 219, alinéa 1 du Code civil.

<sup>5</sup> Article 219, alinéa 2 du Code civil.

# *Le financement du projet Canal de Suez II : les traces d'un financement de crowdfunding éparpillé entre plusieurs structures de financement de projet*



*Sherif AYOUB*

*ATER Université Paris I- Panthéon Sorbonne  
Auditeur au Conseil d'Etat égyptien*

Un projet ambitieux annoncé par le président Egyptien Abdelfattah Al Sissi. L'Egypte - un pays qui a récemment rencontré des difficultés politiques et économiques après deux révolutions - cherche à retrouver la voie vers le progrès économique et la stabilité politique.

A nouveau il est démontré que le droit peut être indispensable à l'économie ainsi qu'à la politique. Ce projet ambitieux, envisageant le creusement d'un nouveau canal le long du canal de Suez existant, a pour finalité la création d'une vaste zone de passage de navires et d'échange économique par Suez.<sup>1</sup> Il a suscité d'ailleurs de vifs débats quant à son financement.

Le ministre de l'économie avec le gouverneur de la Banque Centrale égyptienne ont déclaré dans un discours médiatique<sup>2</sup> que ce projet sera financé « par les égyptiens », des propos introductifs plein d'émotion dont le fondement juridique paraît flou. Mais les intervenants ont expliqué que l'objectif était de collecter 60 milliards de livres égyptiennes pour les besoins de financement de l'opération de construction de l'ouvrage public. Une somme importante dont le public voudrait connaître la source. Après cette première annonce, les mêmes

intervenants déclaraient avec un ton ferme que l'Etat allait émettre « des certificats d'investissement » à long terme (5 ans) à taux d'intérêts fixe de 12%. Un taux d'intérêt très intéressant qui dépasse les taux d'intérêt proposés par les banques nationales égyptiennes

Aussi sera-t-il judicieux d'étudier l'aspect juridique du projet envisagé (I), avant de placer la technique de financement adoptée en confrontation avec les structures de financement de projets modernes (II).

## **I- Les contours juridiques du projet Canal de Suez II**

L'analyse de la technique de financement appelle de prime abord à l'étude du statut juridique du Canal de Suez qui a historiquement varié (A). Mais en plus, le projet inclut plusieurs opérations rendant sa nature complexe (B).

### **A. Le statut juridique du Canal de Suez affecté par une longue histoire d'altération politique**

L'Egypte a été le premier pays à construire un canal sur son territoire pour lier la Méditerranée à la Mer Rouge via les branches du delta du Nil. Le premier dirigeant égyptien à avoir commandé un canal a été le roi Sénouset III le Pharaon d'Egypte en 1874 A-J.C. L'idée du Canal a réapparu au 18<sup>e</sup> siècle lors de la campagne française en 1799. Napoléon Bonaparte a voulu lier la Mer Rouge à la Méditerranée pour concurrencer le commerce anglais. Charles Le Père avait commencé à préparer ce projet mais

<sup>1</sup>[http://abonnes.lemonde.fr/afrique/article/2014/08/05/l-egypte-envisage-de-creuser-un-deuxieme-canal-de-suez\\_4467050\\_3212.html](http://abonnes.lemonde.fr/afrique/article/2014/08/05/l-egypte-envisage-de-creuser-un-deuxieme-canal-de-suez_4467050_3212.html)  
<sup>2</sup><http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/109646/Business/Economy/Search.aspx?Text=%20Suez%20Canal>

en raison d'erreurs de calcul le programme a été rapidement suspendu.

Plus tard, en 1854 le diplomate et ingénieur Français, le *Vicomte Ferdinand Marie De Lesseps*, réussira à encourager Saïd Pacha (roi d'Egypte) à construire le canal. C'est ainsi qu'en 1858 la compagnie universelle du Canal maritime de Suez, investie du pouvoir de construire le canal puis de le gérer pour 99 ans, période après laquelle la propriété du canal serait transférée à l'Etat égyptien, est instituée.

Il s'agissait d'une société anonyme cotée en bourse dont les actions étaient détenues conjointement par la France et l'Egypte. Ce n'est qu'en 1875 que le gouvernement anglais a acheté les actions égyptiennes suite à des questions de dette envers l'Egypte. Mais encore, à cette date le gouvernement français détenait la majorité des actions.

En juillet 1952, la monarchie est abolie en Egypte avec la révolution, et le roi Farouk doit quitter le territoire égyptien. Lorsque Gamal Abd El Nasser est arrivé au pouvoir, et précisément en 1956, il a déclaré la nationalisation de la Compagnie universelle du Canal maritime de Suez<sup>3</sup>, une décision courageuse qui aura couté à Nasser et à l'Egypte une guerre, voire une triple invasion. Le lendemain de la nationalisation en effet, Israël, la France et la Grande-Bretagne vont diriger conjointement une attaque contre les forces égyptiennes, mais cette intervention aboutira à un échec grâce à la résistance de l'armée égyptienne et du peuple de Suez et de Port Saïd, mais aussi grâce à l'intervention de l'URSS<sup>4</sup>.

Une histoire enrichissante certes, mais le statut juridique actuel du Canal mérite d'être étudié. Suite à l'annonce de la nationalisation du canal par Nasser, la loi «385/1965 » sur la nationalisation de la Compagnie universelle de canal de Suez était adoptée. Ultérieurement modifiée par la loi 30/1975 - en vigueur - qui avait créé dans son article premier l'*Autorité du Canal de Suez*.

Il s'agit d'une personne morale de droit public qui est investie de larges pouvoirs de direction, de gestion et d'organisation de la navigation sur le Canal et aussi de Port Saïd. Le Président de la République nomme les membres du Conseil d'administration de l'autorité par décret présidentiel<sup>5</sup>, le patrimoine de l'autorité appartient au domaine privé<sup>6</sup> et les comptes et le budget de l'autorité sont arrêtés par décret présidentiel<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> <http://www.suezcanal.gov.eg/sc.aspx?show=8>

<sup>4</sup> [http://www.linternaute.com/histoire/motcle/2109/a/1/1/canal\\_de-suez.shtml](http://www.linternaute.com/histoire/motcle/2109/a/1/1/canal_de-suez.shtml)

<sup>5</sup> Voir article 2 de la loi 30 /1975.

<sup>6</sup> Voir article 10 de la loi 30 /1975.

<sup>7</sup> Voir article 5 de la loi 30/1975.

## **B. La mise en exergue du caractère complexe du projet envisagé**

Il est loisible de présenter dans des termes clairs la teneur de l'opération envisagée : selon Mohab Memish le président de l'autorité du canal de Suez, le projet a pour ambition la réalisation de deux objectifs connexes : dans un premier temps le creusement d'une nouvelle branche du canal en parallèle à celle initialement bâtie et par conséquent l'augmentation du nombre de navires pouvant emprunter le canal<sup>8</sup> et donc la hausse des taxes collectées. Dans un second temps, la construction d'une vaste zone économique et logistique tout le long du canal qui aura pour objectif l'organisation de tous les services liés au transport maritime (ports, chantiers de maintenance, une zone de commerce international détaxée, etc...)<sup>9</sup>

Ainsi, la première phase de ce projet, à savoir le creusement d'une nouvelle branche du canal, sera financée par les certificats d'investissement. Dans ce contexte, l'autorité du Canal a annoncé la conclusion d'un contrat de marché public avec six compagnies de dragage<sup>10</sup> dont une Américaine, une Emiratie, deux Belges et deux Hollandaises.

Classiquement, l'opération dans son ensemble consiste en une opération de marché de travaux publics : une personne privée s'engage à réaliser un travail public pour le compte de l'administration en contrepartie d'une rémunération, et dans un but d'intérêt général. Ainsi, et pour les besoins d'assurer ladite rémunération, l'autorité du Canal devra chercher un financement approprié.

En effet, la technique de financement adoptée est à la frontière avec plusieurs techniques de financement, ce qui rend difficile son appréhension juridique.

## **II- L'émission « des certificats d'investissement » : une technique de financement en rupture avec le droit commun du financement de projet**

La technique susmentionnée manifeste l'esprit d'un emprunt obligataire mais à conditions hybrides (A). En revanche, l'Etat égyptien aurait été amené à adopter d'autres modèles de financement plus adaptés à la valeur nationale de ce projet (B).

<sup>8</sup> 97 navires par jour au lieu de 49.

<sup>9</sup> <http://www.dailynewsegypt.com/2014/05/14/suez-canal-development-plan-presented-january-2015-sca-official/>

<sup>10</sup> <http://www.reuters.com/article/2014/10/18/us-egypt-suezcanal-idUSKCN0I70IC20141018>

### A. Le mode de financement proposé

Le Président Al Sissi annonçait le 4 septembre 2014, l'adoption d'un décret-loi (le parlement n'étant pas encore élu), sur l'émission des certificats d'investissement pour le financement du projet de Canal de Suez II. Il s'agit de l'émission de titres financiers, « *les certificats d'investissement* », de dette à long terme (5 ans), non négociables et exonérés d'impôts pour les investisseurs par le biais des quatre banques nationales égyptiennes. Le résultat de cette émission sera transféré au compte de l'autorité du canal de Suez auprès de la Banque Centrale pour les besoins de financement du projet. Seuls les nationaux égyptiens (personnes physiques ou morales) ont eu le droit d'acheter ces certificats. L'intérêt « moral » présenté par ces certificats, notamment la participation au financement d'un grand projet national, n'était pas la seule source de motivation des Egyptiens. En outre, ces certificats seront assortis d'un taux d'intérêt fixe à hauteur de 12% annuel, distribué trimestriellement jusqu'à maturité (sans anatocisme) ; un profit économique non négligeable pour les futurs acquéreurs des certificats.

Un mode de financement original pour la finance égyptienne, et qui est en plus rémunérateur pour les investisseurs qui profiteront du plus haut taux d'intérêt en Egypte actuellement. Cela n'aura pris que 8 jours pour collecter 60 milliards de livres égyptiennes par l'achat des personnes physiques mais aussi des sociétés et des OPCVM. Le gouverneur de la Banque Centrale souligne la couverture de cette émission par le ministère des Finances qui garantira le remboursement des sommes payés par le public lors de la maturité des certificats (i.e. dans 5 ans), mais aussi il garantira le paiement des intérêts dus par l'autorité de Canal de Suez.

On se retrouve avec le bilan suivant : une somme importante collectée à une vitesse non négligeable, une forte responsabilité engagée par le Budget de l'Etat égyptien (qui s'est porté garant du remboursement, ainsi que du paiement des intérêts) et finalement des épargnants ayant perdu la confiance dans l'investissement privé dans cette période d'instabilité en Egypte, mais qui auront finalement trouvé un intérêt économique et moral qui les aura encouragés à placer leur épargne.

Mais ce thème à la fois économique et politique mérite analyse juridique et l'on se pose la question de savoir si ce mode de financement adopté par l'Etat égyptien est le meilleur, ou si l'Etat aurait pu adopter un mode plus efficient.

### B. Une étude comparée entre les principales structures envisageables de financement de projet

Dans cette optique de recherche de financement en numéraire, pour assumer les coûts du creusement et du

dragage de la nouvelle branche du Canal, l'Etat égyptien disposait de plusieurs choix :

#### a) *Le financement bancaire*

Il s'agit des prêts accordés par les banques au profit des personnes publiques pour le financement du projet envisagé. En l'espèce, en raison de l'importance du projet et de la somme recherchée, l'autorité du Canal aurait dû souscrire à un *pool bancaire* (prêt accordé par plusieurs banques qui se partagent le risque). Ce mode de financement fut rejeté par les autorités égyptiennes. Nous présumons que la raison réside dans la courte maturité des prêts bancaires qui seraient le plus souvent inférieure à la durée du contrat de marché public. Cela ne laisserait pas de réserve de temps aux autorités égyptiennes pour faire face aux besoins de restructuration c'est-à-dire le remboursement rapide de la dette sera incompatible avec les besoins de liquidité du projet, et pour permettre le plein remboursement du prêt<sup>11</sup>.

#### b) *L'émission d'obligations du Trésor*

L'autorité du Canal aurait pu émettre des obligations sur le marché financier égyptien, négociables sur le marché secondaire. Il s'agit de titres de dette classiques à long terme qui viendraient en contrepartie des taux d'intérêts. Ce mode de financement aurait dû être envisageable surtout grâce à la maturité plus attractive que celle offerte par les prêts bancaires. Dans ce cas, en raison de la personnalité publique de l'autorité du canal, l'émission aurait dû prendre la forme d'une émission d'obligation du Trésor « *Treasury Bonds* »<sup>12</sup>, opérée par le ministère des Finances dont les conditions générales souligneraient l'objectif exclusif de l'émission, à savoir le financement du projet Canal de Suez II.

Mais là encore l'autorité du Canal a refusé le financement obligatoire pour des questions de « souveraineté » : en fait, postérieurement à l'expérience franco-anglaise avec l'ex-compagnie universelle du Canal Suez, les autorités égyptiennes voulaient garder l'aspect purement national du financement du projet. C'est pour cela que les certificats d'investissement sont proposés uniquement au public égyptien<sup>13</sup>, une restriction incompatible avec les marchés financiers sur lesquels les obligations du Trésor auraient circulé, et qui sont accessibles à tous les investisseurs quelle que fut leur nationalité.

#### c) *Le financement par la Banque Mondiale*

La Banque Mondiale – dans le cadre de la réalisation de ses objectifs – propose un support financier aux Etats en vue de

<sup>11</sup> F. Bergère, X. Bezançon, L. Deruy, G. Goulard, M. Fornacciarì, *Le guide opérationnel des PPP*, Le Moniteur, 3<sup>ème</sup> éd. 2010, p. 298.

<sup>12</sup> <http://www.egx.com.eg/English/listedbonds.aspx>

<sup>13</sup> [http://www.liberation.fr/monde/2014/08/06/l-egypte-lance-le-creusement-d-un-nouveau-canal-de-suez\\_1076268](http://www.liberation.fr/monde/2014/08/06/l-egypte-lance-le-creusement-d-un-nouveau-canal-de-suez_1076268)

la réalisation des projets d'investissement notamment les projets d'infrastructure, pour permettre la réduction de la pauvreté et la promotion de la prospérité<sup>14</sup>. Mais là encore, ce mode de financement ne fut pas envisagé en raison des mêmes questions de souveraineté mais surtout parce que la Banque Mondiale, lorsqu'elle accorde ce type de prêt, impose plusieurs obligations et des missions d'inspection qui pourraient être complexes.

#### d) *Les PPP (Partenariat Public-Privé)*

Les fameux PPP, qui se sont développés considérablement dans les dernières décennies en Europe, démontrent un potentiel économique et juridique important en vue de la réalisation des grands projets d'infrastructure. Il s'agit d'un recours au secteur privé mais sous une forme plus avancée et complexe que les contrats classiques de concession ou de marchés publics. Il s'agit en effet d'un contrat « global » assorti de plusieurs missions à la charge du cocontractant (conception, construction et gestion)<sup>15</sup>. C'est une notion mondiale qui précisément associe plusieurs techniques juridiques préétablies.

Ainsi, ce modèle aurait-il pu être suivi par les autorités égyptiennes dès le début en écartant le contrat de marché public. Dans ce cadre, en effet, il s'agit de plusieurs schémas possibles de PPP (*BOT build operate transfer, BOO build own operate, BBO buy build operate, BOOT build own operate transfer etc.*). Mais en général l'esprit de l'opération aurait dû permettre à l'autorité du Canal de conclure le PPP avec plusieurs intervenants (les compagnies de dragage, les banques, les assureurs), et à l'issue de sa conclusion une société dite « *la société de projet – Special Purpose Company* » aurait été créée, dont les actionnaires principaux auraient été l'autorité du Canal et les autres intervenants susmentionnés. Cette société aurait pu prendre la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, permettant le financement du Capital par les investisseurs (surtout par les investisseurs institutionnels qui sont plus intéressés par ce type de projet d'infrastructure). L'avantage principal de ce contrat est l'étalement du paiement des compagnies de dragage, qui pourrait être différé même après la réalisation de l'ouvrage. Par ailleurs, ce qui aurait pu être prévu en l'espèce, c'est que le Budget de l'Etat ait eu à supporter des coûts moins importants et qu'aussi le risque aurait été partagé avec le

secteur privé. Il nous paraît que ce mode de financement était le meilleur, d'autant plus que la propriété du projet serait confiée à l'autorité du Canal à l'expiration du PPP. Dans cette configuration, le financement est rapidement assuré, le secteur privé ayant plus d'intérêt à réaliser efficacement ce projet puisqu'il supporterait un risque.

#### e) *Le financement participatif « crowdfunding »*

C'est le modèle le plus proche du choix de financement opéré par les autorités égyptiennes. D'origine américaine, le crowdfunding est un nouveau mode de financement de projets par le public. Ce mécanisme permet de récolter des fonds – généralement de petits montants – auprès d'un large public en vue de financer un projet. Il fonctionne le plus souvent *via* internet<sup>16</sup>. Ce mode est préféré dans les cas où le financement bancaire n'est pas envisageable. Il s'agit pratiquement de la création d'une plateforme – souvent électronique – où les investisseurs placeront leurs participations moyennant une contrepartie.

Le financement participatif a connu une montée indéniable dans le monde : en 2013, les fonds collectés par les plateformes de financement participatif au niveau mondial auraient dépassé le seuil de trois milliards de dollars<sup>17</sup>. En France, le gouvernement a montré son intérêt en traçant le cadre juridique du crowdfunding par l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014<sup>18</sup>, qui dote le financement participatif d'un cadre juridique censé assurer son développement dans des conditions juridiques sécurisées et offrir une protection des investisseurs ou des prêteurs.

On conclut donc que le crowdfunding se rapproche largement de la technique adoptée en Egypte : notamment les titres sont émis directement auprès des investisseurs, en effet il s'agit d'une confirmation du principe du crowdfunding qu'est le financement « par la foule »<sup>19</sup>. Mais la différence réside dans la nature de la contrepartie de l'acquisition des titres (i.e. le prêt) : en l'espèce, les investisseurs auront un droit à un taux d'intérêt fixe, tandis que le crowdfunding classique offre aux investisseurs une part sociale dans le capital du projet ou de l'entreprise.

Il est clair que cantonner le financement réalisé dans une des catégories de financement forgées par le droit financier

<sup>14</sup> <http://www.banquemonde.org/fr/projects-operations/products-and-services#1>

<sup>15</sup> Le guide législatif sur les projets d'infrastructures financés par le secteur privé, publié par l'UNCITRAL en 2001 définit les contrats de PPP « ...des projets d'infrastructure financés par le secteur privé, dont la forme varie selon des différentes catégories dépendant du type de participation du secteur privé, la propriété du projet... » : <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>

<sup>16</sup> B. Keita, *Un cadre juridique pour le financement participatif*, Petites affiches, 05 septembre 2014 n° 178, P. 7.

<sup>17</sup> P. Moscovici et F. Pellerin, *Le financement participatif*, disponible sur <http://proxypubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/16978.pdf>.

<sup>18</sup> L'ordonnance définit l'intermédiation en financement participatif à l'article 17 « ...l'intermédiation en financement participatif consiste à mettre en relation, au moyen d'un site internet, les porteurs d'un projet déterminé et les personnes finançant ce projet dans les conditions suivantes... »

<sup>19</sup> AMF et ACP, *Guide du financement participatif (crowdfunding) à destination du grand public*, publié le 14 mai 2013.

et le droit des contrats administratifs est impossible, en raison du caractère hybride et sui generis de l'opération. Quand bien même, le modèle du crowdfunding reste le modèle de financement le plus proche du financement par les certificats d'investissement.

Ce projet nous place face à de larges défis et risques dans une période économique difficile où l'Etat égyptien ne pourrait supporter le coût de son échec.

## *A propos des décisions en matière électorale n° 2013-667 et n° 2013-668 du 16 mai 2013 du Conseil constitutionnel\*, quelques réflexions sur l'instabilité de la règle de droit électorale sous la V<sup>ème</sup> République*

**Thierry RAMBAUD**

*Professeur à l'Université Paris Descartes et à Sciences Po (Paris)  
Expert auprès du Conseil de l'Europe*

L'importance prise par le développement du droit constitutionnel normatif, celui qui assure la suprématie juridique de la règle constitutionnelle, et du droit constitutionnel substantiel, celui de la garantie des droits et des libertés à caractère fondamental, éclipsent trop régulièrement l'objet premier du droit constitutionnel qui est de régir la manière dont sont organisés les mécanismes d'accès et d'exercice du pouvoir politique. Au cœur du droit constitutionnel se trouve en effet cette exigence fondamentale de tout régime politique qui est celle de l'organisation et de la survie de la communauté politique<sup>1</sup>, garante des règles relatives au bien commun et à l'intérêt général. C'est sur un tel fondement que l'on s'est efforcé de montrer que des règles de droit public sont identifiables au sein de toutes les traditions juridiques dans le monde<sup>2</sup>.

La législation électorale s'inscrit bien évidemment dans le cadre de cet objet du droit constitutionnel. Elle précise en effet les modalités selon lesquelles le pouvoir, au niveau central, comme au niveau local, s'acquiert. La législation électorale concerne au plus haut point la question des rapports entre les « gouvernants » et les

« gouvernés » et soulève ainsi la question de l'exercice de la démocratie<sup>3</sup>.

Son importance n'est néanmoins pas toujours appréciée à sa juste valeur et l'on ne perçoit pas suffisamment à quel point elle est liée au sujet de la stabilité des institutions et du régime politique. Il existe des liens très étroits entre la clarté, la sincérité et l'efficacité de la loi électorale, d'une part, et, d'autre part, la stabilité de nos institutions.

Dans une étude précédente, nous avons eu l'occasion de rappeler que « depuis 1945, dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), seule quatorze réformes des modes de scrutin ont été réalisées pour des élections nationales... dont cinq en France »<sup>4</sup>. Les « grandes réformes » sont définies de manière restrictive comme le remplacement complet d'une formule électorale par une autre. Concernant le mode de scrutin aux élections de la chambre basse du parlement, les pays ayant connu une réforme importante sont Israël (1992 et 2001), l'Italie (1993 et 2005), le Japon (1994) et la Nouvelle-Zélande (1993).

Dans les décisions n° 2013-667 et 2013-668 DC du 16 mai 2013<sup>5</sup> étaient mises en cause deux lois, l'une organique, l'autre ordinaire, relatives à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et

---

\* Décision n° 2013-667 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, JORF du 18 mai 2013, p. 8258 ; décision n° 2013-668 DC, *Loi organique relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux*, JORF du 18 mai 2013, p. 8256.

<sup>1</sup> La littérature juridique est bien évidemment abondante sur ce sujet. C'est la raison pour laquelle on pourra renvoyer à l'importante étude du professeur O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus politicum*, 2009, n° 3 : <http://www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html>.

<sup>2</sup> On se permet de renvoyer à ce sujet à T. Rambaud, *Introduction au droit comparé : Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF Quadrige, septembre 2013.

---

<sup>3</sup> Voir l'ouvrage de B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, 1995 et, notamment, les développements relatifs à la démocratie représentative.

<sup>4</sup> T. Rambaud, « Le système des partis politiques sous la V<sup>ème</sup> République », in *Les forces politiques française : genèse, environnement, recomposition*, coordonnée par G. Bernard et E. Duquesnoy, Paris, PUF, collection major, 2009, pp. 17-32.

<sup>5</sup> Nous avons travaillé sur les décisions mises en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr/](http://www.conseil-constitutionnel.fr/) : décision n° 2013-667 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, JORF du 18 mai 2013, p. 8258 ; décision n° 2013-668 DC, *Loi organique relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux*, JORF du 18 mai 2013, p. 8256.

des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral. Ces lois constituent le troisième volet de l'action gouvernementale relative aux collectivités territoriales. Leur point de départ résidait dans la suppression du conseiller territorial institué par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales modifiée par la loi n° 2011-871 du 26 juillet 2011 fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région. Le Conseil constitutionnel avait eu à connaître à trois reprises de la réforme du conseiller territorial, opérant deux censures, la première visant à faire respecter le principe d'égalité devant le suffrage et la seconde concernant le dépôt des projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales en premier lieu au Sénat (n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 ; n° 2011-632 DC du 23 juin 2011 ; n° 2011-634 DC du 21 juillet 2011).

Dans la décision précitée n° 2013-668 DC du 16 mai 2013, le Conseil constitutionnel juge la loi organique relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires conforme à la Constitution. Il considère, de surcroît, que l'article 6 et le paragraphe II de l'article 8, en ce qu'il fait référence à l'article 6, n'ont pas de caractère organique. Le 1<sup>er</sup> de l'article 6 reporte de mars 2014 à mars 2015 l'expiration du mandat des conseillers généraux élus à Mayotte en mars 2011. Le 2<sup>ème</sup> de cet article porte de 23 à 26 le nombre de membres de membres de l'assemblée départementale de Mayotte à compter du prochain renouvellement général de cette Assemblée.

Dans la décision n° 2013-667 du 16 mai 2013, le Conseil a déclaré comme contraires à la Constitution : « le troisième alinéa de l'article L. 21 du code électoral modifié par l'article 15 de la loi déferée, l'article 30, le tableau annexé et le tableau n° 2 annexé au code électoral et à l'article 46 les mots « d'ordre topographique, comme l'insularité, le relief, l'hydrographie ; d'ordre démographique, comme la répartition de la population sur le territoire départemental ; d'équilibre d'aménagement du territoire, comme l'enclavement, la superficie, le nombre de communes par canton » figurant dans le paragraphe IV de l'article L. 3113-2 du code général des collectivités territoriales ».

Ces lois aménagent le régime juridique de l'élection des conseillers départementaux et modifient celui des conseillers municipaux et des conseillers communautaires. Ces lois interviennent après bien d'autres (voir *infra*) et soulèvent la question non seulement de la stabilité de la règle électorale<sup>6</sup> (I), mais également de la cohérence et de l'efficacité de la législation électorale dans son ensemble (II).

<sup>6</sup> On entend par « règle électorale », l'ensemble des règles juridiques relatives au déroulement d'une élection de nature politique qu'elle soit nationale ou locale. Cette définition couvre la délimitation du corps électoral, les modalités du vote, les candidatures, le mandat électoral, ainsi que les moyens de lutter contre les pressions et fraudes électorales.

## I) Des modifications récurrentes de la règle de droit électoral

Lorsqu'on s'interroge sur de telles modifications de la règle de droit électoral, plusieurs facteurs interviennent. On y voit, pour l'essentiel, une explication dans la philosophie générale de la législation électorale française qui apparaît comme un « instrument légitime du combat politique », à la différence du consensus qui peut exister à ce sujet en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis d'Amérique entre les deux principaux partis politiques. La législation électorale, dans le cadre du modèle français, apparaît comme une arme juridiquement opérante et légitime dans le cadre du jeu partisan et de la compétition électorale entre formations de gouvernement. Une seconde raison est à invoquer.

En effet, ces modifications nombreuses s'expliquent également par un cadre constitutionnel et européen assez peu contraignant qui réserve au législateur une marge de manœuvre importante. Or, dans le cadre du fonctionnement de notre régime politique caractérisé par le « fait majoritaire », cela revient *in fine* à laisser au parti politique majoritaire le pouvoir de « dernier mot ».

Tout en reconnaissant la marge d'appréciation du législateur, le Conseil constitutionnel garantit le principe constitutionnel d'égalité de suffrage et l'exigence constitutionnelle de sincérité du suffrage (A). Cette liberté reconnue au législateur conduit à une accélération des modifications intervenues au cours de ces dernières années (B). Ainsi, a peine institué par une loi de 2010, le « conseiller territorial » a déjà disparu... Se pose inévitablement une question quant à la stabilité et la qualité de la règle électorale en droit public français.

### A) Un cadre constitutionnel et européen assez peu contraignant

Tant le droit constitutionnel que le droit européen, malgré les normes édictées dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>7</sup>, laisse en matière électorale une assez grande marge d'appréciation au parlement national, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, pour déterminer les règles essentielles en matière de droit électoral. Dans la décision précitée du 16 mai 2013, le Conseil constitutionnel rappelle dans son considérant 36 : « que la loi fixe les règles concernant le régime électoral... des assemblées locales..., ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales... ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions

<sup>7</sup> A cet égard, on peut mentionner l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 3 de son protocole additionnel. Ces stipulations garantissent « le droit de toute personne à un recours effectif devant une instance nationale, le droit de vote ou d'éligibilité, ainsi que l'organisation, à des intervalles raisonnables, d'élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » ou encore le principe d'égalité devant le suffrage. Dans le respect de ces stipulations, le législateur dispose d'une marge de manœuvre importante dans l'aménagement de la règle de droit électoral.

*nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel*... La Constitution octroie ainsi au législateur un pouvoir discrétionnaire en matière de législation électorale. Une limite constitutionnelle explicite est néanmoins rappelée par le Conseil : « *qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel*... » D'autres dispositions constitutionnelles encadrent également le pouvoir dont dispose le législateur qui doit respecter le principe d'égalité devant le suffrage, élément constitutif de la démocratie au sens politique, ainsi que le principe du pluralisme des courants d'idées ou d'opinions qui découle de l'article 4 de la Constitution<sup>8</sup>.

La jurisprudence du Conseil prolonge les dispositions textuelles de la Constitution de 1958 qui ne contient, en elle-même, que peu de références à la démocratie et à l'exercice du pouvoir de suffrage. L'article 1<sup>er</sup> qualifie la République de « démocratique », au même titre qu'elle utilise les adjectifs d' « indivisible, laïque et sociale ». L'article 2, alinéa 5 rappelle que le principe de la démocratie peut être résumé dans la célèbre formule utilisée par Abraham Lincoln « le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple ». Cette formule, souvent rappelée, n'épuise pas tous les enjeux constitutifs de la démocratie en ce début de XXI<sup>ème</sup> siècle. Elle présente néanmoins le mérite de rappeler fondamentalement qu'au fondement même de la démocratie se situe le « pouvoir de suffrage du peuple ». Cet enseignement est sans doute à méditer à la lumière des craintes qu'inspire l'expression de la démocratie directe, ici ou ailleurs...

Dans le modèle constitutionnel français de la V<sup>ème</sup> République, il est néanmoins admis que le peuple est le pouvoir souverain au sein de l'Etat. Le troisième alinéa de l'article 3 de la Constitution dispose que : « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret ».

Lorsque le mandat est direct, le pouvoir du peuple s'exprime essentiellement par le referendum constituant ou législatif, sur le fondement des articles 89 et 11 de la Constitution, mais également par l'élection de représentants, sur le fondement de l'article 3, alinéa 1, que sont le président de la République et les assemblées parlementaires, Assemblée nationale et Sénat. A ces scrutins nationaux s'ajoutent des élections « locales » qui sont également considérées comme des « élections politiques ». Le Conseil a fourni une explication du caractère politique des élections locales dans sa décision du 9 avril 1992 dite *Maastricht 1*. Il fait référence

<sup>8</sup> CC n° 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, JO du 14 janvier 2012, p. 750, note de J-P. Camby, « Le juge constitutionnel, juge électoral, juge de la constitutionnalité », *LPA* 2012, n° 33, p 5. Le Conseil constitutionnel se reconnaît compétent pour statuer sur des QPC, soulevées directement devant lui, dans le cadre de son contrôle des élections parlementaires. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette jurisprudence dans deux décisions rendues le 18 octobre 2012, CC n° 2012-4563/4600 AN du 18 octobre 2012, JO du 19 octobre 2012, p. 16299.

successivement aux articles 3, 24, alinéa 3 et 72 de la Constitution et déclare que la « *désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs*... et que le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale... ce qui implique que seuls les nationaux français ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et, notamment pour celle des conseillers municipaux et des membres du Conseil de Paris »<sup>9</sup>.

Dans les deux hypothèses, c'est le « peuple français » qui est titulaire de ce pouvoir. Le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution pour proclamer que ce « peuple » est indivisible, car le peuple français est « composé de tous les citoyens français sans distinction, d'origine, de race ou de religion ». En l'espèce, une telle définition excluait la reconnaissance d'un « peuple corse » au sein du « peuple français » qui est le seul peuple que reconnaît la Constitution française à côté des populations d'Outre-Mer<sup>10</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle fixe également des repères en ce qui concerne le découpage électoral des circonscriptions dans le cadre desquelles sont désignés les membres des assemblées délibératives. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que « *la délimitation des circonscriptions électorales pour les Assemblées locales constitue des composantes du régime électoral de celles-ci* ».

Le critère, en l'espèce, prédominant reste celui d'une répartition sur « *des bases essentielles démographiques* » auxquelles il est néanmoins possible d'apporter quelques tempéraments sur le fondement de motifs d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel le rappelle dans sa décision du 16 mai 2013, en son considérant 37 : « ... *l'organe délibérant d'un département doit être élu sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges et une délimitation des circonscriptions respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, s'il ne s'ensuit pas que la répartition des sièges doit être nécessairement proportionnelle à la population de chaque département ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres motifs d'intérêt général ; ces considérations doivent intervenir que dans une mesure limitée*... ».

L'action du législateur s'inscrit ainsi dans un cadre constitutionnel, fixé par le texte même de la Constitution, ainsi que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui lui réserve un pouvoir discrétionnaire important. Ce dernier n'est pas remis en cause par l'introduction en droit français de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2010. Si celle-ci a fait son entrée sur la scène du droit électoral, elle ne paraît pas pour le moment produire de réels bouleversements juridiques importants en la matière<sup>11</sup>. On rappellera néanmoins la décision du 11 juin

<sup>9</sup> Décision 92-308 DC du 9 avril 1992.

<sup>10</sup> Décision 91-920 DC du 9 mai 1991, *Loi portant sur la collectivité territoriale de Corse*, cons. 13.

<sup>11</sup> F. Savonitto, « Les conditions de protection des droits et libertés en matière électorale. Une jurisprudence constitutionnelle à explorer », *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, in <http://rdlf.upmf-grenoble.fr>

2010<sup>12</sup> par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 7 du code électoral aux termes duquel : « *Ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 et 433-4 du code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions, défini par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal* ». Le Conseil constitutionnel a jugé comme contraires au principe d'individualisation des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen les dispositions de l'article 7 du code électoral.

Ce principe constitutionnel implique que « la peine emportant l'interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui en résulte ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce ».

Ces décisions de 2010 et de 2012 permettent au Conseil constitutionnel de préciser l'étendue des principes et règles à valeur constitutionnelle applicables en la matière. Ces derniers réservent une importante marge d'appréciation au législateur.

#### **B) L'accélération des modifications de la règle électorale**

Il suffit de se référer à l'intitulé de la loi ordinaire déferée pour saisir la portée du phénomène des modifications de la règle électorale : cette dernière est relative à *l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et à une modification du calendrier électoral...*

A ne considérer que le mode de scrutin pour les élections législatives, Pierre Martin relevait qu'en opposition avec le modèle relativement stable des modes de scrutin dans les différents Etats démocratiques, la France fait exception avec dix changements majeurs de mode de scrutin depuis 1871, contre un seul en Grande-Bretagne, trois en Allemagne et aucun aux Etats-Unis<sup>13</sup>. Seule l'Italie semble faire aussi bien que la France... La raison en est, selon P. Martin, que le mode de scrutin est perçu en France comme un « instrument légitime du combat politique ». Il suffit de se référer à un exemple relativement récent, celui des élections législatives de 1986. A la veille de ces dernières, le parti socialiste a supprimé le scrutin uninominal à deux tours en vigueur depuis 1958 au profit de la représentation proportionnelle afin de limiter les conséquences en sièges de sa défaite prévisible face à la majorité RPR-UDF conduite à l'époque par Jacques Chirac. Le gouvernement dirigé par ce dernier renoue dès 1988 avec la tradition de la V<sup>ème</sup> République en réintroduisant le scrutin majoritaire uninominal à deux tours.

Sous cette réserve, sous la V<sup>ème</sup> République, pendant longtemps, une certaine stabilité a prévalu en ce qui concerne le mode de scrutin aux élections législatives. Le scrutin majoritaire à deux tours, établi en 1958 constitue alors une nouveauté dans l'histoire constitutionnelle et politique française. Le scrutin majoritaire à deux tours ressortit à la classe des votes catégoriques, mais il est susceptible de revêtir à titre accessoire une note de préférence, dans la mesure où il est loisible à l'électeur de voter de manière différente lors des deux tours. Ce vote a pendant longtemps favorisé le « quadripartisme bipolaire »<sup>14</sup>.

Depuis le début des années 2000, on assiste à une accélération des modifications de la législation électorale. Ce mouvement rejoint celui des nombreuses révisions constitutionnelles qui sont intervenues et interviennent encore sous la V<sup>ème</sup> République. Ce dernier a conduit le professeur Pierre Avril à évoquer une « ère d'instabilité constitutionnelle spectaculaire »<sup>15</sup>.

Fixons quelques repères au sujet de ces modifications qui ont également concerné la réglementation des sondages électoraux, modifiée par la loi du 20 février 2002.

Ainsi, la loi organique du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats nationaux pose des limites quant au cumul des mandats des parlementaires nationaux. Cette loi est complétée par la loi du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions d'exercice. Dans le prolongement de ces textes, le gouvernement de J-P. Raffarin fait adopter la loi du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen, ainsi qu'à l'aide publique aux partis politique. Ce texte modifie le cadre du scrutin, mais non le mode du scrutin en lui-même. Elle a réintroduit des « sections départementales » au sein des listes régionales dans le but de rapprocher les électeurs des élus. Elle n'a néanmoins pas modifié le mode de scrutin qui continue à amplifier les écarts de sièges entre la liste qui est arrivée en tête et les autres.

<sup>14</sup> Pour une évolution de ce système, T. Rambaud, « Le système des partis politiques sous la V<sup>ème</sup> République », in *Les forces politiques française : genèse, environnement, recomposition*, coordonnée par G. Bernard et E. Duquesnoy, Paris, PUF, collection major, 2009, pp. 17-32. Dans le cadre de cette étude est évoquée la notion de « schéma bipartite avec partis politiques dominants » au sujet de la séquence élections présidentielles-élections législatives de 2007. Les élections de 2012 viennent tempérer cette analyse avec les scores importants obtenus par le FN et l'affaiblissement du Modem.

<sup>15</sup> P. Avril, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V<sup>ème</sup> République », *Pouvoirs* 2008, n° 126, p. 15. C. Geslot évoque à ce sujet la « vulnérabilité du texte constitutionnel », « La vulnérabilité du texte constitutionnel. Réflexions sur les révisions constitutionnelles sous la V<sup>ème</sup> République », *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, sous la direction de F. Rouvière, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 649-652. L'auteur poursuit sa réflexion dans une étude récente : « Stabilité et révisions constitutionnelles sous la V<sup>ème</sup> République », *RDP* n°3-2013, p. 641 et ss. Dans cette dernière, l'auteur s'interroge sur les critères de la stabilité constitutionnelle qu'il relie aux fonctions de la constitution que sont l'organisation politique du souverain et la garantie des droits et des libertés.

<sup>12</sup> Décision du Conseil constitutionnel n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010.

<sup>13</sup> P. Martin, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, Paris, Montchrestien, clefs politique, 3<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 142.

La dernière modification en date est celle relative à l'élection des conseillers aux élections départementales. L'article 3 de la loi déferée modifie l'article L. 191 du code électoral qui, dans sa nouvelle rédaction, dispose : « *Les électeurs de chaque canton du département élisent au conseil départemental un binôme de candidats dont les noms sont ordonnés dans l'ordre alphabétique sur tout bulletin de vote imprimé à l'occasion de l'élection* ». La mise en œuvre de nouveau mode de scrutin, que l'on peut qualifier de binominal majoritaire, permet de poursuivre l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux fixé par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. Les sénateurs requérants soutenaient « qu'en ce qu'elles contraignent le choix de l'électeur en imposant une parité simultanée dans une élection unique non assortie d'une obligation de solidarité dans l'exercice du mandat pour les élus, les dispositions de l'article 3 méconnaissent le principe de liberté de choix de l'électeur et le principe d'égalité devant le suffrage ». Selon les députés requérants, en posant le principe d'un scrutin binominal, cet article ne garantit pas la sincérité du scrutin « que ce soit en terme d'intelligibilité, de clarté, de loyauté ». Ces arguments ont néanmoins été rejetés par le Conseil constitutionnel qui rappelle les dispositions du troisième alinéa de l'article 3 et celles de la dernière phrase de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives...* » avant d'ajouter : « *ces dispositions permettent au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ; qu'il lui est loisible d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ; qu'il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre ces dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger* ». De facture classique, ce considérant du Conseil souligne le pouvoir discrétionnaire dont dispose le législateur qui bénéficie d'un choix entre plusieurs régimes législatifs pour mettre en application cet impératif constitutionnel de la parité entre les hommes et les femmes. En l'espèce, le Conseil a déclaré l'article 3 conforme à la Constitution en jugeant que les dispositions de l'article 3 précité ne sont « entachées d'aucune inintelligibilité ». Selon le Conseil, le « *législateur a entendu assurer la parité au sein des conseils départementaux ; qu'il a ainsi favorisé l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller départemental et qu'il n'a ainsi méconnu aucune exigence de valeur constitutionnelle* » (cons. 15).

Cette même loi modifie la loi électorale municipale française qui, pourtant, paraissait faire l'objet d'un assentiment généralisé. Cette loi, mise en œuvre pour la première fois pour les municipales de 1983, avait trois objectifs principaux : permettre les alliances entre les deux tours, assurer une représentation aux listes minoritaires et assurer une large majorité de sièges à la liste qui l'emporte. A cet égard, la loi conserve le scrutin de listes à deux tours dans le cadre de l'ensemble de la commune, à l'exception de Paris, Lyon et Marseille, mais en permettant la fusion des listes ayant obtenu plus de 5% des suffrages exprimés (seules les listes ayant obtenu plus de 10% des suffrages exprimés pouvant se maintenir au second tour ou servir de base à une fusion). Les sièges

sont répartis de la manière suivante : la moitié est attribuée d'office à la liste qui l'emporte au premier ou au second tour, l'autre moitié étant répartie à la proportionnelle entre toutes les listes ayant obtenu plus de 5 % des suffrages au tour d'élection, y compris la liste gagnante. Ce mode de scrutin assure plus de ¾ des sièges à une liste qui obtiendrait 51 % des suffrages. La nouvelle loi abaisse le seuil à partir duquel ce mode de scrutin s'applique. Dorénavant, il s'applique à partir de 1000 et non plus de 3500 habitants. Ce mode de scrutin rencontre un large consensus grâce à sa capacité à assurer une représentation de l'opposition tout en permettant l'existence d'une majorité de gestion. Il met en œuvre le principe constitutionnel de la représentation du pluralisme des courants différents courants d'idées ou d'opinions.

Tel, nous paraît être, l'objectif premier d'une législation électorale relative au mode de scrutin dans le cadre d'une recherche d'une nécessaire conciliation entre la démocratie pluraliste et la restauration du pouvoir d'Etat dans ses différentes modalités.

Ce mode de scrutin a inspiré celui en vigueur pour les élections régionales depuis mars 2004. L'ancien scrutin proportionnel départemental utilisé aux régionales de 1986, 1992 et 1998 a été remplacé par un scrutin mixte à finalité majoritaire à deux tours qui opère dans le cadre régional quant à la répartition des sièges entre les listes. Les listes régionales ont néanmoins des sections départementales.

## II) Les incertitudes résultant de ces modifications récurrentes

En vue de renforcer la cohérence et la transparence globales de l'ensemble de ces révisions à répétition qui ne cessent de complexifier le droit électoral, il importe, au premier chef, d'identifier clairement les objectifs que les pouvoirs publics poursuivent à l'occasion de ces modifications (A), ainsi qu'une proposition de méthode reposant sur le recours à une nouvelle catégorie de lois organiques qui pourraient au préalable faire l'objet d'un consensus entre les « partis politiques représentatifs » (B).

### A) Les objectifs poursuivis

Dans le domaine du droit électoral, les constitutionnalistes s'intéressent pour l'essentiel aux relations entretenues par les modes de scrutin avec le système des partis politiques. Dans le prolongement des analyses fondatrices, quoique souvent discutées, de Maurice Duverger, il s'agit d'étudier principalement comment le mode de scrutin produit des incidences sur la structuration du jeu partisan au sein d'un régime politique déterminé. On en voit pour témoignage les ouvrages de droit constitutionnel et d'institutions politiques que nous avons consultés, notamment, ceux des professeurs Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps<sup>16</sup> ou encore de Philippe Ardant, dont le livre a été repris par Bertrand Mathieu, et Bernard Chantebout.

<sup>16</sup> V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF Thémis, 5<sup>ème</sup> édition, 2013.

Pour le reste, en dehors des principes fondamentaux posés par les articles 1 à 3 de la Constitution, le droit et le contentieux électoraux restent pour l'essentiel un sujet de spécialistes et les enjeux relatifs à la modification incessante de la règle de droit électoral sur le fonctionnement de nos institutions et la dégradation de la norme électorale qui en découle ne sont à nos yeux pas suffisamment perçus. Il paraît important de s'interroger non sur la qualité de la règle de droit électoral en elle-même, existe-t-il en tant que telle une qualité de la règle électorale, mais sur sa stabilité, comprise comme constituant une source de transparence, de cohérence et d'efficacité<sup>17</sup>. Ces qualités constituent la condition d'un fonctionnement satisfaisant de nos institutions politiques.

Dans une étude relativement récente, S. Milacic, « A propos du cinquantenaire de la Constitution de 1958 », relevait que « dans le langage constitutionnaliste la stabilité apparaît souvent comme une valeur, avec l'instabilité comme antonyme, c'est-à-dire l'antivaleur par excellence »<sup>18</sup>. C. Geslot relève ainsi, dans l'article précité paru à la *Revue du droit public* en 2013<sup>19</sup>, « l'instabilité constitutionnelle est en soi un état nécessairement péjoratif qui implique un jugement de valeur sur les évolutions induites par les révisions constitutionnelles : elle signifie intrinsèquement que la répétition de l'évènement, ici la révision constitutionnelle, n'apporte guère un mieux, mais a des conséquences négatives ». Evoquer l'« instabilité normative » renvoie nécessairement à un jugement de valeur négatif. Il reste à déterminer parmi les modifications votées de la loi électorale, celles qui modifient ou peuvent modifier fondamentalement la manière dont le pouvoir s'acquiert et donc les relations entre les « gouvernants et les gouvernés » et celles qui ne portent que sur des points accessoires. En effet, il appert que, dans le champ du droit constitutionnel, la stabilité normative ne se mesure pas seulement à la longévité, mais qu'elle suppose également « de la cohérence, de la transparence et une constance substantielles ». Or, c'est précisément ici que le bât blesse. L'ensemble des réformes de la législation électorale intervenues ces dernières années souffre d'une absence de cohérence d'ensemble et de transparence véritable. Ces réformes restent ponctuelles et parcellaires, fruits d'arbitrages et de calculs partisans de courte vue. En lien avec l'absence de véritables réformes entreprises dans le champ du droit des collectivités territoriales, à l'exception d'une constitutionnalisation accrue du droit des collectivités territoriales, la législation électorale souffre de l'absence d'un projet et d'une vue d'ensemble qui s'articuleraient avec une approche renouvelée de la démocratie politique-électorale française. A défaut de cette cohérence d'ensemble et de l'exigence de continuité qui sont consubstantielles au bon fonctionnement des institutions,

<sup>17</sup> Pour une réflexion sur la qualité de la norme en droit public, voir l'étude de P. de Montalivet, « La dégradation de la qualité de la norme constitutionnelle sous la Vème République », *RDP* 2012, pp. 925-946.

<sup>18</sup> S. Milacic, « A propos du cinquantenaire de la Constitution de 1958. Entre la longévité et la stabilité : les ambiguïtés », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 148.

<sup>19</sup> C. Geslot, « Stabilité et révisions constitutionnelles sous la Vème République », *RDP* 2013-3, pp. 641-672 et spécialement pp. 659-660.

une observation attentive des principales réformes intervenues au cours de ces dernières années permet d'identifier les principaux objectifs que le législateur et le gouvernement se sont efforcés d'atteindre.

A cet effet, trois buts principaux émergent : la réalisation de l'objectif constitutionnel de parité entre les hommes et les femmes dans l'accès aux mandats électoraux, la limitation du cumul des mandats et le rapprochement des élus de leurs électeurs, comme dans le cadre de la modification de la législation électorale intervenue à l'occasion des élections régionales et européennes ou encore les différents redécoupages électoraux, tant pour les élections nationales que pour les élections locales. Certains de ces objectifs ont fait l'objet d'une traduction en droit constitutionnel, d'autres restent principalement des aspirations politiques.

Ces objectifs importants ne peuvent néanmoins se suffire en eux-mêmes et doivent être complétés par la prise en considération d'autres exigences, dont certaines disposent d'un rang constitutionnel

Parmi celles-ci, on peut mentionner :

- l'efficacité de la décision publique reposant sur l'existence d'une majorité de gestion des affaires publiques ;
- la juste représentation des divers courants au sein des Assemblées ;
- un meilleur équilibre parmi les élus entre ceux qui viennent du secteur public et ceux qui viennent du secteur privé ;
- un meilleur équilibre inter-générationnel ;
- la prise en considération d'un véritable statut de l'élu.

## B) Législation électorale et régime politique

C'est à la lumière de l'ensemble de ces objectifs qu'il importe de s'interroger sur la place et la portée de la règle de droit électoral dans les démocraties contemporaines en général et en France en particulier. Bien évidemment, il ne saurait être question de succomber une fois encore aux tentations rapides d'un révisionnisme électoral sans limites... Le sujet n'est pas celui-ci, mais l'on voudrait rappeler ici que la règle électorale ne peut être comprise en tant que telle sans constituer un « élément déterminant » d'un régime politique ou du bon fonctionnement de nos institutions. La Cour européenne des droits de l'Homme, le 2 mars 1987, dans les affaires *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, soulignait dans le même sens le lien entre l'article 3 précité du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et un « régime politique véritablement démocratique », mettant en exergue l'« importance capitale » de cet article. Ces notions européennes paraissent essentielles à prendre en considération pour une juste compréhension de la règle électorale<sup>20</sup>.

A cet égard, il paraît essentiel de rappeler que la règle électorale doit présenter trois caractéristiques

<sup>20</sup> F. Delpérée, « Le contentieux électoral en Europe », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2002, pp. 74-81.

fondamentales : être transparente, cohérente et continue, continuité qui témoigne d'un certain consensus des principales forces politiques quant à la nécessité de la garantir et de la préserver. On ne saurait nier qu'en certaines circonstances, des aménagements sont nécessaires mais ils ne peuvent être que ponctuels et non incessants... A cet égard, des garanties peuvent être aménagées.

Certes, la détermination des règles électorales revient au pouvoir législatif qui tranche souverainement dans le respect des principes constitutionnels auquel veillent les Cours constitutionnelles. Le rapport de ces dernières à l'élection n'est jamais parfaitement simple et obéit souvent à des logiques complexes et contradictoires. Une étude poussée a été entreprise en ce sens concernant les rapports entre les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles<sup>21</sup>.

Sous cette réserve, il est essentiel qu'en matière de législation électorale, un consensus existe entre les principales formations politiques « représentatives ». Bien davantage, une certaine forme de sanctuarisation des principes fondamentaux du droit électoral au sein de lois ayant valeur de lois organiques paraît effectivement nécessaire. Un argument similaire avait été soulevé au sujet de la protection des libertés publiques au sujet duquel il a pu être soutenu que les traits essentiels de leur régime juridique devraient être régis par des textes ayant valeur de lois organiques. N'est-ce pas ici la vocation même des lois organiques que de prévoir des dispositions dont il apparaît essentiel aux pouvoirs publics qu'elles fassent l'objet d'une garantie normative, au niveau supra-législatif ? Certes, il existe déjà des dispositions électorales disposant de la valeur de lois organiques, notamment en matière de cumul des mandats. Mais, il paraît important que cette garantie puisse s'étendre à des autres aspects de la règle électorale comme les modes de scrutin.

L'adoption de ces textes pourrait être précédée d'une consultation approfondie de l'ensemble des partis politiques considérés comme « représentatifs ». Serait qualifié ainsi un parti qui aurait obtenu au moins 5 % des voix au niveau national lors des dernières élections législatives. Si un accord unanime quant aux modalités précises de la législative relative aux modes de scrutin serait sans aucun doute très délicat à obtenir, en revanche, un consensus pourrait apparaître aisément quant à la double nécessité d'allier la stabilité d'une majorité de gestion avec la reconnaissance du pluralisme des courants d'idées et d'opinions. N'oublions pas l'exemple intéressant que constitue le mode de scrutin mixte retenu pour les élections municipales depuis 1983.

Transparence, cohérence, stabilité, tels sont les principes et objectifs de droit public autour desquels le droit électoral, véritable « loi fondamentale de la démocratie » (Alexis de Tocqueville) doit s'articuler dans un « régime politique véritablement démocratique » qui présente un certain degré de maturité.

---

<sup>21</sup> F. Hourquebie et W. Mastor, « Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34-2012, pp. 143 et ss.

# *Qu'entend- on généralement par « souveraineté étatique » ? Réflexion sur cette notion à la base du Droit international moderne*

*Gérard FOISSY*

*Maître de conférences en droit public  
Université Paris 1*

Lorsqu'un Etat apparaît sur la scène internationale, comme le Monténégro, dans le courant 2007, la traduction juridique de cette existence, autrement dit sa qualification pour tisser des relations avec les autres sujets du droit international public que sont les Etats-tiers, les organisations internationales voire les ONG, est ce qu'il est convenu d'appeler sa souveraineté.

Encore faut-il qu'en amont, l'Etat existe bel et bien dans la réalité objective, ce qui n'est pas toujours très évident, que ses pairs l'acceptent comme tel pour lui ménager une aire d'action, et, qu'en aval, il se serve effectivement de ses compétences souveraines pour participer pleinement au concert des nations.

Autrement dit, la souveraineté étatique est un attribut de l'Etat qui, consubstantiel de son existence, est un pouvoir juridique qui implique nécessairement sa reconnaissance par les autres Etats, ce qui lui confère la maîtrise de son indépendance (I). C'est, également, en corollaire, la base des principes de tous les rapports que les Etats entretiennent entre eux, à savoir l'égalité et la non- ingérence, et l'origine de ses compétences internationales (II).

## **I- Les conditions de l'existence de la « souveraineté » étatique**

Selon la formule classique de Laferrière, cet attribut juridique gouvernemental de l'Etat est « un pouvoir de droit originaire et suprême ».

Pour Simone Dreyfus, la souveraineté, c'est « *le pouvoir exclusif, limité uniquement par le droit international, que possède chaque Etat, en tant que sujet du droit international échappant à l'autorité de tout autre sujet de ce droit* »<sup>1</sup>,

Encore faut- il que cette règle juridique qui situe les Etats dans la société internationale en définissant la situation respective de chacun par rapport à tous les autres sujets du droit public international s'applique à des

entités identifiées comme réelles. Aussi, la définition de la souveraineté étatique est-elle tributaire, en premier lieu de celle de l'Etat lui-même, sachant d'une part, quelle n'est qu'un postulat des relations internationales, lequel, d'autre part a la même origine que l'Etat pris comme acteur de ces relations.

*A)- La souveraineté étatique est une qualité intrinsèque des seuls Etats qui existent comme tels sur le planisphère :*

L'Etat, que nous connaissons n'a pas toujours revêtu la même apparence qu'aujourd'hui. Dans l'Antiquité, par exemple, le monde méditerranéen et européen a pu constituer une communauté de civilisation, grecque, puis romaine, ce n'en était pas pour autant une société internationale d'Etats- nations autonomes. Par la suite, la féodalité moyenâgeuse connaîtra un empilement de pouvoirs hiérarchiques entre suzerains et vassaux, sur des territoires aux frontières fluctuantes, ce qui traduit l'imbrication de propriétés patrimoniales des princes, sans que l'on puisse encore y reconnaître de véritables personnes morales publiques. Il faudra attendre, après un long cheminement entrepris au XVème siècle, les traités de Westphalie de 1648, après la guerre de trente ans, pour que se dessine le monde moderne, fait d'Etats souverains, qui apparaît d'abord en Europe.

Depuis ce temps, par conséquent, les hommes sont regroupés dans des frontières relativement stables sous des autorités héritées de la tradition ou assises par la force ou l'élection, dans ces composantes d'une société que l'on appellera inter-étatique.

L'Etat moderne, c'est donc un assemblage de ces trois éléments objectifs que sont le territoire, la population installée sur cet espace et un gouvernement. A partir de là, même si les Etats sont très différents par leur taille géographique, le chiffre de leur population, leur puissance économique et militaire, depuis Westphalie, il a été admis qu'ils doivent tous avoir ces traits communs, et qu'ils sont par ailleurs, dès la réunion de ces données constitutives, souverains, c'est-à-dire indépendants les

<sup>1</sup> *Droit des relations internationales*, éd. Cujas, 1987.

uns des autres. La pratique juridique a, bien évidemment confirmé par la suite les pratiques politiques, puisque, par exemple, une décision d'un tribunal mixte germano-polonais du 1<sup>er</sup> août 1939 affirme : « Un Etat n'existe qu'à la condition de posséder un territoire, une population habitant ce territoire et une puissance publique qui s'exerce sur la population et sur le territoire ». Plus tard, la convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats, adoptée en 1933, reprendra ces mêmes critères ; et de la même façon, dans son avis n°1 du 29 novembre 1991, la Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie a précisé que « L'Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé, qui se caractérise par la souveraineté ».

Le territoire, d'abord, est la première condition fondamentale sans laquelle un Etat ne peut exister, car l'Etat, cet ensemble de terres et de mer avec leurs espaces aériens, comme le remarquait le professeur Maurice Hauriou c'est, avant tout, « un phénomène essentiellement spatial ». Ainsi, les Palestiniens qui vivent sous un pouvoir propre, l'Autorité palestinienne, sont un peuple sans Etat, au sens du droit international, puisqu'ils vivent depuis la guerre des six jours sur des territoires palestiniens occupés. C'est également le cas des Touaregs, celui des Kurdes ou encore le cas de tout mouvement de libération qui n'a pas achevé son combat. Cela dit, aussi minuscule fût-il, comme Monaco, la Grenade, Nauru et autres micro-Etats, peu importe la taille du territoire, les variations de sa superficie dans le temps au gré des conquêtes et des sécessions, sa distribution géographique en un seul tenant ou en plusieurs, il n'y a que son annexion en totalité par un autre Etat qui marque la fin de l'existence de l'Etat dont il est le support.

Deuxième élément nécessaire à l'existence de l'Etat, la population, autrement dit, la communauté humaine, (nationaux à qui le gouvernement de l'Etat a conféré la nationalité, étrangers, et, éventuellement, quelques apatrides) qui réside dans les frontières de l'Etat. Sans population, fût-elle très peu dense, il n'y a pas d'Etat. Et si la tendance actuelle est de confondre population et nation, les deux concepts ne sont pas synonymes. Si la nation, en effet, caractérise un groupe humain exprimant un fort sentiment communautaire, il n'y a en rien identité entre les deux notions, et l'on a connu des Etats pluri-nationaux comme l'Autriche-Hongrie ou la Tchécoslovaquie, jusqu'à ce que chacune de ces entités n'éclatent en deux Etats séparés.

Troisième élément objectif, enfin, le pouvoir politico-administratif, qui doit revêtir ces deux caractéristiques exigées par le droit international public, à savoir l'exclusivité et l'effectivité. L'autorité étatique doit, en effet, être exclusive sur le territoire et sur la population, ce qui signifie qu'elle s'exerce sans partage, contrairement, par exemple aux territoires sous tutelle ou sous protectorat. Quant au caractère effectif de ce même pouvoir, il est fait référence ici, à sa capacité d'exercer une autorité réelle et durable sur l'ensemble du territoire et de la population, par le maintien de l'ordre, ainsi qu'à son aptitude à exécuter ses engagements extérieurs. Cela dit, le droit international, et c'est en quoi il respecte le principe de souveraineté, est indifférent quant à la forme d'organisation politique de l'Etat, voire même quant à la légitimité de ses gouvernants. Témoin, cet avis de la CIJ

du 16 octobre 1975, dans l'affaire du Sahara occidental : « aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée, comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde ». Voir encore, la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU du 24 octobre 1970, qui reconnaît à l'Etat « le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre Etat ».

*B)- L'existence de l'Etat ayant, dès sa formation, des conséquences sur la scène internationale, encore doit-il être accepté par ses pairs pour y exercer la plénitude de ses compétences : c'est une autre condition, juridique, celle-la, qui va sceller son entrée dans les relations internationales, à savoir, la « reconnaissance d'Etat ».*

D'une manière lapidaire, la reconnaissance d'Etat est l'acte par lequel un Etat constate l'existence d'un autre Etat. De droit ou de fait, implicite ou explicite, il s'agit, certes, d'un acte juridique, généralement unilatéral et totalement discrétionnaire, purement déclaratif, mais qui revêt une grande portée politique, parce que c'est le signe que l'Etat qui reconnaît invite l'Etat reconnu à développer des relations avec lui, et qu'il accepte de ne pas contester sa souveraineté.

Autrement dit, si la reconnaissance d'Etat n'est nullement nécessaire pour qu'un nouvel Etat apparaisse sur la scène internationale y trouve sa place, comme en témoignent la République turque du Nord de Chypre, reconnue par la seule Turquie, ou Israël ignoré par la quasi-totalité des pays arabes alentours, l'Egypte exceptée notamment, il n'en reste pas moins que cette procédure facilite les rapports interétatiques, les stabilise, et donne tout son sens à la notion de souveraineté nationale.

Bien entendu, insistons sur ce point, la reconnaissance d'Etat n'a aucune incidence sur la présence effective d'un Etat, reconnu ou non, dans le monde ; et d'ailleurs, nombre d'instruments internationaux, à l'instar de l'article 9 de la charte de Bogota créant l'Organisation des Etats Américains, stipulent : « L'existence politique de l'Etat est indépendante de sa reconnaissance par les autres Etats ». L'on pourrait citer également, par exemple, l'avis de la commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour l'ex-Yougoslavie du 9 novembre 1991, selon laquelle l'existence ou la disparition de l'Etat est une question de fait ; la reconnaissance par les autres Etats a des effets purement déclaratifs ».

Cependant, dans un monde de plus en plus interdépendant, la reconnaissance d'Etat apparaît aujourd'hui comme une autre condition nécessaire se surajoutant aux éléments de fait, pour éviter toute remise en cause de la souveraineté de l'Etat, à partir du moment où, après sa naissance, il est accepté par les tiers. Ce que Brice Socol qualifie de « reconnaissance conditionnelle »<sup>2</sup> C'est, en fait, l'application de la vieille doctrine Stimson de 1931, qui proposait à la communauté des Etats d'ignorer toute entité étatique qui serait formée en contradiction avec le droit international, et pour être plus précis, qui naîtrait de la guerre. Il était alors question de refuser à un Japon belliqueux sa manœuvre pour faire

<sup>2</sup> B. Socol, Relations internationales, Paradigme, 2007.

passer pour un nouvel Etat indépendant, le Mandchoukouo, une colonie qu'il venait de se tailler par le fer en Chine, contrairement aux lois internationales. Aussi, sans reconnaissance par les Etats, les desseins nippons dans la province chinoise de Mandchourie en furent largement contrariés, et le Mandchoukouo n'acquerra jamais le plein usage de la souveraineté étatique. Plus tard, en 1971, la CIJ, dans un avis sur les conséquences de la présence de L'Afrique du Sud en Namibie, réaffirmera l'obligation des Etats à ne pas reconnaître des entités étatiques qui auraient été formées en violation des résolutions des Nations Unies. Les mêmes principes de reconnaissance conditionnelle se retrouveront encore dans une déclaration des ministres des affaires étrangères de la Communauté européenne, le 16 décembre 1991, lorsqu'il s'est agi de dégager une position commune à propos des nouveaux Etats apparus en Europe de l'Est et sur les décombres de l'Union soviétique, et plus récemment de nouveau, dans une série d'avis, la Commission d'arbitrage pour la paix en ex-Yougoslavie a conditionné la reconnaissance internationale de la Bosnie-Herzégovine, de la Croatie, de la Slovénie et de la Macédoine au respect des textes généraux du droit international.

La signification de cette reconnaissance conditionnelle, relativement nouvelle dans la pratique internationale consiste donc à sociabiliser l'Etat nouveau et, c'est en cela une condition juridique, mais aussi politique de son existence, car, en échange d'un code de bonne conduite internationale conformément au droit et aux pratiques, désormais un Etat qui est reconnu par un nombre significatif de tiers, est un Etat qui bénéficie d'un champ d'action incontestable et incontesté, et qui jouit pleinement de sa souveraineté, en acteur indépendant et respecté des relations interétatiques. L'on peut même avancer que cette émergence, dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle de la moralisation des pratiques internationales, combinée avec l'apparition du « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » et de la protection des droits de l'homme, va contribuer à revivifier les bases de la souveraineté et à en garantir le respect, étant entendu que, désormais, aucun peuple ne doit en dominer un autre.

## II- Les caractères et les corollaires des compétences de l'Etat qui sont liées à l'exercice de sa souveraineté

Dès lors qu'il existe en tant que tel et qu'il est reconnu, l'Etat encore désigné comme Etat souverain, revêt, pour reprendre l'expression du juriste français Carré de Malberg « le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante »<sup>3</sup>, ce qui signifie que, parce qu'il est souverain, l'Etat n'est soumis à aucune autorité ou contrainte internationale hors des lois internationales qu'il s'est engagé à respecter, hors des obligations qu'il a consenti à satisfaire, et sauf, bien évidemment, l'engagement de sa responsabilité internationale. La souveraineté étatique n'est donc jamais totalement absolue, elle est toujours relative, ne serait-ce que parce qu'il existe de par le monde, une pluralité d'Etats souverains et égaux ; mais il n'en reste pas moins qu'elle garantit à l'Etat son indépendance et un traitement

toujours égal, en principe, dans l'ordre juridique international à celui qui est réservé à toute entité étatique quelques soient, par ailleurs sa taille sa démographie ou sa puissance économique ou militaire.

Autrement dit, l'Etat, né conformément au droit international, se caractérise dans la communauté internationale par un degré élevé d'indépendance, comme le remarquait Jacques Donnedieu de Vabres<sup>4</sup>. Ce qui peut se décliner en principe d'exclusivité de la compétence étatique et en principe d'égalité des Etats.

Ces deux traits individualisés, il sera temps alors d'évoquer les attributs de la souveraineté étatique, à savoir les compétences traditionnelles sur son territoire et hors de son territoire de l'Etat souverain.

### A)- Les deux composants indissociables de la souveraineté

La première manifestation apparente de la souveraineté des Etats c'est l'exclusivité de leurs compétences, ce que l'on pourrait qualifier encore d'indépendance. Il y a différentes approches de ces notions, qui, toutes, signifient que les autorités nationales sont les seules autorisées à engager l'Etat dans ses rapports avec les autres sujets de droit international. Mais la définition la plus claire est-elle à rechercher dans la sentence de l'arbitre suisse Max Huber du 4 avril 1928 dans un différend qui opposait les Etats-Unis aux Pays-Bas à propos de la souveraineté sur l'île de Palmas. On y relève, en effet, cette phrase : « La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques ».

Autrement dit, à partir du moment où les Etats ont admis la supériorité du droit international sur leurs différents ordres internes, ce qui vaut, on l'a vu précédemment, dès leur constitution, ils ont eux-mêmes contribué à conférer une valeur positive indiscutable à leurs comportements et à conforter, par là-même les règles élémentaires du vivre ensemble. D'élément de fait, la souveraineté étatique est donc, désormais, un paramètre juridique incontournable de la scène internationale à l'aune duquel tous les protagonistes s'y retrouvent. Ainsi des nouveaux Etats indépendants ou de ceux qui ont émergé de l'ancien bloc communiste, qui y sont d'autant plus attachés qu'elle leur paraît toujours menacée par les anciennes puissances de tutelle ; ainsi même des Etats occidentaux et spécialement européens, qui redoutent depuis les décolonisations de se retrouver en minorité dans les instances onusiennes ; ainsi plus généralement de tous les Etats qui excipent du caractère intangible de la souveraineté pour échapper à l'hégémonie plus ou moins bienveillante des grandes ou moyennes puissances de leur entourage.

Quant au contenu, plus précisément, de ce premier caractère de la souveraineté appelé exclusivité des compétences de l'Etat, il semble, pour le qualifier de manière exhaustive, qu'il recouvre deux types de pratiques internationales.

Il apparaît, en effet, en premier lieu, que la souveraineté étatique répond au besoin, devenu droit dans la charte de l'ONU de 1945, que manifestent tous les peuples à s'ériger en entités autonomes à l'intérieur de

<sup>3</sup> Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. 1, p. 79.

<sup>4</sup> Jacques Donnedieu de Vabres, *L'Etat*, PUF, 1992, p. 5.

frontières stables et à décider librement du choix de leur système politique, économique et social. En second lieu, enfin, souveraineté étatique rime avec volontarisme étatique dans les relations internationales. Ce qui signifie qu'au regard du droit international public, rien ne saurait contraindre un Etat souverain si ce n'est lui-même à faire abandon d'une partie de ses compétences internationales. Ainsi, seul l'Etat souverain peut-il décider en toute liberté d'aliéner une partie de ses pouvoirs internationaux par traités ou coutume ; en revanche, ni un Etat tiers, ni une organisation internationale (sauf l'ONU dans certains cas très limités), ne peut le forcer à se plier à des obligations auxquelles il n'aurait pas souscrit, et nul ne peut l'obliger à se présenter contre son gré devant un tribunal arbitral ou une cour internationale.

Second caractère de la souveraineté, le principe reconnu depuis les traités de Westphalie que les Etats sont égaux entre eux. Ainsi, l'article 2 de la charte des Nations unies stipule que « l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres » ; ce qui sera explicité par la résolution 2625 (XXV), de l'Assemblée générale, dite « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats » de 1970 qui déclare « Tous les Etats jouissent de l'égalité souveraine. Ils ont des droits et des devoirs égaux et sont des membres égaux de la Communauté internationale, nonobstant les différences d'ordre économique, social, politique ou d'autre nature ».

Cette fiction de l'égalité souveraine des Etats a cette grande vertu de recevoir une traduction concrète dans la grande majorité des instances internationales et d'être étayée par un principe, le principe de non-ingérence, sans lequel il n'y aurait pas de relations internationales pacifiées possibles. En effet, admettre que tout Etat est titulaire des mêmes droits qu'un autre Etat, c'est refuser que les plus forts en imposent aux plus faibles, comme aux temps de la diplomatie de la canonnière ; c'est donc, respecter et faire respecter par la communauté des Etats l'intégrité de tous les territoires nationaux et s'interdire toute immixtion dans les affaires internes des Etats. C'est autrement dit, bannir des relations internationales tout emploi, voire toute menace de la force armée.

C'est donc au nom de l'égalité souveraine des Etats, qu'après le Pacte de la SDN, l'ONU, dans l'article 18 de sa charte, précise que « chaque membre de l'Assemblée générale dispose d'une voix » ; ou encore que l'OUA, dans l'article 10 de sa charte stipule que « chaque Etat dispose d'une voix au sein de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernements ».

Bien sûr, ce principe et ses corollaires connaissent des exceptions, il n'en reste pas moins qu'il constitue l'un des piliers du droit international contemporain.

En effet, si entorses au principe il y a, celles-ci n'existent que dans des situations bien limitées.

Ainsi, premier type d'entorse au principe, dans certaines organisations comme au sein du Conseil de Sécurité de l'ONU, cinq Etats, les membres permanents, ont statutairement plus de droits que les autres s'agissant du maintien de la paix, le « droit de veto ». A signaler également, dans quelques OIG, comme l'OIT ou le FMI, la place privilégiée accordée dans les instances dirigeantes aux Etats les plus riches ou à ceux dont la puissance industrielle est la plus considérable.

Deuxième exception à la règle, qui constitue plus précisément une atteinte à la règle de non-intervention ou

de non-ingérence des Etats dans les affaires intérieures comme dans les affaires extérieures des autres Etats, c'est, d'une part, les cas d'intervention sollicitée lorsque le gouvernement d'un Etat agressé de l'extérieur ou menacé de l'intérieur fait appel à des Etats tiers pour qu'on vienne lui porter assistance, à la manière de la projection des forces françaises au Zaïre en 1977 et 1978 à la demande du président Mobutu ; c'est, d'autre part, ce que l'on qualifie généralement d'intervention humanitaire, c'est-à-dire l'action ponctuelle et unilatérale entreprise par un Etat en vue d'assurer la protection de ses ressortissants ou d'autres personnes qui sont en danger dans un autre Etat. Ces dernières années, les interventions extérieures spontanées d'Israël en Ouganda, en 1976, des Américains en Somalie, de la France au Rwanda ou de l'Otan en Bosnie et au Kosovo relèvent de ce « *modus operandi* ». Et c'est au nom des droits de l'homme universels, que, le 20 septembre 1999, le secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, a pu plaider devant l'Assemblée générale pour que ce « nouveau concept » émergeant dans les relations internationales, s'applique « de façon juste et cohérente à toutes les régions et à toutes les nations ».

#### *B)- Les compétences de l'Etat correspondant à l'exercice de la souveraineté*

Dès lors qu'il est un Etat reconnu comme souverain, ledit Etat bénéficie donc de l'exclusivité, de l'autonomie et de la plénitude de ses compétences. Cela signifie qu'aucun domaine de l'activité humaine ne lui échappe, y compris le régime économique et social, l'éducation et la religion dans certains exemples de gouvernement dirigiste, à moins, bien entendu, que l'Etat ne consente volontairement des abandons de souveraineté soit en faveur d'autres Etats, soit en faveur d'organisations internationales, comme il a été vu plus haut, ce qui constitue là encore une manifestation de sa souveraineté.

En lui conférant une personnalité juridique internationale de plein exercice, la souveraineté qui installe l'Etat dans l'ordre juridique international a, en effet, pour finalité de lui conférer un ensemble de compétences, les unes internes sur l'ensemble de son territoire et de sa population, les autres externes, en relation avec les autres acteurs internationaux. « Tout ce que l'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à ses compétences »<sup>5</sup>.

Dans l'ordre de ses compétences internes, tout d'abord :

En ce qui concerne, en premier lieu, le territoire lui-même, doté d'une autorité exclusive autant qu'effective sur ses territoires, l'Etat souverain, plus précisément son gouvernement, doit être apte à assurer l'ordre public et la sécurité intérieure au moyen de son administration, de sa police, voire de son armée. Cette compétence territoriale majeure dite régaliennne de l'Etat se confondant par ailleurs, comme il a été vu plus haut, avec l'un des critères objectifs d'existence de l'Etat. Plus récemment, à ces traditionnels pouvoirs se sont ajoutés ceux qui relèvent de la souveraineté économique et de ce que

<sup>5</sup> CPJI, 1927, *Affaire du Lotus*, série A, n°10, p.19.

Brice Soccol qualifie de souveraineté « informationnelle »<sup>6</sup>.

Les compétences économiques des Etats, inscrites dans la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats (résolution 3281, XXIX), ont surtout commencé à être évoquées par les pays du tiers-monde dans les années 60. Admises universellement aujourd'hui, elles s'attachent à affirmer l'autorité des nations sur leurs ressources naturelles et à reconnaître leur pouvoir tant sur les investissements étrangers que sur l'activité sur leur sol des sociétés multinationales.

Quant à la souveraineté « informationnelle », dans un monde uniformisé par les réseaux informatiques « d'Internet », par définition transnationaux, la doctrine la plus récente semble réserver encore à l'Etat la maîtrise des flux aussi bien de l'information que de la télématique.

Cela dit, il existe des exceptions à l'exercice des compétences territoriales de l'Etat. Un Etat, en effet, peut être amené à céder une partie de son sol, généralement par bail, à un Etat tiers. Ce fut les cas des traités « inégaux » qui permirent aux Occidentaux de se tailler des principautés dans la Chine du XIX<sup>ème</sup> siècle. L'on peut aussi citer dans cet ordre d'idées les cessions de territoires qui ont permis aux Etats-Unis d'installer des bases militaires en Europe et dans le pacifique.

Dans les situations de protectorat, de servitude internationale, d'occupation militaire, de mandat ou de tutelle, des circonstances historiques très particulières ont fait que des Etats, sans perdre leur personnalité internationale comme dans la colonisation, ont dû partager leurs compétences avec des « Etats protecteurs », et dans les deux derniers cas de figure, sous le contrôle institutionnel des organisations internationales.

En ce qui concerne, en second lieu, les personnes et les biens qui se trouvent sur son territoire, l'Etat a ce que l'on appelle des compétences personnelles.

A l'égard des personnes physiques et morales, chaque Etat dispose en effet du pouvoir d'attribuer ou de refuser sa nationalité sur des critères qu'il est seul à pouvoir déterminer. Qu'il s'agisse d'invoquer le « *jus sanguinis* » ou le « *jus soli* » à la naissance ou les conditions des possibles naturalisations ultérieures, en ce qui a trait aux personnes physiques ; ou qu'il s'agisse d'établir le lien de nationalité qui est susceptible de le relier aux personnes morales comme les ONG ou les sociétés avec lesquelles il entretient des relations.

Quant à certains biens comme les navires, les aéronefs et les engins spatiaux, des conventions internationales ont généralement délimité le champ des compétences des Etats à leur égard.

Dans l'ordre de ses compétences internationales, en second lieu :

Sujet du droit international, l'Etat dispose du droit de légation, du droit de traiter, du droit de présenter une réclamation internationale et du droit d'user de la force.

Aussi ancien que la société internationale elle-même, le droit d'entretenir des relations internationales désigne la double faculté d'envoyer des diplomates et des consuls à l'étranger et d'en accueillir sur son sol. Cette prérogative n'appartient qu'aux seuls Etats souverains

(avec les organisations internationales), en aucun cas aux Etats fédérés parties d'un Etat fédéral, seul à disposer de cette prérogative parce que seul à être considéré comme souverain.

Le pouvoir de traiter, quant à lui, également interdit sauf exception aux Etats fédérés, constitue une autre prérogative des Etats souverains (et des organisations internationales). A l'origine de la principale source du droit international, depuis la nuit des temps, avant même l'apparition de l'Etat moderne, cette prérogative a été reconnue officiellement aux Etats par l'article 6 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

En ce qui concerne le pouvoir d'ester en justice devant une juridiction arbitrale ou judiciaire internationale, il s'agit bien, là encore, d'une compétence internationale des Etats, (comme des OIG), qui demandent réparation pour des préjudices subis du fait d'Etats ou d'organisations-tiers, mais cette compétence est plus une faculté qu'un droit dans la mesure où elle ne peut s'exercer qu'avec l'accord des autres protagonistes au différend. A l'inverse du droit interne, en effet, une juridiction internationale ne peut être saisie que si deux parties au moins acceptent formellement d'y comparaître.

Dernière des compétences internationales des Etats, aujourd'hui résiduelle, le droit d'user de la contrainte n'est plus l'apanage emblématique de la souveraineté étatique. La Charte de l'ONU a mis, en effet, la guerre hors la loi, réservant les actions militaires au seul Conseil de sécurité de l'Organisation dans le cadre très limité du chapitre VII du pacte fondateur. Il subsiste cependant, dans ce domaine, quelques zones où les Etats conservent le droit d'agir contre des tiers. La première hypothèse recouvre les cas de légitime défense lorsque l'Organisation des Nations unies prévenue s'est révélée impuissante à juguler le conflit, la seconde hypothèse recouvre toutes les autres formes de contrainte (rétorsion économique, arme alimentaire, guerre psychologique...) à l'exception de la contrainte armée qui, n'ayant pas été définies par le droit international, restent théoriquement de la seule compétence des Etats.

### Conclusion

Le concept de souveraineté a été, tout au long de ce court exposé, analysé dans sa seule dimension juridique, à travers différents textes et diverses pratiques la consacrant, depuis les origines du droit international.

Depuis l'après-guerre cependant, pour en rester aux considérations juridiques, l'on assiste à des phénomènes nouveaux qui brouillent la notion. L'on constate, en effet, en premier lieu, une expansion de la souveraineté qui se traduit par un agrandissement large de son champ d'action à de nouveaux domaines comme l'économie. Ce qui, au traité sur le droit de la mer de Montego-Bay par exemple, a permis aux Etats d'élargir substantiellement leur mer territoriale et ses zones économiques exclusives, réduisant d'autant le domaine sans maître de la haute mer.

A l'opposé de cette première tendance, en second lieu, se dessine une certaine relativisation de la souveraineté, ne serait-ce qu'en raison de la multiplication exponentielle des Etats dans le monde, qui, de 51 en 1945, à la signature de la charte de l'ONU, sont aujourd'hui 201. Or il est bien évident que ce qui limite la souveraineté de chacun, c'est l'obligation dans laquelle les Etats se trouvent de communiquer les uns avec les

<sup>6</sup> B. Soccol, *Relations internationales*, Paradigme, 2006, p. 40.

autres et d'entretenir des relations de tous ordres avec des tiers qui eux aussi ont leur pré-carré à défendre, à moins de vouloir vivre en autarcie complète, ce dont il n'y a pas d'exemple. Par ailleurs, outre cet aspect objectif des choses, deux autres facteurs doivent retenir l'attention. D'une part, en effet, de nouveaux principes contrebalancent désormais la notion de souveraineté sur la scène internationale, comme l'interdiction du recours à la force ou la protection internationale des droits de l'homme qui justifie les interventions humanitaires. D'autre part, dans l'ère de la mondialisation des civilisations, les liens d'interdépendance qui obligent les Etats à coopérer de plus en plus étroitement « érodent » d'autant, suivant le mot de Philippe Bretton<sup>7</sup>, la souveraineté étatique, comme le démontre l'exemple de la Communauté européenne.

Mais c'est dans l'ordre des limitations de fait, autrement dit, des comportements de grands Etats que la substance même de la souveraineté étatique a été dernièrement le plus affectée. Certes, le XIX<sup>ème</sup> siècle a démontré que quelques Etats pouvaient imposer leur volonté à d'autres Etats. Une bonne illustration de tels gouvernements de fait a pu être apporté par la triple Alliance, puis par la quadruple Alliance après la chute de Napoléon, puis par le Concert Européen en 1870. Le XX<sup>ème</sup> siècle cependant, après 1945, a amplifié largement cette tendance lorsque le monde a été bipolarisé en deux zones d'influence exclusives, l'Occident capitaliste à l'Ouest et l'univers communiste à l'Est. Cette situation est, certes, maintenant révolue depuis l'effondrement de l'URSS en 1990, il n'en reste pas moins que demeure une conjoncture particulière qui distingue aujourd'hui, un super Etat, les Etats- Unis d'Amérique, et des puissances moyennes comme l'Europe, la Russie, la Chine, l'Inde, l'Iran et d'autres qui exercent sur les autres pays une emprise de fait par tout une gamme de moyens politiques, économiques, culturels... y compris l'emploi de la force armée si la puissance dominante l'estime nécessaire, ce qui affaiblit d'autant la marge de manœuvre des Nations sous influence.

---

<sup>7</sup> Ph. Bretton *Relations internationales contemporaines*, Litec, 1993, p. 57

# *L'évènement*

## *Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*

*Le Caire, le 23 juin 2014*

Dans le cadre de ses activités de promotion, de diffusion et d'amélioration des droits de tradition civiliste, l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française a développé des relations scientifiques et amicales avec des groupes étrangers dans plus de 55 pays.

L'Egypte manquait à l'appel. Le lien est désormais fait à travers la constitution du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant, autour du Professeur Hossam Loutfi, des Docteurs Ismail Selim, Maged Akad et Mohamed Abdel Raouf et avec le concours du Professeur Philippe Neau-Leduc et de Stéphane Brena (en leur qualité respective de responsable et de directeur de l'Institut de droit des affaires internationales pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

L'officialisation de l'existence de ce Groupe Egyptien a été l'occasion d'un colloque portant sur *Les besoins de réforme du droit civil et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*. Fruit des efforts conjoints de l'Association Henri Capitant (Professeurs Philippe Dupichot et Cyril Grimaldi), du Groupe Egyptien de l'Association, du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire – qui a accueilli l'évènement –, de l'IDAI et de soutiens historiques de l'IDAI (Professeur Didier Ferrier), cette manifestation a été une belle réussite regroupant une centaine de participants – universitaires, praticiens et étudiants, que nous remercions ici vivement – et donnant lieu à des réflexions et des débats d'un grand intérêt.

Le soutien de l'IDAI à l'égard du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant se prolonge aujourd'hui encore à travers la mise à disposition, sur son site internet, d'une page qui lui est spécialement consacrée et sur laquelle il est possible de suivre son actualité : <http://idai.univ-paris1.fr/rubriques/recherche/groupe-egyptien-de-lassociation-henri-capitant/>

La Revue de l'Institut de droit des affaires internationales est ainsi honorée d'accueillir, au sein de cette partie spéciale, quelques unes des présentations faites à l'occasion de cette journée et d'ainsi diffuser les réflexions qu'elles comportent.

Gageons que les activités futures du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant trouveront à l'avenir de nombreuses occasions d'être relayées dans les pages de la RIDAI.

**Stéphane BRENA**

Membre du bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant  
Directeur de l'IDAI



**COLLOQUE ORGANISÉ PAR L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES  
AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE  
ET LE GROUPE ÉGYPTIEN DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT**

**LES BESOINS DE REFORME DU DROIT PRIVE ET  
DU DROIT DES RELATIONS ECONOMIQUES :  
REGARDS CROISES FRANCO-EGYPTIENS**

**Lundi 23 juin 2014 à partir de 13H30**

Centre régional d'arbitrage commercial international (CRCICA)  
1, Al-Saleh Ayoub St. (3<sup>ème</sup> étage), 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 DU COLLOQUE

### 13H30 – ACCUEIL DES PARTICIPANTS

### 14H00 – ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

#### MOT DE BIENVENUE

*Mohamed Abdel Raouf, Directeur du Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, Docteur de l'Université Montpellier I, Chargé d'enseignement à l'IDAI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

#### PRESENTATION DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT

*Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, substitué par Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Secrétaire général de l'Association Henri Capitant*

#### ALLOCUTION DU REPRESENTANT DE L'AMBASSADE DE FRANCE EN RAE

*Jean-Luc Lavaud, Conseiller de coopération et d'action culturelle, Directeur de l'IFE*

#### PRESENTATION DU PARTENARIAT UNIVERSITAIRE FRANCO-EGYPTIEN

*Philippe Neau-Leduc, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du Conseil National des Universités, Président de l'Association Henri Capitant Monaco, Coordinateur du programme de l'IDAI pour l'Université Paris 1, Membre du bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*  
*et Stéphane Brena, Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II, Directeur de l'Institut de droit des affaires internationales (IDAI) de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

### 14H15 – SEANCE 1 : SOURCES DE L'OBLIGATION – SOUS LA PRESIDENCE DU PR. HOSSAM LOUTFI

#### **La réforme du droit français des contrats**

*Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Président de l'Association Henri Capitant – substitué par Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Secrétaire général de l'Association Henri Capitant*

#### **Les besoins de réforme du droit français de la responsabilité civile extracontractuelle**

*Stéphane Brena, Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier II, Directeur de l'IDAI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

#### **Discussion avec la salle**

Les besoins de réforme du droit civil et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens

Le Caire – 23 juin 2014

En collaboration avec l'IDAI et le CRCICA



**15H00 – SEANCE 2 : REGIME DE L'OBLIGATION ET DROIT DES BIENS – SOUS LA PRESIDENCE DU PR. PHILIPPE NEAU-LEDUC**

**La réforme des opérations sur créances**

*Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Secrétaire général de l'Association Henri Capitant*

**Le régime juridique des intérêts moratoires en droit égyptien**

*Ismail Selim, Avocat associé Zulficar and Partners, Docteur de l'Université de Dijon, Chargé d'enseignement à l'IDAI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

**La proposition de réforme du droit des biens**

*Cyril Grimaldi, Professeur à l'Université Paris 13, Secrétaire général adjoint de l'Association Henri Capitant*

**Discussion avec la salle**

**16H00 PAUSE**

**16H30 – SEANCE 3 : DROIT ECONOMIQUE – SOUS LA PRESIDENCE DU DR. ISMAIL SELIM**

**L'évolution du droit économique à travers le rééquilibrage de la relation entre acteurs économiques**

*Didier Ferrier, Professeur émérite de l'Université Montpellier I*

**Le rééquilibrage du contrat de franchise à travers la notion de contrat d'adhésion**

*Maged Ackad, Avocat, Docteur de l'Université Montpellier I, Chargé d'enseignement au DGCI, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

**Discussion avec la salle**

**17H15 – SEANCE 4 : REALISATION DES DROITS – SOUS LA PRESIDENCE DU PR. DIDIER FERRIER**

**Droit de la preuve : la notion d'écrit**

*Hossam Loutfi, Professeur à l'Université du Caire, Directeur du département droit civil (Beni Suef), Docteur de l'Université Paris 11, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egypte de l'Association Henri Capitant*

**Les évolutions du droit de l'arbitrage**

*Philippe Neau-Leduc, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Coordinateur du programme de l'IDAI pour l'Université Paris 1, Membre du Bureau exécutif du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant*

**Discussion avec la salle**

**18H30 – PROPOS CONCLUSIFS**

*Hossam Loutfi, Professeur à l'Université du Caire*

*Denis Mazeaud, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, substitué par Philippe Dupichot, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Secrétaire général de l'Association Henri Capitant*

Les besoins de réforme du droit civil et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens

Le Caire – 23 juin 2014

En collaboration avec l'IDAI et le CRCICA

# *Les besoins de réforme du droit français de la responsabilité civile extracontractuelle\**



*Stéphane BRENA*

*Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier  
Directeur de l'IDAI*

1. **Problématique.** Traiter des besoins de réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle consiste à évaluer les besoins d'adaptation du droit positif – et singulièrement des textes – à la manière dont il paraît souhaitable, aujourd'hui, que soit déterminé et mis en œuvre le droit à réparation des victimes de dommages subis hors l'inexécution d'un contrat. Il ne faut pas, à cet égard, verser dans l'excès et réformer pour réformer sans avoir précisément identifié les besoins véritables en ce domaine.

Or, nous pouvons constater que les textes organisant le droit français de la responsabilité civile extracontractuelle ont été, depuis l'adoption du Code civil français, tout à la fois le siège d'un courant réformiste et d'un courant conservateur.

2. **Courant réformiste.** Le réformisme s'est pleinement exprimé à travers le développement des régimes dits spéciaux de responsabilité civile, dont je me bornerai ici à évoquer deux exemples emblématiques.

En matière d'accidents de la circulation, la loi du 5 juillet 1985<sup>1</sup>, dite loi Badinter – étrangement maintenue hors du Code civil –, est venue sensiblement améliorer le sort des victimes d'accidents de la circulation routière. Souvenons-nous, en effet, que face à l'augmentation du nombre et de l'importance des dommages, surtout corporels, subis par les victimes d'accidents de la circulation, la jurisprudence avait mis en évidence l'inadaptation du régime de droit commun du fait des choses, permettant au responsable de limiter assez aisément sa responsabilité en prouvant la faute, même

simple, de la victime<sup>2</sup> ; cette dernière conservait alors à sa charge une fraction des préjudices subis, fraction considérée comme disproportionnée au regard de la gravité de sa faute. Un des apports de la loi a alors été de réduire significativement les causes de limitation ou d'exonération de la responsabilité du conducteur<sup>3</sup>, plus encore dans ses rapports avec les victimes non conductrices de dommages corporels<sup>4</sup>. La loi a donné, à cet égard, des résultats globalement satisfaisants.

La loi du 19 mai 1998<sup>5</sup>, insérée au Code civil cette fois-ci et adoptée sous l'impulsion du droit de l'Union européenne<sup>6</sup>, est venue instaurer un régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux, prenant en considération des intérêts multiples : ceux des victimes d'abord par la mise en place d'un régime moniste<sup>7</sup> de responsabilité sans faute<sup>8</sup> ; les intérêts des producteurs ensuite, avec des délais extinctifs spécifiques<sup>9</sup> et la

<sup>2</sup> Par un arrêt de provocation, déniaut tout effet limitatif à la faute de la victime : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 juill. 1982, *Desmares*, n° 81-12850, Bull. civ. II, n° 111.

<sup>3</sup> L. n° 85-577, 5 juill. 1985, art. 2, excluant la force majeure et le fait du tiers des cas d'exonération de la responsabilité du conducteur ou du gardien à l'égard de la victime, fut-elle conductrice.

<sup>4</sup> L. n° 85-577 du 5 juill. 1985, art. 3, permettant d'opposer à la victime de dommages corporels, non conductrice, sa seule faute inexcusable exclusive de l'accident voire, pour les victimes privilégiées (mois de 16 ans, plus de 70 ans, personne atteinte d'une incapacité ou d'une invalidité supérieure ou égale à 80 %), la seule recherche volontaire du dommage.

<sup>5</sup> L. n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, codifiée aux articles 1386-1 et suivants du Code civil.

<sup>6</sup> Dir. CE 85/374 du 25 juillet 1985.

<sup>7</sup> C. civ., art. 1386-1, affirmant l'indifférence de l'existence d'un contrat entre la victime et le responsable.

<sup>8</sup> C. civ., art. 1386-4 et 1386-10.

<sup>9</sup> C. civ., art. 1386-17 (prescription triennale à compter de la connaissance du dommage) et 1386-16 (délai de péremption de

\* Le style oral de la présentation a été conservé.

<sup>1</sup> L. n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

possible prise en considération du risque de développement<sup>10</sup>; enfin, les impératifs du marché unique, supposant la limitation des distorsions de concurrence notamment en raison de degrés de protection différents des consommateurs d'un Etat à l'autre.

Les exemples de régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation pourraient être multipliés – accidents du travail et maladies professionnelles<sup>11</sup>, risques sanitaires<sup>12</sup>, responsabilité des exploitants d'installations nucléaires<sup>13</sup>... – et il n'est dès lors pas surprenant de constater que les régimes spéciaux ne cristallisent pas les besoins de réforme, même si des améliorations sont toujours envisageables.

3. **Courant conservateur.** C'est bien, en revanche, de conservatisme que l'on peut parler au sujet du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle ou, plus exactement, des textes originellement contenus au Code, c'est-à-dire les articles 1382 à 1386 du Code civil. En effet, les articles 1382, 1383 – organisant la responsabilité pour faute –, 1385 – traitant de responsabilité du fait des animaux – et 1386 – portant sur la responsabilité du fait des bâtiments menaçant ruines – n'ont jamais été modifiés. Seul l'article 1384 du Code – regroupant des dispositions relatives à la responsabilité du fait des choses et à la responsabilité du fait d'autrui – a fait l'objet de retouches qui n'en ont pas bouleversé la physionomie : en 1899 le principe de la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle de l'instituteur est affirmé<sup>14</sup> et, en 1937, il est précisé que la faute de surveillance de l'instituteur doit être prouvée par la victime<sup>15</sup>; en 1922, est introduit un régime spécial de responsabilité en cas d'incendie<sup>16</sup>; dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, la limitation de la responsabilité de la mère à l'hypothèse du prédécès du mari est supprimée en 1970<sup>17</sup> et, en 2002, la référence à la notion de garde de l'enfant est remplacée par celle d'exercice de l'autorité parentale<sup>18</sup>.

4. **Rôle de la jurisprudence.** Dans ces conditions, la jurisprudence a évidemment joué un rôle fondamental dans la prise en considération de besoins nouveaux et de conceptions renouvelées. Ainsi résulte-t-il aujourd'hui de la conjonction de l'état des textes et de la jurisprudence développée, parfois sur leur fondement, parfois en marge de ceux-ci, un ensemble de réponses à l'indemnisation des victimes de dommages dont certaines demandent à être modulées là où d'autres méritent d'être consacrées. L'étude des besoins de modulation des solutions actuelles

(I) précèdera celle des besoins de consécutions de ces solutions (II).

#### I/ Les besoins de modulation des solutions actuelles

5. Jurisprudence et législateur ont été amenés à développer des solutions dont certaines paraissent aller dans le bon sens et méritent, faute d'aboutissement net, d'être encouragées. En revanche, d'autres, contestables, appellent à être découragées. Examinons d'une part ces solutions à encourager (A) et d'autre part celles à décourager (B).

##### A/ Des solutions à encourager

6. Nous avons retenu deux mouvements paraissant devoir être encouragés.

7. **Emergence d'une obligation de minimisation du préjudice.** Le premier est celui de la consécration de l'obligation de minimisation du préjudice subi par la victime. Nous savons que depuis 2011<sup>19</sup>, la Cour de cassation a reconnu, du bout des lèvres, en matière contractuelle, la possibilité d'exiger de la victime qu'elle s'oppose à l'aggravation de son préjudice<sup>20</sup>. Cette solution est certainement souhaitable – nous la retrouvons d'ailleurs dans les principaux projets de réforme du droit des obligations, notamment les projets Catala<sup>21</sup> et Terré<sup>22</sup>. Mais elle suppose la construction d'un système nécessitant la réponse à deux questions fondamentales : la première est de savoir si une telle obligation sera admise en matière délictuelle. La jurisprudence y est actuellement hostile<sup>23</sup>. La seconde question fondamentale est de déterminer si cette obligation sera admise dans le domaine des dommages corporels, avec une alternative : soit le dommage corporel est sanctuarisé et toutes ses conséquences – les préjudices<sup>24</sup> – échappent à l'obligation de minimisation ; soit seul le corps humain (et son prolongement psychique) est protégé et seules les mesures de minimisation qui porteraient sur lui seraient exclues (essentiellement, en pratique, les refus de soins). L'importance de ces questions – outre certaines autres – rendent souhaitable une intervention législative.

8. **Développement du droit du dommage corporel.** Le second mouvement à encourager est celui de la construction d'un véritable droit du dommage corporel<sup>25</sup>. Cette construction passe par une clarification

<sup>19</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 24 nov. 2011, n° 10-25635, Bull. civ. II, n° 217 ; H. Adida-Canac, « *Mitigation of damage* » : une porte entrouverte ?, D. 2012, p. 141.

<sup>20</sup> V. S. Brena, *Un point – d'interrogation – sur la minimisation du préjudice en droit français de la responsabilité civile*, RIDAI n° 1, mai 2014, p. 8.

<sup>21</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1373.

<sup>22</sup> *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la direction de F. Terré, Dalloz 2011, art. 53 et *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. Terré, Dalloz 2008, art. 121.

<sup>23</sup> V. récemment Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 29 mars 2012, n° 11-14661.

<sup>24</sup> Sur la distinction entre dommage –l'atteinte- et préjudice –les conséquences de l'atteinte-, particulièrement intéressante ici, v. notamment Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd. 2014, n° 175 et suiv., pp. 117 et suiv.

<sup>25</sup> Cette construction a déjà débuté, notamment avec l'article 2226 du Code civil, prévoyant que la prescription extinctive de

10 ans à compter de la mise en circulation du produit, réserve faite de la faute du producteur).

<sup>10</sup> C. civ., art. 1386-11, 4<sup>o</sup>, risque de développement dont la directive n'imposait pas la transposition.

<sup>11</sup> C. sécurité soc., art. L. 411-1 et suiv.

<sup>12</sup> Notamment L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 98 ; C. santé publique, art. L. 1142-1.

<sup>13</sup> Convention de Paris du 29 juillet 1960, D. n° 69-154 du 6 février 1969.

<sup>14</sup> L. du 20 juillet 1899.

<sup>15</sup> L. du 5 avril 1937.

<sup>16</sup> L. du 7 novembre 1922, loi de circonstance réintroduisant l'exigence de faute du gardien.

<sup>17</sup> L. n° 70-459 du 4 juin 1970.

<sup>18</sup> L. n° 2002-305 du 4 mars 2002, art. 8.

de la question, fort complexe, des recours des tiers payeurs (notamment les caisses de sécurité sociale) et ce, à deux égards. D'une part, la question de la détermination des chefs de préjudice indemnisés par les prestations servies par ces tiers payeurs, de manière à faciliter la mise en œuvre du principe de recours poste par poste de préjudice introduit par la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007<sup>26</sup> ; un groupe de travail de la Cour de cassation l'a d'ailleurs appelé de ses vœux<sup>27</sup>. D'autre part, la question de la situation de la victime en cas de partage de responsabilité inopposable par le tiers payeur à la victime : la volonté du législateur et de la jurisprudence semble être d'autoriser un cumul des sommes dues à la victime, dans la limite du préjudice subi, faisant peser sur le tiers payeur les conséquences de la faute de cette dernière<sup>28</sup>. Mais le fondement du non-concours tiré du droit de la subrogation personnelle utilisé par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 – principe qui signifie que la subrogation ne peut pas nuire au subrogeant, la victime ici – paraît inadapté : puisque le tiers responsable n'est pas libéré pour le montant que la victime peut encore lui réclamer, il ne peut y avoir subrogation au profit du tiers payeur<sup>29</sup>. Mieux vaudrait alors parler de droit de cumul au profit de la victime.

Si la solution peut être améliorée, elle n'a pas à être découragée comme c'est le cas en d'autres hypothèses.

#### B/ Des solutions à décourager

9. Une réforme pourrait infléchir certaines orientations prises par le droit positif, dont quatre ont particulièrement attiré mon attention.

10. **Faute délictuelle d'inexécution.** D'abord, sur le terrain de la responsabilité pour faute – faute qui mériterait d'ailleurs d'être définie de manière générale – les récents développements jurisprudentiels sur les conséquences de l'inexécution d'un contrat à l'égard des tiers paraissent excessifs. Rappelons en effet qu'à l'issue d'un mouvement débuté en 2006<sup>30</sup>, la Cour de cassation considère que toute inexécution contractuelle constitue, à

l'égard des tiers, une faute délictuelle<sup>31</sup> ; cela permet notamment à un tiers de se prévaloir même de la violation d'une clause de non-concurrence dont il n'est pourtant pas créancier<sup>32</sup> ! La solution est certainement excessive en raison de sa généralité. Plusieurs solutions sont envisageables dans le sens d'une réduction du champ du principe – par exemple en exigeant la démonstration d'une faute au sens délictuel du terme, c'est-à-dire une faute de comportement<sup>33</sup> – ou de la limitation de ses effets à travers son régime juridique – par exemple en soumettant la victime aux dispositions du contrat violé<sup>34</sup>.

11. **Modernisation par simplification de la responsabilité du fait des choses.** Ensuite, en matière de responsabilité du fait des choses, le souhait de la Cour de cassation, plusieurs fois exprimé, de voir l'article 1386 – anachronique – disparaître, ne peut qu'être approuvé<sup>35</sup>. La préconisation pourrait être aisément étendue à l'article 1385 du Code civil. La responsabilité du fait des animaux et de la ruine des bâtiments serait alors traitée sur le fondement du droit commun de la responsabilité du fait des choses ; pratiquement sans conséquence en matière de responsabilité du fait des animaux, le changement serait important en matière de ruines des bâtiments<sup>36</sup>.

12. **Aménagement de la responsabilité des commettants du fait des préposés.** Encore, sur le terrain de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, l'immunité du préposé<sup>37</sup> – hors faute détachable des fonctions, qui mériterait précision – devrait être réaménagée. Elle pourrait utilement être remplacée par la subsidiarité de sa responsabilité ; l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription est en ce sens<sup>38</sup>.

13. **Retour sur la responsabilité des parents.** Enfin, sur le terrain de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, il paraît indispensable de revenir sur l'assouplissement déraisonnable des conditions de cette responsabilité. En effet, depuis 2001<sup>39</sup>, la démonstration du simple rôle causal de l'enfant – une sorte d'implication – permet d'engager la responsabilité des parents, qui avaient déjà été privés par la jurisprudence,

---

l'action en responsabilité est exceptionnellement de 10 ans en cas de dommages corporels (voire 20 ans dans les hypothèses de torture, d'actes de barbarie et de violences ou d'agressions sexuelles sur mineur) ; v. également les dispositions spécifiques au dommage corporel des victimes non conductrices d'accidents de la circulation, *supra* n° 2.

<sup>26</sup> L. n° 2006-1640 de financement de la sécurité sociale de 2007, art. 25, modifiant l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale.

<sup>27</sup> Cour de cassation, Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit français de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, 2012, p. 77.

<sup>28</sup> Donnons un exemple. Le préjudice subi par la victime est de 1000 et la responsabilité en est partagée, l'auteur des dommages devant 500. Mais le tiers payeur verse 700. Rigoureusement, la victime ne devrait plus rien pouvoir demander au responsable et le tiers payeur devrait pouvoir recourir pour 500. Autoriser le cumul consiste à permettre à la victime de réclamer 300 au responsable, le tiers payeur ne pouvant, lui, recourir que pour 200.

<sup>29</sup> Sur l'ensemble de cette question, v. S. Brena, *Les recours en contribution*, Thèse Montpellier, 2005, n° 154 et suiv., pp. 165 et suiv. et n° 370 et suiv., pp. 374 et suiv.

<sup>30</sup> Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13255, Bull. ass. plén., n° 9.

<sup>31</sup> V. le dossier paru à la RDC 2007, pp. 537 et suiv.

<sup>32</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juill. 2010, n° 09-67516, Bull. civ. III, n° 146 ; RLDC 2010/76, n° 3987, p. 7, note S. Brena.

<sup>33</sup> Notre opinion va en ce sens.

<sup>34</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1372. Sur l'ensemble de la question v. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 92 et suiv., pp. 60 et suiv.

<sup>35</sup> En dernier lieu, v. rapport de la Cour de cassation, 2005 ; V. également, Cour de cassation, Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit français de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, *op. cit.*, p. 12.

<sup>36</sup> V. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 396 et suiv., pp. 263 et suiv.

<sup>37</sup> Immunité de principe affirmée par Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat*, n° 97-17378 et 97-20152, Bull. ass. plén. n° 2.

<sup>38</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1359-1.

<sup>39</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mai 2001, *Levert*, n° 99-11287, Bull. civ. II, n° 96. V. également, Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, 2 arrêts, n° 01-14007, Bull. ass. plén., n° 4. V. déjà, Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Fullenwarth*, n° 79-16612, Bull. ass. plén., n° 4.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

en 1997<sup>40</sup>, de leur droit de s'exonérer de leur responsabilité en prouvant leur absence de faute dans la surveillance ou l'éducation comme le permet pourtant – de manière un peu imprécise il est vrai – l'alinéa 7 de l'article 1384<sup>41</sup>. Exiger au moins la preuve d'un fait illicite ou anormal (faute ou garde) de l'enfant, ce qui est possible en raison de l'objectivation de la faute<sup>42</sup> et de la garde<sup>43</sup>, serait un minimum que les projets de réforme prévoient<sup>44</sup>.

Ces quelques critiques faites à la jurisprudence ne doivent cependant pas faire oublier les solutions originales qu'elle a développées et qui méritent d'être consacrées par leur insertion dans le Code civil.

#### II/ Les besoins de consécration des solutions actuelles

14. L'immobilisme des textes a conduit la jurisprudence – avec l'appui de la doctrine – à adopter des solutions dont l'ampleur et la qualité appellent à une consécration dans le marbre de la loi et l'écrin du Code civil. Le travail accompli, d'une part, en matière de fait générateur de la responsabilité (A) et, d'autre part, en matière de dommage (B) le démontre.

##### **A/ Le fait générateur**

15. Plusieurs systèmes de solutions élaborées sur ce point par la jurisprudence semblent mériter cette consécration.

16. **Responsabilité du fait des choses.** Tel est d'abord le cas dans le domaine de la responsabilité du fait des choses, et ce sur deux points au moins : le rôle actif de la chose et la théorie des troubles anormaux de voisinage.

17. **Rôle actif de la chose.** Le premier point est celui de la découverte et de la construction du régime de la condition de rôle actif de la chose. En effet, à l'issue d'une longue évolution, la Cour de cassation a dégagé des principes de solution d'une grande finesse, applicables à ce qui est au fait de la chose ce que la faute est au fait de l'homme<sup>45</sup>. Rappelons qu'en cas de mouvement et de contact de la chose avec le siège du dommage, ce rôle actif est avéré<sup>46</sup>. En toute autre hypothèse, la victime devra démontrer ce rôle actif, ce qui suppose qu'elle

prouve le vice de la chose<sup>47</sup>, sa dangerosité<sup>48</sup> ou encore sa place anormale<sup>49</sup>; cela permet de comprendre l'affirmation selon laquelle lorsque la victime se blesse avec une chose inerte qui occupe une place normale et qui n'est pas viciée, cette chose, même en cas de contact, n'a pas été (juridiquement s'entend) l'instrument du dommage<sup>50</sup>.

18. **Troubles anormaux de voisinage.** Le second point est celui, bien connu, de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Là encore, à l'issue d'une lente maturation, la jurisprudence est parvenue à des principes de solution très originaux et d'une grande cohérence, qui méritent consécration. Au-delà de la « découverte » même de cette hypothèse spécifique de responsabilité<sup>51</sup>, la Cour de cassation a notamment admis que le propriétaire et l'occupant puissent être tenus pour responsables sur ce fondement<sup>52</sup>, de la même manière que les constructeurs en tant que voisins occasionnels<sup>53</sup>. La consécration légale de ces principes pourrait même être l'occasion d'une amélioration notamment en prenant clairement position quant à la « théorie de la préoccupation »<sup>54</sup> ou encore en précisant les règles de

<sup>47</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 11 juill. 2002, n° 00-21066, Bull. civ. II, n° 175 (rampe inclinée d'un magasin, considérée comme ne faisant pas l'objet d'un défaut d'entretien et comme n'étant pas atteinte d'un vice interne). Lorsqu'une paroi vitrée se brise sous l'impact de la victime, le vice est caractérisé : v. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 15 juin 2000, n° 98-20510, Bull. civ. II, n° 103.

<sup>48</sup> Qui se rapproche très nettement du vice de la chose : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2002, n° 99-20533, Bull. civ. II, n° 92 (escalier parfaitement normal); Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 26 sept. 2002, n° 00-18627, Bull. civ. II, n° 198 (risque d'éboulement d'une falaise emportant interruption d'exploitation d'un établissement situé à proximité).

<sup>49</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juill. 1992, n° 91-14304, Bull. civ. II, n° 201 (poutres en béton placées sur un terre-plein séparant deux voies de circulation considérées comme occupant une place normale dès lors qu'elles étaient protégées et nettement signalées).

<sup>50</sup> V. par exemple, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 13 déc. 2012, n° 11-22582, Bull. civ. II, n° 206 : « la tige métallique plantée verticalement dans le sol pour servir de tuteur n'était pas en position anormale et n'avait pas été l'instrument du dommage », alors que la victime s'y est empalée.

<sup>51</sup> Mécanisme autonome du droit commun de la responsabilité civile, le fondement de l'article 1382 du Code civil ayant été abandonné : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 nov. 1986, n° 84-16379, Bull. civ. II, n° 172.

<sup>52</sup> Pour un locataire, v. Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 4 nov. 2004, n° 03-13141, affirmant que la cessation peut aussi bien être demandée au propriétaire bailleur qu'au preneur. Cette diversité se retrouve à l'article 1361 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription et à l'article 24 du projet Terré ; elle est approuvée par le groupe de travail de la Cour de cassation de 2012 (p. 13).

<sup>53</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 30 juin 1998, n° 96-13039, Bull. civ. III, n° 144.

<sup>54</sup> L'admission de la théorie de la « préoccupation » supposerait une intervention législative puisque par principe la Cour de cassation la rejette (v. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 29 nov. 1995, n° 93-18036, Bull. civ. II, n° 298). Cette hypothèse d'exclusion de la responsabilité est retenue à l'alinéa 2 de l'article 24 du projet Terré. Par ailleurs, l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation, qui prévoit que « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les

<sup>40</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 février 1997, *Bertrand*, n° 94-21111, Bull. civ. II, n° 56.

<sup>41</sup> « La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. »

<sup>42</sup> Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Derguini*, n° 82-92934, Bull. crim., n° 162 ; 9 mai 1984, *Lemaire*, n° 80-93031, Bull. ass. plén., n° 2.

<sup>43</sup> Cass. ass. plén., 9 mai 1984, *Gabillet*, n° 80-14994, Bull. ass. plén., n° 1.

<sup>44</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1355, al. 2 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit.*, art. 13.

<sup>45</sup> Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 385, spéc. p. 255.

<sup>46</sup> En vertu, semble-t-il, d'une présomption irréfragable : sur les nuances de la jurisprudence en la matière, v. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 389 et suiv., pp. 258 et suiv., spéc. n° 392-395, pp. 260-263.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

répartition de la charge définitive de la dette en cas de présence simultanée d'un propriétaire et d'un occupant ou d'un propriétaire et d'un voisin occasionnel, questions qui ont parfois pu être abordées par la Cour de cassation mais de manière sans doute perfectible notamment quant à la question du fondement du recours<sup>55</sup>.

19. **Responsabilité du fait d'autrui.** La responsabilité du fait d'autrui est également le siège de solutions jurisprudentielles méritant consécration. Nous avons pu constater que depuis que l'arrêt Blieck, en 1991<sup>56</sup>, a consacré – restons prudent – le principe du caractère non limitatif des hypothèses de responsabilité du fait d'autrui visées à l'article 1384 du Code civil, la jurisprudence est venue affiner les cas de responsabilité pour autrui, en distinguant deux séries de situations. D'une part, celles dans lesquelles une personne organise le mode de vie d'une autre<sup>57</sup> ; d'autre part, celles dans lesquelles une personne organise l'activité d'une autre<sup>58</sup>. Les projets de réforme Catala<sup>59</sup> et Terré<sup>60</sup> reprennent, en la précisant, cette distinction, prenant le cas échéant quelque distance avec la jurisprudence puisque chacun de ces projets exclut la responsabilité des clubs sportifs non professionnels.

Créative quant au fait générateur, la jurisprudence l'a également été avec bonheur quant au dommage, élément central du droit de la responsabilité civile.

#### **B/ Le dommage**

20. La jurisprudence a su là encore adopter des solutions fort intéressantes, qu'il s'agisse de dommage matériel ou de dommage corporel.

21. **Dommages matériels.** Elle l'a d'abord fait en matière de dommages matériels et plus précisément en cas d'atteinte à un bien corporel. Faisant preuve d'un grand pragmatisme, la Cour de cassation a consacré le droit pour la victime d'obtenir une indemnité correspondant au coût de la réparation (dégradation) ou à

la valeur de remplacement (destruction) sans déduction de la vétusté, sauf à ce que le coût de la réparation soit supérieur à celle de remplacement et sauf à avoir la possibilité de se procurer un bien usagé équivalent à celui endommagé<sup>61</sup>. Les principaux projets de réforme reprennent d'ailleurs ces principes<sup>62</sup> !

22. **Dommages corporels.** La position de la jurisprudence en matière de dommages corporels est également, et pour terminer, très intéressante. Le sujet est extrêmement complexe et particulièrement sensible, dans ses aspects juridiques, économiques et humains. Or, la jurisprudence n'a pas hésité à faire sienne la nomenclature élaborée en 2005 par un groupe de travail dirigé par M. Dintilhac<sup>63</sup>, listant les différents postes de préjudices résultant d'un dommage corporel<sup>64</sup>. Reste que cette nomenclature mériterait d'être reprise par un texte officiel – tant au stade de l'obligation que de la contribution à la dette<sup>65</sup> – comme le propose le projet Terré<sup>66</sup> et l'a approuvé en 2012 un groupe de travail de la Cour de cassation<sup>67</sup>.

23. **Brève conclusion.** Ces quelques réflexions – incomplètes nécessairement, mais des choix ont dû être faits – montrent toute la vitalité du dialogue entre législateur, juge et doctrine. Gageons qu'il saura en résulter une modernisation de notre droit écrit de la responsabilité civile extracontractuelle, modernisation qui, à son tour, nourrira cet indispensable échange.

---

*occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions* », a été validée par le Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC.

<sup>55</sup> Sur l'ensemble de cette question, v. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 501-502, pp. 336-337. Adde S. Brena, *Les recours en contribution*, op. cit., n° 242 et suiv., pp. 249 et suiv.

<sup>56</sup> Cass. ass. plén., 29 mars 1991, *Blieck*, n° 89-15231, Bull. ass. plén. 1991, n° 1.

<sup>57</sup> Le modèle en seraient les parents et la jurisprudence a ainsi retenu la responsabilité du tuteur (Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-84075, Bull. crim., n° 140) ou celle d'institutions d'accueils (Cass. crim., 26 mars 1997, n° 95-83957, Bull. crim., n° 124, pour un mineur confié par décision de justice à un établissement d'éducation ; v. déjà les circonstances de l'arrêt *Blieck*, cit., handicapé mental confié à une association gérant un centre d'adaptation par le travail).

<sup>58</sup> Le modèle en serait le commettant, sur la base duquel la jurisprudence a reconnu la responsabilité de clubs sportifs amateurs (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 22 mai 1995, 2 arrêts, n° 92-2187 et 92-21197, Bull. civ. II, n° 155).

<sup>59</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1355 et suiv.

<sup>60</sup> *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art.14 à 16.

---

<sup>61</sup> Sur l'ensemble de la question, v. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 635, p. 427. Adde Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13<sup>ème</sup> éd. 2014, n° 778, p. 611.

<sup>62</sup> Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1380 et suiv. ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., art. 65 et suiv.

<sup>63</sup> *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La documentation française, 2005.

<sup>64</sup> Une circulaire de la Chancellerie invitait les juridictions à le faire : Circ. DACS n° 2007-05, 22 févr. 2007, NOR : JUSC0720133 : BO Justice 2007, n° 2007-02. V. Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 mai 2009, n° 08-16829, Bull. civ. II, n° 131 : « *le dommage réparé au titre du préjudice d'agrément se rattache à la perte de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante prise en compte dans l'indemnisation de " l'incapacité temporaire totale ou partielle " désormais comprise dans le poste de préjudice dénommé " déficit fonctionnel temporaire " ».*

<sup>65</sup> Sur la question de la contribution à la dette, v. *supra*, n° 8.

<sup>66</sup> *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., spéc. art. 57. Pour la fixation par voie réglementaire des modalités de recours des tiers payeurs, art. 62.

<sup>67</sup> Cour de cassation, Groupe de travail sur le projet intitulé « *Pour une réforme du droit français de la responsabilité civile* » sous la direction de François Terré, op. cit., pp. 22 et suiv. et 77 et suiv.

# ***Regards sur l'avant-projet de réforme du régime général des obligations : Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances\****

*Philippe DUPICHOT*

*Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)  
Secrétaire général de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*

1. - C'est une gageure de traiter de la réforme du droit des opérations sur créances à la fin d'une journée si riche.

Je serai donc bref et ne poserais ici que deux questions en guise d'introduction.

2. - *Pourquoi* réformer le droit des opérations sur créances ?

Parce qu'ainsi que Eugène Gaudemet l'a amplement démontré, la créance est aujourd'hui un *bien* et pas seulement un *lien* ; le *vinculum juris* a cédé la place à la valeur économique, à la financiarisation de ces actifs particuliers – mobiliers et incorporels – que sont les créances.

Or, ces actifs sont aujourd'hui l'objet d'opérations variées entre agents économiques qui les envisagent avant tout comme des biens, et des objets de propriété : les créances s'achètent, se vendent, s'escomptent, se transfèrent en garantie à titre fiduciaire, font l'objet d'affacturages, etc. Ainsi que le relevait Hervé Synvet dans l'exposé des motifs de l'avant-projet Catala de réforme des obligations, « *la circulation des créances constitue une partie non négligeable de l'économie moderne. Elle relève de l'activité quotidienne des professionnels de l'argent et du crédit. Ceux-ci ont un besoin impératif d'efficacité, de sécurité et de rapidité* ».

Le Code civil français de 1804 doit donc être rénové en profondeur ? lui qui n'intègre guère cette dimension de créance-bien.

3. - *Comment* réformer le droit des opérations sur créances ?

La question revêt une double dimension, substantielle et formelle.

Au plan du *fond*, le droit des opérations sur créances doit être modernisé, simplifié et précisé. Il est en effet insuffisamment précis sur des questions fondamentales :

quel est le sort des exceptions (opposabilité, inopposabilité), quelles garanties sont dues au cessionnaire, quelles fonctions des institutions polyvalentes, etc. ? Et il ne connaît ni de la cession de contrat ni de la cession de dette.

En un mot comme en mille, il doit être rendu plus efficient, plus intelligible, *business friendly* !

L'unanimité se fait sur ce point.

Au plan de la *forme*, le siège des opérations sur créances doit se retrouver dans le Code civil : or, un glissement s'est opéré du code civil vers les lois spéciales et codes spéciaux – Code monétaire et financier en particulier – qui ne s'est pas démenti depuis la loi Dailly du 2 janvier 1981. Après s'être vidé au profit des lois et codes spéciaux, le Code civil doit retrouver son rôle de matrice.

4. - Mais plusieurs questions subséquentes se posent aussitôt sur lesquelles cette belle unanimité se brise en fonction des auteurs et des projets de réforme « concurrents ».

Doit-on seulement parler de droit des opérations sur créances et y consacrer une subdivision dédiée, éclatante ?

Tel fut le choix de l'avant-projet Catala en date du 22 septembre 2005 dont je partage pleinement la philosophie : réputé volontiers conservateur et classique, cet avant-projet a pourtant fait œuvre de rupture en la forme sur ce point et Pierre Catala le relevait lui-même. A l'initiative d'Hervé Synvet, père semble-t-il de l'expression opérations sur créances – qu'il donna même en sujet de leçon de 24 heures lorsqu'il fut membre d'un jury d'agrégation –, il consacre aux opérations sur créances un Chapitre 6 qui leur est spécialement dédié, gros des 4 institutions phares que l'on étudiera ici : la cession de créance, détachée de la vente ; la subrogation personnelle, éloignée du paiement ; la novation,

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-egyptiens*

pareillement détachée de l'extinction des obligations ; la délégation, précisée et distinguée de la novation.

5. - Doit-on au contraire fondre celles-ci dans une subdivision plus large consacrée au régime général des obligations (ou « RGO »), aux contours beaucoup plus vastes ?

La question se pose car les opérations sur créances (de opéra, travail, œuvre) ne sont qu'un aspect, plus étroit et dynamique, d'un RGO, plus large et statique : terme, conditions (modalités de l'obligation), solidarité, indivisibilité n'en font ainsi pas partie, non plus que la remise de dette, la confusion ou encore la compensation<sup>1</sup>.

Telle est plutôt la philosophie du projet Terré, présenté en janvier 2013 ; les travaux du Groupe Terré, réputés plus modernes, sont toutefois restés plus conservateurs ne serait-ce que sur le plan retenu<sup>2</sup>.

Or, et le législateur semble, en l'état de l'avant-projet gouvernemental en date du 23 octobre 2013 (ci-après « l'Avant-projet »), avoir choisi cette seconde voie de mise en lumière du RGO en général.

Ciment du droit privé d'après un colloque récent, le RGO se déploierait conformément à la tradition française d'enseignement : l'Avant-projet de 2013 consacre un Livre IV entier « Du régime général des obligations », découpé en Chapitres : 1 (modalités de l'obligation), 2 (extinction), 3 (actions ouvertes au créancier), 4 (modification du rapport d'obligation), 5 (restitutions).

Mais les inconvénients d'une telle démarche tiennent à une insuffisante mise en lumière des opérations sur créances : celles-ci n'apparaissent qu'incidemment dans certains de ces Chapitres, en particulier le 4<sup>ème</sup> (CHAPITRE IV - LA MODIFICATION DU RAPPORT D'OBLIGATION), et ce dans une Section 1 « Les opérations translatives » ce qui est tout à fait perfectible : les opérations translatives ne sont en effet et par hypothèse pas modificatives ; au contraire, elles *conservent* les droits transmis en application de la règle « *nemo plus juris* ».

On relèvera que l'Avant-projet opère une synthèse entre les travaux du Groupe présidé par Pierre Catala (qui ne parle pas de RGO en général) et du groupe Terré de 2013 (RGO et sans mention des opérations sur créances), en ne fâchant personne, quitte à mécontenter tout le monde...

6. - Plan - On présentera très succinctement l'état de l'Avant-projet du 23 octobre 2013 en s'éloignant du plan retenu par lui afin de défendre ici une classification

\*La forme orale de la contribution a été conservée ; l'avant-projet est étudié ici dans sa version du 23 octobre 2013.

<sup>1</sup> La question pourrait toutefois se poser pour ces dernières qui pourraient relever d'une autre catégorie, celle des opérations sur créances *extinctives*, le cas échéant (V. infra notre proposition de classification tripartite), lesquelles comprendraient les règles relatives au paiement et à la compensation.

<sup>2</sup> *Pour une réforme du régime général des obligations*, sous la direction de François Terré, Dalloz, Thèmes & commentaires, avril 2013.

moderne et fonctionnelle des opérations sur créances, en distinguant entre :

- Les opérations *translatives* (1.) ;
- Les opérations *substitutives* (2.) ;
- Les opérations *adjonctives* (3.)

\*

#### I. LA RÉFORME DU DROIT DES OPERATIONS TRANSLATIVES

7. - Plan - Cœur du réacteur des opérations sur créances, les opérations translatives apparaissent dans une Section 1 éponyme de l'Avant-projet qui traite ensemble des cessions de créances, de dettes et de contrat ce qui constitue en soi une innovation, le Code civil ne connaissant encore aujourd'hui ni de la cession de dette ni de la cession de contrat.

On distinguera suivant *l'objet* de la transmission et donc suivant que le transfert porte sur une créance (A), une dette (B) ou un contrat (C).

\*

#### A - Transfert d'une créance : cession et subrogation

8. - On envisagera ici la cession de créance certes (1) et la subrogation personnelle dont la nature de paiement translatif de créance apparaît insuffisamment dans l'Avant-projet (2).

#### 1°) *La cession de créance*

9. - Un premier facteur de modernisation tient à ce que la cession serait envisagée, non plus comme une variété de vente, mais de façon abstraite et générale comme « un *contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire* » : l'inspiration du projet Catala est sur ce point évidente.

Tout acte à titre particulier pourrait donc être propre à cette fin puisque disparaîtrait toute référence au prix et que le transfert de créance transcenderait ainsi le canevas de la vente.

Cette définition large a vocation à concerner tous les transferts de propriété d'une créance à titre particulier, et ce quelle qu'en soit la contrepartie : soit l'échange de créance (transfert contre transfert), la cession fiduciaire (transfert à titre de sûreté), l'apport en société de créance (transfert contre droits sociaux), la dation en paiement (transfert à titre de paiement) ou encore la donation de créance (transfert à titre de libéralité).

Un deuxième élément de modernisation est la consécration de la possibilité des fractions de créances (tout ou partie), de céder des créances futures, étant précisé que « *le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties qu'entre*

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

les tiers ». Cet énoncé pourra être rapproché de la formulation, sans doute plus positive, qui a cours en matière de nantissement (art. 2357 C. civ. : « *Lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci* »).

Une autre nouveauté est l'abandon du trop célèbre article 1690 du Code civil. L'exigence d'une notification par acte extrajudiciaire (ou son substitut qu'est l'acceptation du débiteur dans un acte authentique) constituait une formalité dont la lourdeur était inadaptée et décourageante. Le système proposé est profondément différent qui proclame une opposabilité immédiate aux tiers, sauf naturellement au principal intéressé à qui la cession sera notifiée par tous moyens ou qui pourra comme aujourd'hui « l'accepter ». On retrouvera ici la patine des textes préparés par l'Association Henri Capitant en vue de la réforme du nantissement de créance réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 et dont le nouveau transfert de créance semble s'être inspiré : en particulier, l'histoire bégaie et à nouveau, la solennité d'une règle de forme (la cession devant « être constatée par écrit à peine de nullité ») chasse l'exploit d'huissier exigé autrefois pour la validité du nantissement et encore aujourd'hui pour l'opposabilité de la cession.

Seraient enfin précisées :

- les exceptions opposables avec un principe d'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé, qui trouve sa justification dans la règle *nemo plus juris* et dans l'effet relatif des conventions (art. 1165 C. Civ.) : le débiteur cédé n'étant pas partie au transfert (« *Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la personne du créancier soit pour lui déterminante ou que la créance ait été stipulée incessible* »), il ne saurait donc pâtir de ce dernier et perdre contre son gré des moyens de défense dont il disposait antérieurement ;
- la garantie due par le cédant au cessionnaire, à la faveur de solutions qui varient au gré de la volonté du cédant : si, supplétivement, le cédant ne garantit que l'existence de la *créance* et des accessoires (au premier chef des sûretés) qui l'assortissent (niveau 1), il peut étendre sa garantie : celle-ci ne s'entendra alors que de celle de la *solvabilité présente* et dans la limite du prix de cession reçu (niveau 2), sauf à ce qu'il l'ait portée expressément à celle de la *solvabilité future* (niveau 3) ;
- et le concours entre cessionnaires successifs d'une créance résolu en faveur du premier en date par application de la règle *prior tempore potior jure*, principe dérivé du droit de la cession Dailly.

C'est là un système d'autant plus adapté à la pratique bancaire que le retrait litigieux a disparu en l'état, à moins qu'il ne s'agisse là d'un oubli : ce serait là une aubaine pour les vils « spéculateurs » qui ne pourraient plus se voir opposer le droit du retrait du débiteur cédé au prix offert par le cessionnaire, par hypothèse inférieur au

nominal de la créance litigieuse cédée (comp. art. 1699 C. civ. actuel).

\*

#### 2°) La subrogation personnelle

10. - La subrogation personnelle serait envisagée au titre de l'extinction de l'obligation : certes justifiée par la considération que le transfert de créance accompagne le paiement fait par un tiers non tenu à la dette, pareille présentation semblerait totalement insuffisamment moderne.

Comme Jacques Mestre l'a démontré dans sa thèse (*La subrogation personnelle*, préface P. Kayser, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 160, 1979), la subrogation est en effet fondamentalement un paiement translatif de créance et de ses accessoires que sont les sûretés, concurrent aujourd'hui de la cession et siège de l'affacturage.

Opportunément, cet effet translatif de la subrogation personnelle serait, à défaut d'apparaître de façon éclatante dans le plan de l'Avant-projet ou dans sa définition même, mis en exergue au plan du régime : « *La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne de celui-ci* ».

Sur cette institution, les innovations vont bon train :

- il n'y aurait d'abord plus de liste des cas de subrogation légale mais un principe général inféré de la jurisprudence (art. 208 : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ») ;
- ensuite, la subrogation conventionnelle *ex parte creditori* disparaîtrait à ce stade, très inopportunistement : une telle suppression pourrait s'expliquer tant par la libération de la cession de créance nouvelle que par la consécration d'un principe général de subrogation légale ; elle serait toutefois regrettable tant elle méconnaît la volonté du créancier subrogé ou du factor d'être conventionnellement rassuré quant à sa qualité de nouveau créancier subrogé dans la créance et dans ses sûretés, et ce par-delà la seule subrogation légale ;
- enfin, ce « bienfait de l'histoire » qu'était la subrogation *ex parte debitori* imposée au créancier serait supprimée : si la dette n'est pas échue ou si le terme n'a pas été stipulée en sa faveur, le débiteur ne pourra plus imposer le remboursement à son créancier sans son concours ; c'était déjà le vœu du Groupe Catala que de limiter les conditions auxquelles le débiteur peut imposer la subrogation au profit d'un nouveau prêteur, appelé à « refinancer »

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-egyptiens*

l'opération (à un taux naturellement plus favorable). Le respect de la force obligatoire des conventions a paru devoir l'emporter sur ce qui a pu paraître, par le passé, comme une expropriation inique du créancier initial contre son gré et pour cause d'utilité privée.

\*

Toutefois et sous ces notables réserves, le projet se livre pour l'essentiel à une habile consolidation du droit positif :

- conséquence directe du principe de conservation des droits (*nemo plus juris*), l'opposabilité des exceptions serait opportunément énoncée : (art. 212 al. 2 et 3 : « *Le débiteur peut opposer au créancier subrogé toutes les exceptions inhérentes à la dette et se prévaloir à son encontre de la compensation des dettes connexes dans ses rapports avec le créancier primitif. Il peut également lui opposer l'extinction de la dette pour toute cause antérieure à la subrogation* ») ;
- l'opposabilité immédiate *erga omnes* de la subrogation dès le paiement le serait également (art. 212 al. 1<sup>er</sup> : « *La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement qui la produit ; elle n'est pas opposable au débiteur qui n'en a pas connaissance* ») ;
- enfin, seraient reconduits les principes suivant lesquels la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie (*nemo contra se subrogare censetur*) et qu'elle ne joue que dans la limite du paiement ; toutefois, la doctrine de l'Avant-projet ne paraît pas forgée pleinement sur le droit du subrogé aux intérêts (taux légal ou taux conventionnel) : espérons que sera consacré le transfert au subrogé du taux de l'intérêt conventionnel qui seul s'accommode avec la nature translatrice de créance du dispositif.

On émettra toutefois le vœu que la jurisprudence permettant de convenir d'une subrogation non concomitante du paiement et *antérieure* à celui-ci soit reprise (comp. *a fortiori* avec la novation par anticipation de l'art. 249).

#### B - Transfert d'une dette

11. - Défendue par le projet Terré, la cession de dette ferait son entrée dans le Code civil réformé. La cession de dette par un débiteur de sa dette devient possible suivant l'Avant-projet mais « *avec l'accord de son créancier* » (art. 241 : « *Un débiteur peut céder sa dette à une autre personne, avec l'accord de son créancier* »), ce qui enlève beaucoup d'intérêt à une institution vecteur des opérations de défaisance par exemple. Si cette consécration en demi-teinte relève de l'apparat, elle n'en est pas moins utile à la sécurité juridique du dispositif.

Ainsi, notamment du principe de l'opposabilité des exceptions par le cédant et le cessionnaire d'une dette au créancier cédé (art. 242) et de la survie des garanties (art. 243), lesquels découlent du caractère translatif de l'opération. Ou encore du principe supplétif (niveau 1) suivant lequel le « *cédant est simplement garant des dettes du cessionnaire* », sauf consentement exprès du créancier cédé à la libération du cédant (niveau 2) (art. 241 al. 2) : le législateur introduirait ici la possibilité de convenir de garanties à géométrie variable, pendantes simplifiées de celles identifiées au cas de cession de créance.

\*

#### C - Transfert d'un contrat

12. - On ne sera pas surpris que l'introduction d'une cession de dette (aspect passif) aux cotés de la cession de créance (aspect actif) ait créé un contexte propice à la reconnaissance d'une cession de la position contractuelle elle-même, activement et passivement. Aussi, la cession de contrat ferait-elle son entrée dans le Code civil. Malheureusement, les textes proposés en l'état se ressentent des divergences doctrinales entre tenants d'une cession de la qualité de contractant sans l'accord du contractant cédé (Laurent Aynès) et auteurs niant l'originalité de la cession de contrat pour n'y voir que la succession de deux contrats de même objet dont le second se substitue au premier avec l'accord du contractant cédé (Christophe Jamin et Marc Billiau).

Sans doute est-ce pourquoi la cession de contrat paraît retenue comme à regrets et au prix d'une formulation négative : « *Un contractant ne peut, sans l'accord de son cocontractant, céder à un tiers sa qualité de partie au contrat* » (art. 244). Une tournure plus positive de la formulation serait certes sans grande conséquence mais plus enthousiasmante. Avantageusement calquée sur celle ayant cours en matière de cession de dette, elle consisterait à affirmer qu'un contractant peut céder son contrat à une autre personne, avec l'accord de son créancier.

Pour le reste, la jurisprudence actuelle se trouverait consolidée et précisée, à la faveur notamment d'un élégant renvoi, en tant que de besoin aux règles de la cession de créance et de la cession de dette (art. 244 al. 5).

Et l'on ne s'étonnera pas de retrouver ici encore plusieurs niveaux de garantie : si supplétivement, le cédant reste

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens

garant des dettes du cessionnaire (niveau 1), il peut s'en trouver déchargé pour l'avenir (niveau 2 ; voire – au prix d'une stipulation expresse et novatoire – pour le passé, niveau 3 ?).

\*

#### II. LA REFORME DU DROIT DES OPERATIONS SUBSTITUTIVES : LA NOVATION

13. - Les opérations sur créances peuvent avoir une fonction substitutive et non plus translative. On reconnaîtra ici l'institution de la novation dont la finalité substitutive avait été mise en exergue dans le Projet Catala. Or, la novation recevrait une définition lui fait à ce jour défaut (art. 245 al. 1 : « *La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.* »). Cet effet substitutif innerve déjà l'article 1271 actuel, lequel dispose que « *La novation s'opère de trois manières :*

1° *Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;*

2° *Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;*

3° *Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.* ».

Le droit positif de la novation serait inchangé quant aux conditions cardinales de l'institution novatoire :

- la trilogie des trois types de novation caractéristique de l'exigence de *l'aliqum novi* ne serait aucunement affectée (on retrouve la trilogie novation par changement de débiteur, novation par changement de créancier, novation par changement d'objet) : (art. 245 al. 2 : « *Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier* » ;
- l'exigence d'une volonté de nover dépourvue d'équivoque ou *animus novandi* serait affirmée : « *La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. La preuve peut en être apportée par tout moyen* ».

Serait également consolidé le principe suivant lequel la novation signe, par principe, la mort des accessoires de la créance novée et donc des sûretés (art. 250 : « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires, y compris les sûretés qui la garantissent* ») : la fonction substitutive commande en principe une inopposabilité des exceptions tenant à la créance irrémédiablement éteinte qui ne sauraient entacher l'obligation nouvelle et immaculée. Mais le législateur regrouperait utilement les exceptions si indispensables à

cet effet extinctif de la novation comme s'il entendait faciliter la réserve des sûretés réelles avec le consentement des titulaires des droits grevés au cas de novation par changement de débiteur (actuel 1279) et même, dans les autres cas, le « *maintien des sûretés, tant réelles que personnelles, [qui] requiert le consentement de tous les intéressés* ».

Deux innovations remarquables retiendront au contraire toute l'attention.

La première, inspirée par l'article 1270, al. 1<sup>er</sup> du projet Catala, consacrerait une ingénieuse et attractive novation par anticipation (art. 249 : « *la novation par la substitution d'un nouveau créancier peut avoir lieu si le débiteur a, par avance, accepté que le nouveau créancier soit désigné par le premier* »). Par la souplesse ainsi introduite, le droit français permettrait aux professionnels d'utiliser la novation comme vecteur d'opérations de refinancement, en sollicitant une fois pour toutes le consentement de l'emprunteur au jour de l'octroi du crédit initial.

La seconde, autoriserait ce qu'il convient d'appeler une novation-confirmation d'une obligation viciée, c'est-à-dire celle ayant « *pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice* » (art. 246 *in fine*). Ce nouveau dispositif ne manquera pas de séduire par la sécurité juridique nouvelle qu'il confère aux parties de confirmer, en tant que de besoin, d'éventuelles irrégularités.

\*

#### III. LA REFORME DU DROIT DES OPERATIONS ADJONCTIVES : LA DELEGATION IMPARFAITE

14. - La troisième et dernière fonction emblématique des opérations sur créance (exclusion faite ici certes des opérations tendant à l'extinction des créances) consiste dans l'adjonction d'une obligation nouvelle aux côtés d'une obligation de base, créatrice d'une opération sur créance triangulaire : on reconnaîtra ici la délégation imparfaite. Or, conformément au vœu de Pierre Catala, « *la délégation, instrument bancaire de premier plan, se détache[rait] de la novation pour devenir un mécanisme autonome et fortement charpenté* » par les articles 252 et suivants de l'Avant-projet.

La délégation imparfaite vit en effet aujourd'hui à l'ombre de la novation et, en particulier, de la délégation novatoire ou novation par changement de débiteur dont on peine à la distinguer (art. 1275 actuel : « *La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* »). Cela est d'autant plus regrettable que la délégation imparfaite est d'un usage extraordinairement répandu et d'une plasticité inégale. On se félicitera donc qu'un nouvel article 252 propose de la définir suivant une veine classique mais de bon aloi comme « *l'opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le*

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

délégataire, qui l'accepte comme débiteur ». C'est là une opération triangulaire sur créance adjonctive, en ce sens qu'elle ajoute (et substitue au cas de novation...) un nouveau rapport obligationnel, d'intensité variable (que l'on songe aux délégations certaine et incertaine...) entre le délégué et le délégataire aux relations (de base et généralement préexistantes) unissant le délégant au délégataire : la délégation imparfaite « *donne au délégataire un second débiteur* », serait-il affirmé sans plus de détour.

La liberté contractuelle des protagonistes pourra s'exercer à plein<sup>3</sup>, et ce particulièrement en faveur de la détermination de l'objet de l'obligation du délégué.

Plus, pour plus de sécurité juridique, le régime des exceptions serait réglé en faveur de l'affirmation supplétive d'une double inopposabilité par le délégué des exceptions tenant à son rapport avec le délégant ainsi que de celles tenant au rapport entre le délégant et le délégataire (art. 252 al. 2 : « *Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* »). Libre donc aux parties de réintroduire tout ou partie des exceptions tenant à l'un ou à l'autre rapport, ce qui serait par exemple souvent fait en matière de délégation de locataire à titre de garantie.

Et l'on sera rassuré de lire que le délégué ne sera nullement exposé à payer deux fois : en effet, le paiement par l'un des deux débiteurs, délégant ou délégué, libèrera l'autre à due concurrence (art. 254 al. 2) tandis que le délégataire continuera de jouir de la situation somme toute avantageuse qui résulte d'après la jurisprudence de l'indisponibilité de la créance déléguée du chef du délégant (art. 255).

\*

15. - Conclusion : L'Avant-projet est porteur de grands espoirs. Le nouveau droit des opérations sur créances sera plus sûr, plus efficient tout en conservant l'équilibre caractéristique de sa nature continentale. Au prix de quelques améliorations qui ne manqueront pas d'être apportées lors de l'élaboration de l'ordonnance définitive, nul doute qu'il saura redonner au droit français du RGO ses lettres de noblesse. Et l'on osera former le vœu naïf que le législateur fasse sienne la distinction fonctionnelle proposée pour projeter ce nouveau droit des opérations sur créances dans une ère nouvelle.

---

<sup>3</sup> N'a pas été reprise toutefois la proposition d'article 1276 du Projet Catala invitant à ce que la délégation soit valable alors même que le délégant ne serait pas débiteur du délégataire ou que le délégué ne serait pas débiteur du délégant.

# *Le régime juridique des intérêts moratoires et compensatoires en droit égyptien*

*Ismail SELIM*

*Avocat au Barreau du Caire Docteur en droit privé  
Ancien Président de chambre au Tribunal de Mansoura  
Chargé d'enseignement à l'Institut de droit des affaires internationales  
(Filière de l'Université Paris I au Caire)*

Afin de bien comprendre le régime des intérêts en droit égyptien, il convient, tout d'abord, de dire un mot rapide sur les grandes lignes de la législation égyptienne en matière d'intérêts moratoires et intérêts compensatoires (I) pour aborder ensuite un arrêt récent de la Cour de cassation égyptienne en la matière (II).

## **I – Les principaux textes juridiques régissant les intérêts moratoires et intérêts compensatoires en droit égyptien**

1. En matière d'intérêts, tout législateur doit choisir une voie modérée qui, d'une part, condamne l'usure en fixant un taux maximal pour les intérêts moratoires et compensatoires, mais d'autre part, veille à maintenir un équilibre entre créanciers et débiteurs ainsi qu'à sauvegarder les intérêts économiques du pays. Il convient de vérifier si le législateur égyptien a bien choisi cette voie modérée et équilibrée. Les principales législations égyptiennes concernées par la fixation d'intérêts sont principalement le Code civil (1), le Nouveau Code du commerce (2) et le droit bancaire (3).

### *1) Le Code civil*

2. L'article 226 du Code civil égyptien impose au débiteur qui n'honore pas sa dette à échéance de verser à son créancier des intérêts *moratoires* à un taux *légal* de 4% en matière civile et de 5 % en matière commerciale à condition que le *quantum* de la créance soit connu au moment où la demande d'allocation d'intérêts est formée<sup>1</sup>. Ces intérêts courent à partir de la date où ils sont demandés en justice, à moins que la convention ou l'usage commercial ne fixe une autre date<sup>2</sup>. Tout ceci sauf

<sup>1</sup> J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage international*, Paris, Dalloz, 2001, p. 229, n° 499.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 1153 du Code civil français, les intérêts moratoires ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

disposition contraire prévue par la loi<sup>3</sup>. Il en découle que la date depuis laquelle les intérêts courent n'est donc pas fixée par une règle d'ordre public<sup>4</sup>.

3. D'autre part, l'article 227 (1) du Code civil égyptien permet aux parties à un contrat de prévoir à l'avance un taux d'intérêt autre que celui prévu par l'article 226, à condition de ne pas excéder 7 %. Ce taux *conventionnel* d'intérêts peut être stipulé soit en contrepartie du retard de paiement ou bien en tout autre cas où les intérêts sont dus<sup>5</sup>. Selon une jurisprudence constante, ce seuil maximal du taux *conventionnel* d'intérêts est d'ordre public<sup>6</sup>. Dans de nombreuses affaires il s'agissait de l'ordre public en droit transitoire<sup>7</sup> car l'ancien droit fixait ce seuil maximal à 8 %. Si les parties conviennent de fixer un taux d'intérêt supérieur à ce dernier, il doit être réduit à 7 % et tout paiement excédant ce taux maximal doit être restitué<sup>8</sup>. Cette réduction est applicable à tout intérêt *dissimulé* sous forme d'un avantage qui excède, en l'additionnant à l'intérêt conventionnel, le taux maximal susmentionné. Ceci à condition qu'il soit établi que l'avantage n'a pas de contrepartie réelle fournie par le créancier<sup>9</sup>. Par ailleurs, l'article 228 précise que les intérêts moratoires légaux ou conventionnels sont dus sans que le créancier ait à

<sup>3</sup> A. AL SANHOURY, " *Traité de droit civil El Wassit* " Tome II, Alexandrie, Monchaat Almaarèf, 2004, p.824, n° 502.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 838, n° 508.

<sup>5</sup> A titre d'exemple, les intérêts compensatoires.

<sup>6</sup> Cass. eg. civ. 9 mai 1940, n°49/ 9 ; Cass. eg. civ. 17 mai 1945, n° 91 et 96/ 14 ; Cass. eg. civ. 21 mai 1953, n° 190/20, cité par A. DESSOUKI, La jurisprudence de cassation en matière civile, 3e, Tome 2, p. 415, n° 1284, 1285 et 1289 ; Cass. eg. civ. 16 fév. 1956, n° 270/ 22, Bull. tech. Tome 7, p. 241.

<sup>7</sup> Cass. eg. civ. 21 mai 1953, précité; Cass. eg. civ. 16 fév. 1956, n° 270/ 22, précité ; Cass. eg. civ. 28 nov. 1957, n° 244/ 23, Bull. tech. Tome 8, p. 834; Cass. eg. civ. 25 déc. 1958, n° 207/ 24, Bull. tech. Tome 9, p. 839; Cass. eg. civ. 27 juin 1963, n° 115/28, Bull. tech. Tome 14, p. 936.

<sup>8</sup> A. EL SANHOURY, *op. cit.*, p. 824, n° 502.

<sup>9</sup> Art. 227 (2) du Code civil égyptien.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

prouver un préjudice subi à cause du retard de paiement<sup>10</sup>. Il s'agit donc d'un préjudice présumé dès lors qu'un simple retard de paiement est établi<sup>11</sup>.

4. Le code civil égyptien connaît également les intérêts *compensatoires*<sup>12</sup> qui incombent au débiteur en contrepartie de sa jouissance d'une somme d'argent. Le domaine habituel des intérêts *compensatoires* est le contrat de prêt. De même, un acheteur et un vendeur peuvent convenir d'ajourner la date de paiement du prix de vente en contrepartie du versement d'intérêts sur ce prix<sup>13</sup>. Il s'agit ici, d'intérêts toujours *conventionnels* à un taux qui ne peut excéder 7 %<sup>14</sup>. Tout taux d'intérêt supérieur à 7 % stipulé dans un contrat de prêt doit donc être réduit à ce seuil « *et ceci pour des considérations d'ordre public qui exigent que la partie faible dans le contrat soit protégée de la lésion* »<sup>15</sup>. De ce qui précède, on constate, qu'en règle générale, le taux de l'usure en droit civil égyptien est donc de 7 %. A ce titre, l'article 339 du code pénal égyptien incrimine toute personne qui aurait l'habitude de prêter à un taux usuraire, à savoir à un taux supérieur à 7 %<sup>16</sup>. L'auteur du crime n'est puni qu'en cas de récidive. Le cas échéant, les intérêts dus sont réduits à 7 %. Selon Abdelrazak Alsanhoury, la fixation par la loi de taux légaux et conventionnel en la matière trouve sa justification dans « *une haine traditionnelle de l'usure, non seulement en Egypte ou dans les pays musulmans uniquement, mais dans la majorité des législations du monde. L'usure est détestée dans tous les pays et dans toutes les ères* »<sup>17</sup>.

Toutefois, le législateur égyptien a été conscient de la nécessité de prévoir des exceptions aux règles susmentionnées prévues par les codes civil et pénal. Une partie de ces dérogations ont été prévue en faveur des débiteurs. D'autres reflètent un besoin de flexibilité supplémentaire vis-à-vis des créanciers. Lorsqu'une des exceptions protectrices des débiteurs est présente, le juge peut réduire le taux d'intérêt légal ou conventionnel dû conformément aux règles précédentes<sup>18</sup>. Parmi ces cas, citons celui où un créancier de mauvaise foi allonge intentionnellement la durée du litige devant la justice<sup>19</sup>, un tel prolongement pouvant avoir lieu par le biais de manœuvres dilatoires. Un autre cas est celui des intérêts composés ou encore si la somme des intérêts simples excède le montant principal. Toutefois, ces deux dernières prohibitions exceptionnelles ne peuvent porter

atteinte aux règles et usages du commerce (article 232). C'est là que commencent les dérogations prévues en faveur des créanciers<sup>20</sup>. A titre d'exemple, en cas de compte courant, les intérêts composés sont autorisés. De même, en cas d'ouverture d'un tel compte, il est possible que le total des intérêts dus au moment de la fermeture du compte courant excède le principal ; ceci conformément aux règles et usages du commerce en la matière<sup>21</sup>. Un autre exemple nous a été fourni par la jurisprudence. Il s'agit d'un jugement du Tribunal de Grande Instance d'Egypte rendu le 25 avril 1955. Ce tribunal avait soutenu que les usages commerciaux en matière de prêts à long terme autorisent que le total des intérêts dus excède le principal. Dans ses motifs, il a indiqué que les usages commerciaux ont la force du droit légiféré, que le législateur était conscient que le crédit à long terme rendait des services bénéfiques à l'économie nationale et que l'intention du législateur [en prévoyant des seuils maximaux d'intérêts] était de protéger les plus faibles contre les manipulations de ceux qui pratiquent l'usure<sup>22</sup>. Une autre dérogation est prévue par l'article 231 du code civil. Ainsi, cet article autorise le créancier à demander une indemnisation complémentaire qui s'ajoute aux intérêts s'il prouve que le préjudice excédant les intérêts est imputable au débiteur et que ce dernier est de mauvaise foi<sup>23</sup>. Par ailleurs, l'article 233 accorde au compte courant une certaine flexibilité quant aux taux d'intérêt légal en matière commerciale. Comme nous l'avons indiqué, ce taux est de 5 %. Cependant, dès lors qu'il s'agit d'un compte courant ce taux varie dans le temps et dans l'espace en fonction des usages du commerce.

5. Certains juges du fond avaient refusé d'accorder des intérêts moratoires sous prétexte que l'article 2 de la Constitution égyptienne prévoit que la Charia islamique est la source principale du droit et qu'elle a prohibé l'usure ou le *riba*<sup>24</sup> en application du Verset coranique décrétant que : « *Dieu a permis la vente et a interdit l'usure* »<sup>25</sup>. Cette usurpation de la compétence de la Cour constitutionnelle suprême a été condamnée par la Cour de cassation égyptienne qui a affirmé qu'il est interdit aux autres juridictions de s'abstenir d'appliquer un texte juridique qui n'a pas été déclaré inconstitutionnel par ladite Cour<sup>26</sup>. La censure de

<sup>10</sup> A. ALSANHOURY, *Alwassit Traité du droit civil, Tome 2*, Alexandrie, Monchaat Almaarèf, 2004, p. 824, n° 502

<sup>11</sup> Cass. eg. civ. 11 juin 1964, n°475/ 29 *Bull. tech.* Tome 15, p. 828; cf. J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, op. cit.*, p. 229, n° 499.

<sup>12</sup> Sur toute la question, voir A. AL-SANHOURY " *Traité de droit civil El Wassit* " Tome II, *op. cit.*, p. 840, n° 509 et s.

<sup>13</sup> Art. 542 du Code civil égyptien.

<sup>14</sup> Art. 227 (1) du Code civil égyptien.

<sup>15</sup> Cass. eg. civ. 4 avril 1988, n°2244/ 52, cité par A. DESSOUKI, *La jurisprudence de cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup>, Tome 2, p. 428, n° 1325.

<sup>16</sup> M. S. AL-ASHMAWI, *L'usure et les intérêts dans l'Islam*, 2<sup>e</sup> éd., Le Caire, Madbouli Al Saghir, 1996, p. 75.

<sup>17</sup> A. ALSANHOURY, *Alwassit Traité du droit civil, Tome 2*, Alexandrie, Monchaat Almaarèf, 2004, p. 823, n°501.

<sup>18</sup> Sur toute la question, voir Abdelrazak EL SANHOURY, *Alwassit Traité du droit civil, Tome 2, op. cit.*, p. 852 n° 516 et s.

<sup>19</sup> Art. 229 du Code civil égyptien.

<sup>20</sup> Sur toute la question, voir A. EL SANHOURY, *Alwassit Traité du droit civil, Tome 2, op. cit.*, p. 865, n°521 et s.

<sup>21</sup> Art. 233 du Code civil égyptien.

<sup>22</sup> TGI d'Egypte 25 avril 1955, affaire n°5818 de l'année 1953, cité in A. EL SANHOURY, *Al-Wassit Traité du droit civil, Tome 2, op. cit.*, p. 859 et s. note n°2.

<sup>23</sup> A. EL SANHOURY, *Al-Wassit Traité du droit civil, Tome 2, op. cit.*, p. 866, n°522.

<sup>24</sup> TGI Ismaïlia ch. com. 25 fév. 1986, cité par M. S. AL-ASHMAWI, *L'usure et les intérêts dans l'Islam, op. cit.*, p. 100 ; dans la tradition arabe, l'usure est connue sous le terme « *riba* » . Linguistiquement, le terme *Riba* signifie "surplus", M. S. TANTAWI, *Les transactions dans l'Islam*, édition Dar Almaarèf, p. 23 ; sur le « *riba* » ou l'usure v. aussi N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, op. cit.*, p. 337, n° 699.

<sup>25</sup> Verset n°275, Sourate II "La vache", cité in M. S. AL-ASHMAWI, *L'islamisme contre l'Islam*, Paris, La Découverte, 1989, p.128.

<sup>26</sup> Cass. eg. civ. 27 nov. 1989, n° 1983/ 53, cité par DESSOUKI, *La jurisprudence de cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup>, Tome 2, p. 445, n° 1367.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens

cette approche arbitraire a également émané de la Cour d'appel d'Ismaïlia dans son arrêt célèbre du 5 janvier 1987<sup>27</sup>. Les arguments avancés furent les mêmes que ceux de la Cour de cassation. De surcroît, ce dernier arrêt a acquis sa célébrité pour avoir inclus dans sa motivation des arguments issus d'une recherche approfondie dans le *fiqh* ou la doctrine islamique. Ainsi, cet arrêt a conclu qu'il n'est pas établi que les intérêts moratoires sont équivalents à l'usure prohibée par le Coran et la tradition du prophète. Néanmoins, un justiciable, condamné à verser des intérêts moratoires en vertu de l'article 226 du Code civil égyptien, a exercé un recours devant la Cour constitutionnelle suprême en prétendant que les intérêts moratoires étaient contraires à l'article 2 de la Constitution égyptienne qui fait des principes de la Charia islamique la source principale de la législation. La Cour constitutionnelle a rejeté ce pourvoi en soutenant que l'amendement de 1980 n'a pas d'effet rétroactif et qu'il ne s'applique donc pas au Code civil promulgué en 1948 en conformité avec les anciennes dispositions constitutionnelles en vigueur à cette époque<sup>28</sup>.

#### 2) Le Nouveau Code de commerce

6. Le NCC égyptien, promulgué par la loi n°17 de l'année 1999, s'est voulu plus libéral que le Code civil quant à l'allocation d'intérêts en matière commerciale. Son article 50 (1) énonce : « *Sont réputés commerciaux, les prêts conclus par le commerçant pour des affaires relatives à ses actes de commerce* ». L'article 50 (2) ajoute : « *Si le métier du commerçant exige le paiement de montants ou frais pour le compte de ses clients, il peut leur réclamer un revenant<sup>29</sup> qui est dû à partir du jour de leur déboursement, à moins qu'il ne soit convenu autrement* » (le soulignement a été ajouté). Enfin, l'article 50/3 du NCC précise que : « *Le revenant est calculé selon le taux pratiqué par la Banque Centrale, à moins qu'une contrepartie inférieure ne soit convenue* ». L'article 50 (3) du NCC est nouveau et ne figurait pas dans l'ancien Code de commerce.

L'article 50 (3) fixe le mode de calcul du taux d'intérêt ou de *revenant* sur les montants et les frais susvisés dans l'alinéa précédent, son taux étant celui pratiqué par la Banque Centrale, à moins qu'une contrepartie inférieure ne soit convenue<sup>30</sup>. Les taux de « *revenant* » ou d'intérêt pratiqué par la Banque Centrale égyptienne excèdent souvent le seuil maximal fixé à 7 % par l'article 227 du Code civil<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> CA Ismaïlia, 5 janv. 1987, *Banque d'Alexandrie c/ Al-Sayed Abdelrahman Al-Sayed*, reproduit in M. S. AL-ASHMAWI, *L'usure et les intérêts dans l'Islam*, op. cit., p. 99.

<sup>28</sup> N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, op. cit., p. 336, n° 697.

<sup>29</sup> Le terme « *revenant* » ou « *aaed* » (en arabe) n'est qu'un synonyme du terme « *intérêt* ». Cependant, le législateur égyptien a vraisemblablement voulu éviter l'utilisation de ce dernier afin d'éviter la polémique concernant la contrariété des intérêts moratoires et bancaires avec les principes de la Charia islamique dont le respect est consacré par l'article 2 de la Constitution égyptienne.

<sup>30</sup> M. ALAM EL DINE, *Traité du nouveau code de commerce*, Le Caire, Al Maktabat Al Koubra, 1999, p.186.

<sup>31</sup> Sur ces taux, v. *infra*, n° 631

7. Les taux d'intérêt auxquels se réfère l'article 50 (3) NCC sont annoncés à la presse par la Banque centrale égyptienne. Ils sont fixés par le comité des politiques monétaires auprès de la banque centrale égyptienne<sup>32</sup>. En fixant ces taux, ce comité prend en compte plusieurs facteurs économiques, y compris le taux de l'inflation de la monnaie égyptienne<sup>33</sup>, les taux d'intérêt sur le dollar américain qui sont fixés par la Réserve fédérale américaine<sup>34</sup>, le niveau de l'épargne et des investissements<sup>35</sup>.

Un avis doctrinal égyptien a critiqué l'article 50 (3) du NCC en ce qu'il lie les commerçants aux taux de *revenant* pratiqué par la Banque Centrale égyptienne. En effet, le taux pratiqué par la Banque Centrale régit uniquement les rapports entre la Banque Centrale et les autres banques exerçant leur activité en Egypte. En revanche, il ne s'impose pas aux banques quant à leurs rapports entre elles. L'article 29 de la loi sur les banques et le crédit modifiée par la loi n° 97 de l'année 1996 laisse aux banques une liberté totale en ce qui concerne la fixation des taux de *revenant* sans être lié par une loi ou un règlement ou des décisions de la Banque Centrale ou tout autre personne morale publique<sup>36</sup>. Si les banques ne sont pas liées dans leurs transactions entre elles par le taux fixé par la Banque Centrale, il convient *a fortiori* que les commerçants ne le soient pas eux aussi. Pareillement, la Chambre de commerce du Caire fut sceptique à l'égard de l'article 50 (3) : « *La Banque Centrale n'opère pas avec les particuliers ou les compagnies. Mais elle opère essentiellement avec les banques et sur la base du taux de crédit et d'escompte. Il est donc incorrect de se baser sur ce taux pour fixer celui du "revenant" que le commerçant perçoit de ses clients à l'occasion des montants et frais qu'il leur aurait déboursés. Ce taux devrait être calculé sur la base de la moyenne des taux perçus par les banques à l'occasion des crédits qu'elles octroient à ses clients* »<sup>37</sup>. L'avis de la Chambre de commerce du Caire suppose que la fonction des intérêts moratoires soit la réparation du *damnum emergens* et notamment, « *la perte éprouvée par*

<sup>32</sup> Le 6 juin 2005, ce taux fut fixé à 9,5% pour le dépôt et à 12,5% pour le prêt, *Quotidien Al-Shark Al-Awsat*, 7 juin 2005, [www.asharqalawsat.com](http://www.asharqalawsat.com) ; le 2 octobre 2005, il a été annoncé que le taux d'intérêt pour le dépôt a été baissé à 9% et que le taux d'intérêt pour le prêt a été également baissé à 11,5 %, [www.arabic.cnn.com](http://www.arabic.cnn.com) ; le 24 mars 2007, il fut maintenu à 8,75% pour le dépôt et à 10,75% pour le prêt. Les intérêts pratiqués par la Banque centrale étaient fixés à ce taux depuis septembre 2006, [www.aljazeera.net/news/archive](http://www.aljazeera.net/news/archive) ; de même, il a été décidé le 20 septembre 2007 de maintenir les taux d'intérêt susvisés, *Quotidien Al-Ahram* du 22 septembre 2007, [www.ahram.org.eg](http://www.ahram.org.eg) ; le 24 mars 2008, le taux d'intérêt pour le dépôt est monté à 9,5% et celui pour le prêt a atteint 11,5%, *Quotidien Al-Ahram*, 25 mars 2008, [www.ahram.org.eg](http://www.ahram.org.eg) ; le 1<sup>er</sup> septembre 2014, la banque centrale égyptienne a fixé le taux d'intérêt pour le dépôt est monté à 9,25% et celui pour le prêt a atteint 10,25%, *Quotidien Al-Youm Al Sabei*, <http://www.youm7.com>

<sup>33</sup> *Quotidien Al-Ahram*, 25 mars 2008, [www.ahram.org.eg](http://www.ahram.org.eg).

<sup>34</sup> *Quotidien Al-Shark Al-Awsat*, 7 juin 2005, [www.asharqalawsat.com](http://www.asharqalawsat.com).

<sup>35</sup> CNN, <http://arabic.cnn.com/2005/business/9/2/egypt.economy/index.html>.

<sup>36</sup> M. ALAMELDINE, *Traité du nouveau code de commerce*, Le Caire, Al-Maktabat Al-Kobra, p. 187.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 188.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens

le créancier qui a été obligé d'emprunter sur le marché pour remplacer l'argent qu'il n'a pas reçu à l'échéance »<sup>38</sup>. Cette approche est celle d'une partie de la doctrine contemporaine, qui propose d'appliquer dans l'arbitrage commercial international un taux d'intérêt uniforme sur la base du LIBOR<sup>39</sup>. De surcroît, peu nombreuses sont les sentences arbitrales qui ont estimé que les intérêts moratoires ont pour fonction de compenser le *damnum emergens*<sup>40</sup>. Mais en vérité, les intérêts moratoires ont pour fonction, dans l'arbitrage commercial international, de réparer le gain manqué ou le *lucrum cessans*, qui est l'intérêt généré par le capital dont le créancier a été privé s'il avait été déposé sur un compte bancaire<sup>41</sup>. Plusieurs sentences arbitrales se sont prononcées en ce sens tacitement<sup>42</sup> ou explicitement<sup>43</sup>. Dans les différends irano-américains, le *lucrum cessans* fut estimé équivalent au « montant que le demandeur aurait été en position de percevoir s'il avait été payé à temps et si, en conséquence, il avait eu les fonds disponibles pour les investir sous forme d'un investissement commercial usuel dans son pays »<sup>44</sup>. Pour justifier le taux indemnisant ce *lucrum cessans*, les arbitres ont avancé deux arguments approuvés par la doctrine. Premièrement, le revenu des investissements est

généralement homogène pour chaque investisseur alors que le coût du crédit varie d'un investisseur à l'autre. Deuxièmement, les créanciers payés après l'échéance ne recourent pas tous à l'emprunt alors qu'ils subissent toujours dans ce cas un *lucrum cessans*<sup>45</sup>. Des arbitres siégeant en Egypte ont également partagé ce point de vue. Dans la sentence CRCACI n°175 rendue le 28 décembre 2004<sup>46</sup>, le tribunal arbitral a soutenu que la fonction des intérêts moratoires était de réparer le gain manqué ou le *lucrum cessans*. Il s'est prononcé selon les termes suivants: « Interest is the profit which can be made from the use of money and consequently it is the further sum of money recoverable when a payment of money has been delayed or unjustifiably withheld »<sup>47</sup>. La difficulté de déterminer avec précision le *lucrum cessans* ne doit pas dissuader les arbitres d'examiner de façon approfondie les demandes d'intérêts<sup>48</sup>. Cette difficulté peut être réduite par l'ouverture d'un débat contradictoire sur la question.

A la lumière de ce qui précède, force est de constater que l'article 50 (3) du NCC égyptien représente l'inconvénient de rester muet quant au taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale. S'agit-il du taux d'intérêt pour le prêt ou plutôt du taux d'intérêt pour le dépôt ? La question mérite d'être tranchée par le législateur dans la mesure où ces deux taux sont en général séparés d'une différence de 1 à 2 %<sup>49</sup>. Le fait que la fonction des intérêts moratoires soit la réparation du *lucrum cessans*, non le *damnum emergens*, milite en faveur de cette dernière solution. De même, il convient que le taux d'intérêt visé par l'article 50 (3) soit publié au journal officiel afin de faciliter la tâche des juges et des avocats.

8. Enfin, l'article 64 du NCC a prévu que les intérêts dus pour retard de paiement de dettes commerciales courent à partir de la date d'échéance de la dette à moins que la convention ou l'usage commercial ne fixe une autre date. Cette disposition est plus libérale et plus équitable que celle de l'article 226 du Code civil qui prescrit une règle supplétive qui retarde la date à laquelle les intérêts moratoires commencent à courir au jour où la dette principale est demandée en justice.

#### 3) Le droit bancaire

9. Une autre dérogation, cette fois-ci majeure, fut autorisée au secteur bancaire. Nous pensons qu'elle est le résultat de la politique d'ouverture économique adoptée en Egypte depuis les années soixante dix. Il s'agit de l'article 7 (d) de la loi n° 120 de l'année 1975 qui autorise la Banque Centrale à rendre des décisions prévoyant l'augmentation des taux d'intérêt que les banques peuvent

<sup>38</sup> En ce sens P.A. KARRER, « Transnational Law of Interest in International Arbitration », Pub. C.C.I. n° 480/4, 1993, p. 226, cité par J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 232, n° 508.

<sup>39</sup> D.J. BRANSON et R.E. WALLACE Jr. « Awarding Interest in International Commercial Arbitration : Establishing a Uniform Approach », 28 *Virginia Journal of International Law*, 1988, p. 922, cité par J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 232, note n° 950 ; le taux LIBOR « pour une devise considérée et pour une échéance donnée, est un taux moyen auquel un échantillon de grandes banques à Londres prête en blanc (c'est-à-dire sans que le prêt soit gagé par des titres) à d'autres grandes banques. Les devises pour lesquelles il existe un LIBOR sont le dollar américain, la livre sterling, le yen, le franc suisse, le dollar canadien, le dollar australien, la couronne danoise, le dollar néo-zélandais et enfin l'euro, bien que le LIBOR soit fort peu utilisé pour cette devise, dont l'indice de référence est l'EURIBOR », sur cette définition du taux LIBOR v. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Libor>.

<sup>40</sup> J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 234, n°512 ; en ce sens sentences n° 4316 et 4366 rendues sous les auspices du Centre international de la Chambre économique fédérale d'Autriche le 15 juin 1994, *JDI*, 1995, p. 1055, obs. I. Seidl-Hohenveldern.

<sup>41</sup> J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 231, n° 505 et s ; Y. DERAIS, « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp.101, 107 et 120, n° 1, 12 et 34 ; N. COMAIR-OBEID, « Recovery of damages for breach of an obligation of payment », in Y. DERAIS et R. KREINDLER, *Evaluation of Damages in International Arbitration*, Paris, CCI, 2006, p.157.

<sup>42</sup> Sentence CCI n° 5277 (1987), *YBCA XIII.1998*, p. 90 ; sentence CCI n° 5721 (1990), *Bull.CCI*, 1992, vol. 3, p. 17.

<sup>43</sup> Sentence CCI n° 2375 (1975), *JDI*, 1976, p. 973, obs. Y. Derains ; sentence CCI n° 6527 (1991), *YBCA XVIII.1993*, p. 44 ; Sentence CCI n° 6653 (1993), *JDI*, 1993, p. 1040, obs. J.-J. Arnaldez.

<sup>44</sup> *Sylvania Technical Systems, Inc. c/The Government of the Islamic Republic of Iran*, 27 juin 1985, *Yearbook XI*, 1986, p. 290.

<sup>45</sup> J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 236, n° 515.

<sup>46</sup> Sent. CRCACI n°175/2000, 28 déc. 2004, inédite.

<sup>47</sup> « L'intérêt est le gain qui aurait pu être réalisé par l'utilisation de l'argent et par conséquent c'est l'éventuelle somme d'argent due quand un paiement d'argent a été retardé ou dévolu d'une manière injustifiée ».

<sup>48</sup> *Contra*, v. opinion dissidente du trib. arb. irano-américain de la Haye, cité par Y. DERAIS, « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », op. cit. p.102, n°1.

<sup>49</sup> *Infra*. n° 208

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

fixer à l'occasion de leurs opérations même au delà du seuil maximal de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil<sup>50</sup>. Il s'agit ici d'intérêts *compensatoires* non d'intérêt *moratoires*. La Cour de cassation égyptienne a décidé que les décisions de la Banque centrale augmentant les taux d'intérêt ne sont pas d'ordre public en droit transitoire. Par conséquent, elles ne s'appliquent pas aux contrats de prêts bancaires conclus antérieurement à ces décisions à un taux d'intérêt inférieur. Le créancier dans ces contrats antérieurs ne peut unilatéralement augmenter le taux d'intérêt convenu. En revanche, c'est le seuil maximum du taux d'intérêt fixé par ces décisions de la banque centrale qui est d'ordre public. Il en découle que les contrats de prêt bancaires, qu'ils soient conclus antérieurement ou postérieurement à ces décisions, ne peuvent prévoir des taux d'intérêt plus élevés<sup>51</sup>.

10. Le libéralisme en matière d'intérêts bancaires s'est accentué avec la nouvelle loi bancaire n° 88 de l'année 2003. L'article 40 (1) de ladite loi accorde aux banques une liberté quant à la fixation des taux d'intérêt sur les opérations bancaires qu'elles effectuent, en fonction de la nature de chaque opération, sans qu'elles ne soient liées par les taux maximaux et les dispositions prévues par d'autres lois<sup>52</sup>.

11. Après avoir décrit les principaux aspects de la législation égyptienne vis-à-vis des taux d'intérêt moratoires et compensatoires, il convient de dire un mot sur un arrêt récent de la Cour de cassation égyptienne qui intéresse les praticiens de l'arbitrage.

#### **II- L'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 2011**

12. Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 2011, il existait une incertitude quant au champ d'application respectif des articles 226 et 227 du Code civil d'une part et l'article 50 (3) du NCC.

Evidemment, si en matière commerciale les parties peuvent déroger au taux de 7% dans la limite du taux fixé par la Banque Centrale égyptienne en vertu de l'article 50(3) NCC, la rédaction de cet article laisse entendre que

cette dérogation n'est valable que dans les deux cas prévus par l'article 50 (1) et (2)<sup>53</sup>.

Néanmoins, certains auteurs ont soutenu que les dispositions des articles 226 et 227 du Code civil égyptien fixant le taux d'intérêt légal à 5 % et le taux conventionnel à 7 % ne doivent plus être appliquées en matière commerciale<sup>54</sup>. De même, certains arbitres en quête d'une solution libérale, ont confondu entre le champ d'application de l'article 227 du Code civil<sup>55</sup> et celui de l'article 50 (3) du Nouveau Code de Commerce.

13. En vérité, le champ d'application de ces deux articles se délimite à travers la maxime *Specialia generalibus derogant* ainsi que la distinction entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires.

14. Ainsi, dans une affaire qui opposa le propriétaire de l'hôtel Zoser à son gestionnaire espagnol, un Tribunal arbitral, par sentence du 26 juillet 2004<sup>56</sup>, a condamné le propriétaire à verser des intérêts moratoires au taux pratiqué par la Banque centrale égyptienne pour le dollar américain sans en préciser le *quantum*. Le propriétaire de l'hôtel a exercé un recours en annulation invoquant, *inter alia*, la contrariété de la sentence à l'ordre public en ce qu'elle a violé le taux légal de 5 % prévu par l'article 226 du Code civil pour les matières commerciales. Dans son arrêt du 30 mai 2005<sup>57</sup>, la Cour d'appel du Caire a rejeté ce grief. Sa motivation fut abondante. Elle souligna, justement, que toute règle impérative ne relève pas forcément de l'ordre public. Elle ajouta que « *si l'on désigne par l'ordre public, de manière générale, les intérêts fondamentaux de la société qui touchent aux bases économiques, sociales et politiques sur lesquelles elle repose, il est difficile de définir l'ordre public de manière exhaustive, car son contenu est relatif, flexible et évolutif* ». La Cour d'appel a admis, à juste titre, que l'ordre public au sens de l'article 28 du Code civil en tant qu'exception à l'application d'une loi étrangère se distingue de l'ordre public au sens d'autres textes juridiques comme l'ordre public en droit interne civil et procédural, l'ordre public en tant qu'exception à la reconnaissance et l'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public d'annulation ou de refus d'exequatur des sentences arbitrales. Ensuite, la Cour a soutenu que :

<sup>53</sup> Il est intéressant de noter une jurisprudence arbitrale dans l'affaire CRCACI n°455/2005 où le tribunal arbitral a décidé ce qui suit : « *In conformity with Egyptian Law as applicable since the coming into force of Article 50 of Egypt's new Commercial Code on 1 October 1999, the interest accruing on amounts due in foreign currencies, such US Dollars, are calculated according to the rate adopted by the Central Bank of Egypt, which is the London Inter Bank Offered Rate ("LIBOR")* ». V. *Revue Arabe de l'Arbitrage*, vol.16, p. 15.

<sup>54</sup> R. El Sayed ABDELHAMID et Kh. Hamdi ABDELRAHMAN, « le taux d'intérêt dans les transactions commerciales entre le droit civil et le droit commercial », in *Des questions dans l'arbitrage*, Le Caire, Dar AL-Nahda Alarabia, 2005, p. 152.

<sup>55</sup> Cet article 227 plafonne les intérêts moratoires en matière civiles et commerciales à 7 %.

<sup>56</sup> Sent. CRCACI, 26 juill. 2004, n°345/2003, *Sté Partner & N c/ Farouk Nakhla*, inédite.

<sup>57</sup> CA Le Caire, 30 mai 2005, n° 108 et 111/121, *Farouk Nakhla c/ Sté Partner & N*, inédit.

<sup>50</sup> A. EL SANHOURY, *Al-Wassit Traité du droit civil*, Tome 2, *op. cit.*, p. 850, note n° 1.

<sup>51</sup> Cass. eg. civ. 27 juin 1983, n°1607/ 48, *Bull. tech.* Tome 34, p. 1480; Cass. eg. civ. 6 mai 1988, n° 1401/ 54, cité par A. DESSOUKI, *La jurisprudence de cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup>, Tome 2, p. 428, n° 1325.

<sup>52</sup> L'article 40(1) de la loi n°88 de l'année 2003 énonce : « Chaque banque a le pouvoir de fixer les taux de revenant [intérêts] sur les opérations bancaires qu'il effectue en fonction de la nature de ces opérations ; elle peut également fixer les prix des services bancaire qu'elle effectue ; et ceci sans être liée par les limites et les dispositions prévues par tout autre droit ».

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

« s'agissant des intérêts conventionnels, le législateur leur a fixé un seuil maximal dans l'article 227 du Code civil, et la jurisprudence constante a considéré que ce seuil est d'ordre public et annule tout excès au-delà ; mais depuis la moitié des années 70 du siècle dernier, l'opinion quant à l'appartenance du taux d'intérêt en matière commerciales à l'ordre public a évolué jusqu'à nos jours ». La Cour a rappelé que les lois bancaires n° 120 de l'année 1975 et n° 88 de l'année 2003 ont permis aux banques de déroger aux dispositions de l'article 227 du Code civil. Elle a ajouté que la libéralisation des taux d'intérêt en matière de crédits bancaires s'est étendue aux prêts conclus par les commerçants en ce qui concerne leurs transactions commerciales (art. 50 al. (3) du NCC). La Cour a conclu que : « le regard du législateur vis-à-vis du seuil maximal des taux d'intérêt en matière commerciale a changé. Le taux d'intérêt en matière commerciale ne relève plus de l'ordre public et il est soumis à l'autonomie de la volonté en ce qui concerne les prêts bancaires et au taux pratiqué par la Banque Centrale en ce qui concerne les prêts conclus par les commerçants en relation avec leurs transactions commerciales. Si le taux d'intérêt maximal prévu par l'article 227 du Code civil n'est plus impératif en ce qui concerne les prêts bancaires et ceux conclus par les commerçants en relation avec leurs transactions commerciales, il n'y a donc pas lieu de dire que le taux susvisé relève de l'ordre public en ce qui concerne les prêts susmentionnés. S'agissant du taux d'intérêt moratoire prévu par l'article 226 du Code civil, il n'est plus d'ordre public en matière commerciale ; c'est qu'il n'est pas logique qu'un débiteur tarde à s'acquitter de sa dette commerciale mais ne soit obligé qu'à 5 % d'intérêts alors qu'il peut déposer la valeur de la dette dans une banque et encaisser des intérêts atteignant 10 % ou plus...cela risque d'encourager le débiteur de mauvaise foi à ne pas s'acquitter de ses dettes commerciales et porte gravement préjudice à l'activité commerciale dans la société entière. Par conséquent, le fait que la sentence arbitrale alloue des intérêts moratoires au taux pratiqué par la Banque centrale ne contrevient pas à l'ordre public en République arabe d'Egypte ».

15. La solution de cet arrêt quoique favorable à l'efficacité des sentences arbitrales, semble confondre entre le champ d'application de l'article 226 du Code civil<sup>58</sup> et celui de l'article 50 (3) du Nouveau Code de Commerce. Evidemment, le taux prévu par l'article 50 (3) du NCC ne s'applique qu'à deux cas limitativement prévus par la loi, à savoir « les prêts détenus par le commerçant ayant traité ses affaires commerciales » ainsi qu'au cas où « le métier du commerçant requiert le paiement de montants ou dépenses pour le compte de ses clients ».

Hormis ces deux cas, on ne peut déroger aux taux maximal d'intérêts moratoires de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil qu'en cas de transactions bancaires en vertu de l'article 40 de la loi 88/2003 sur la banque centrale et le secteur bancaire.

16. Le propriétaire de l'hôtel Zoser s'est pourvu en cassation soutenant, *inter alia*, que la sentence l'ayant condamné à verser des intérêts moratoires au taux

d'intérêt pratiqués par la Banque Centrale égyptienne en vertu de l'article 50 (3) NCC, elle aurait violé la règle d'ordre public qui soumet les intérêts moratoires aux taux prévus par le Code civil. Par arrêt du 22 mars 2011<sup>59</sup>, la Cour de cassation a justement précisé que la violation d'une règle impérative n'est pas une cause d'annulation de la sentence sous le grief de l'ordre public en vertu de l'article 53 (2) de la loi sur l'arbitrage. De même, la Haute Cour a confirmé que la Cour d'appel du Caire avait confondu entre le champ d'application de l'article 50 (3) du NCC et celui des articles 226 et 227 du Code civil. A cet égard, la Cour régulatrice a précisé que le droit égyptien connaît deux types d'intérêts, à savoir les intérêts *compensatoires* préalablement consentis et qui incombent au débiteur en contrepartie de sa jouissance d'une somme d'argent jusqu'à la date de l'échéance, et les intérêts *moratoires* qui s'imposent au débiteur qui n'honore pas sa dette à échéance. La Cour de cassation soutint que les intérêts prévus par l'article 50 (3) NCC étaient uniquement des intérêts *compensatoires* s'appliquant aux sommes prêtées au débiteur et qu'il devait restituer à échéance et précisa que lesdits intérêts *compensatoires* ne s'appliquaient pas en cas de retard de paiement au-delà de l'échéance, les intérêts étant ici des intérêts *moratoires* qui ne pouvaient excéder le taux maximal de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil, ce taux étant d'ordre public en Egypte. Dans son dernier attendu, l'arrêt a voulu élargir l'étendu du contrôle judiciaire du respect par les arbitres des règles d'ordre public relatives aux intérêts moratoires :

« Attendu que... la sentence arbitrale a condamné le recourant à des intérêts moratoires au taux pratiqué par la Banque Centrale, que le taux maximal des intérêts moratoires en matière commerciale, selon la jurisprudence de cette Cour, est d'ordre public en Egypte, que la loi sur l'arbitrage n° 27 de l'année 1994 a conféré à la juridiction qui statue sur le recours en annulation le pouvoir d'annuler la sentence d'office si la sentence contient une violation de l'ordre public, l'arrêt attaqué ayant refusé d'annuler la sentence arbitrale au motif que le taux d'intérêt en matière commerciale n'est plus d'ordre public et jugé que le recours contre la sentence pour ce motif sort du domaine de l'action en annulation et s'est abstenu de vérifier si les intérêts alloués par la sentence étaient conformes au taux maximal prévu par l'article 226 du Code civil, l'arrêt attaqué est donc vicié et mérite d'être cassé ».

17. Cet arrêt a le mérite de la clarté puisqu'il trace les frontières d'une part entre intérêts *compensatoires* et intérêts *moratoires* et d'autre part entre le champ d'application des articles 226 et 227 du Code civil égyptien et celui de l'article 50 (3) du NCC. De même, l'arrêt affirme implicitement que le contrôle de la conformité des intérêts alloués par la sentence à l'ordre public égyptien n'est pas une révision au fond et ne doit pas se confondre avec celle-ci. Cependant, il nous semble difficile d'admettre, comme le laisse entendre le dernier attendu, que le taux légal de 5 % prévu par l'article 226 du Code civil soit un taux maximal et d'ordre public. Evidemment, le raisonnement même de la Cour de cassation ainsi que sa jurisprudence constante affirment

<sup>58</sup> Cet article 226 du Code civil dispose que le taux légal des intérêts moratoires en matière commerciales est de 5 %.

<sup>59</sup> Cass. civ. eg., 22 mars. 2011, *Zoser c/ Sté Partner and In & autre*, n° 12790/75, inédit.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

que c'est le taux d'intérêt conventionnel de 7 % prévu comme taux maximal par l'article 227 du Code civil qui est érigé en règle d'ordre public égyptien.

18. Plus récemment, la Cour de cassation égyptienne a justement décidé, par arrêt du 22 janvier 2008<sup>60</sup>, que les dispositions relatives aux intérêts moratoires prévues par l'article 226 du Code civil « *ne constituent qu'une règle impérative qui ne relève pas de l'ordre public de refus de reconnaissance au sens de l'article V(2)(b) de la Convention de New York* ». Nous espérons que cet arrêt sera uniformément suivi par toutes les Cours d'appel de la République.

### Conclusion

19. Force est de constater la nécessité de réformer le régime des intérêts moratoires et compensatoires prévu par les articles 226 et 227 du Code civil égyptien. Comme la quasi-totalité des dispositions du Code civil égyptien, ces deux articles n'ont pas été modifiés depuis l'entrée en vigueur de ce Code en octobre 1949.

L'inflation monétaire et les taux d'intérêt bancaires souvent supérieur à 7 % par an ont amené le législateur à déroger à ces taux en droit bancaire et partiellement en matière commerciale. La crainte de l'usure prohibée par les principes généraux de la Charia islamique, source principale du droit égyptien en vertu de l'article 2 de la Constitution égyptienne, ne doit pas dissuader le législateur de réformer ces deux articles prévoyant l'allocation d'intérêts moratoires souvent inférieurs au taux de l'inflation annuelle de la livre égyptienne.

Au lieu des taux légaux de 4 et 5 % consacrés par l'article 226 du Code civil, il convient que ledit article prévoit l'allocation d'intérêts moratoires à un taux légal équivalents au taux de l'inflation monétaire annoncé par la Banque Centrale égyptienne. Quant au taux maximal de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil, il mérite d'être fixé en fonction du taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements bancaires gouvernementaux (la Banque Nationale égyptienne, Banque Misr et la Banque du Caire) pour les opérations de dépôt s'agissant des intérêts moratoires et celles de crédit en ce qui concerne les intérêts compensatoires. Cette proposition va de pair avec la fonction des intérêts moratoires qui est la réparation du *lucrum cessans* et avec celle des intérêts compensatoires qui est la réparation du *damnum emergens*. Cette réforme que nous suggérons est impérieuse puisque les textes actuels des articles 226 et 227 du Code civil incitent les débiteurs de mauvaise foi à retarder, autant que possible, le paiement de leurs dettes. La crainte de l'usure doit-elle justifier une telle injustice subie par les créanciers ?

---

<sup>60</sup> Cass. civ. eg., 22 janv. 2008, n°2010/64, inédit.

# *L'évolution du droit économique à travers le rééquilibrage de la relation entre acteurs économiques*



**Didier FERRIER**

*Professeur émérite de l'Université de Montpellier*

Je voudrais exprimer mes remerciements aux organisateurs de cette magnifique réunion qui me donnent en outre le plaisir de retrouver dans ce prestigieux cadre du Centre international d'arbitrage, son dynamique directeur, le Docteur Raouf et tous ces docteurs au visage familier, que j'ai tant maltraités et qui semblent toujours me le ... pardonner.

Je salue également l'Association Henri Capitant fer de lance de la culture juridique française qu'elle diffuse partout dans le monde et en Egypte aujourd'hui, l'IDAI présence de la Sorbonne académiquement et amicalement accueillie à l'Université du Caire, et bien sûr toutes ces intelligences juridiques : professeurs de l'Université du Caire avec leur grande science, avocats des plus grands cabinets égyptiens avec leur riche expérience, et étudiants avec leur relative innocence.

Cette conjugaison rend très agréable l'intervention qui m'est confiée malgré la perplexité dans laquelle me plonge son intitulé : « *L'évolution du droit économique à travers le rééquilibrage de la relation entre acteurs économiques* ».

En effet, chaque terme soulève interrogation : l'« évolution » dont on se demande quel peut être le sens,

le « rééquilibrage » dont on se demande ce qu'il doit corriger, la « relation commerciale » dont se demande ce qui la distingue de la relation contractuelle, l'« acteur économique » enfin dont on se demande s'il est le professionnel commerçant et/ou civil, et s'il peut être aussi le particulier engagé dans une opération économique.

A cet égard, une première clarification s'impose à partir de la distinction économique mais aussi juridique entre ceux qui consomment : les consommateurs, et ceux qui les servent : les producteurs et les distributeurs. En effet, s'il apparaît un même besoin de rééquilibrage dans leurs relations, il ne faut pas confondre celui qu'appellerait la relation établie entre professionnel et consommateur et celui qu'appellerait la relation établie entre professionnels. En effet, dans la première relation, le rééquilibrage doit corriger un déséquilibre subjectif : le consommateur étant profane et présumé inexpérimenté face au professionnel. Le rééquilibrage s'inscrit alors dans la continuité du droit commun qui protège déjà le contractant victime de sa propre erreur ou d'un dol ou d'une violence commis par le cocontractant. Et le droit de la consommation prolonge le droit commun comme l'illustrent les dispositions du Code de la consommation cherchant à prévenir l'erreur par une

## L'Évènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

obligation d'informer mise à la charge du professionnel, et à sanctionner en amont du dol l'induction en erreur estompant ainsi l'intention dolosive et en amont de la violence la séduction qui en est une forme atténuée.

Pour autant, le rééquilibrage dans ce domaine n'est pas toujours facile à situer non seulement par rapport au droit commun mais également par rapport aux dispositifs spéciaux de droit de la consommation et de droit de la concurrence, comme le montrent les directives européennes qui associent la protection du consommateur et celle du professionnel. Il en est ainsi de la dernière directive sur les pratiques commerciales déloyales qui vise à protéger des professionnels contre des actes déloyaux d'autres professionnels en stigmatisant, à travers ces actes déloyaux, des atteintes aux droits des consommateurs.

Plus surprenant et donc plus intéressant à considérer dans le cadre de cette journée d'étude est le rééquilibrage apparu dans la relation entre deux professionnels. En effet, tout professionnel étant présumé sachant et expérimenté, il était difficile de faire valoir un déséquilibre subjectif entre deux opérateurs aussi avisés l'un que l'autre et rompus aux relations d'affaires. Souvenons-nous du « *dolus bonus* » toléré pendant longtemps. Le seul correctif prévu par le droit était alors, jusque là, celui de la sanction, déjà évoquée, de la concurrence déloyale.

Cependant a été constaté, depuis près de quatre-vingts ans, un déséquilibre objectif tenant au pouvoir ou à la puissance économique de certains professionnels par rapport à d'autres. Les premiers en profitant parfois pour imposer leur volonté au mépris des intérêts légitimes des seconds et particulièrement en créant un déséquilibre excessif.

La correction de ce déséquilibre objectif s'est opérée en trois temps que je vais rapidement présenter.

Le premier temps a vu des interventions législatives ponctuelles visant à mettre en place un statut protecteur du professionnel soumis au pouvoir de l'autre. Ont bénéficié de tel statut les professionnels placés dans la dépendance juridique d'un autre professionnel notamment parce qu'ils agissent pour son compte et doivent exécuter les ordres ou remplir la mission qu'il leur donne. Le rééquilibrage s'est alors opéré par l'utilisation de dispositions protectrices du droit du travail. Le professionnel vulnérable s'est ainsi trouvé parfois assimilé purement et simplement à un salarié : on reconnaît la figure paradoxale du VPR bénéficiaire d'une « indemnité de clientèle » (C. trav. L. 7311-1) ; parfois admis comme un non salarié mais avec tout de même le bénéfice des dispositions du Code du travail : on reconnaît la figure originale du gérant de succursale visé au Livre VII du code du travail ( Art. L

7321-2). Certains de ces professionnels qui agissent pour le compte d'un autre professionnel, ont été ultérieurement protégés par des dispositions spéciales de droit commercial parce qu'ils intervenaient non pas comme simple intermédiaire mandataire mais comme véritable entreprise au service d'une autre entreprise (C. com. art. L134-1). Leur statut se situant ainsi à mi-chemin de celui d'un salarié bénéficiant du droit du travail et de celui d'un mandataire soumis au droit commun ; on reconnaît la figure de l'agent commercial bénéficiaire d'une « indemnité de cessation de contrat ». Ce type de protection a été récemment étendu à un autre professionnel agissant également pour le compte d'autrui : le gérant mandataire de fonds de commerce (C. com. art. L 144-1).

Dans un deuxième temps, des statuts protecteurs ont encore été institués au profit de ceux qui, sans intervenir pour le compte d'autrui en qualité de mandataire ou de salarié, intervenaient pour leur propre compte mais dans une relation d'exclusivité avec un autre professionnel ; on reconnaît la figure du concessionnaire et du franchisé. Sont ainsi apparus dans le Code de commerce des dispositions ponctuelles : articles L.130-1 et L.130-2 limitant la durée de tout engagement d'exclusivité, article L.130-3 imposant au créancier de l'exclusivité de délivrer certaines informations au futur débiteur de cette exclusivité. Ces régimes protecteurs ponctuels visant ainsi à équilibrer ou à rééquilibrer parfois avant l'établissement de la relation grâce à l'information précontractuelle, parfois après avec la limitation de la durée de l'engagement d'exclusivité.

Par-delà ces dispositifs particuliers le juge a également mis en œuvre des protections fondées sur des dispositifs de droit commun. L'exemple le plus remarquable est le bouleversement considérable qui a tant fait plaisir à Denis Mazeaud, dont je regrette comme vous l'absence aujourd'hui, provoqué par les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1<sup>er</sup> décembre 1995 avec la sanction, par le juge, de la fixation abusive du prix par l'une des parties. Le rééquilibrage étant ici opéré sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil. Cette construction jurisprudentielle est intéressante, mais à la fin limitée, non par une trop grande prudence du juge, mais par de faibles occasions d'application. En effet rares sont les remises en cause de prix unilatéralement fixés, là encore non parce que ces arrêts auraient suffi pour prévenir d'éventuels abus mais parce que le besoin de rééquilibrage n'était pas aussi pressant que pouvait le penser une certaine doctrine. Il demeure une intelligente exploitation du droit commun pour favoriser la partie faible dans une relation d'affaires.

Dans un troisième temps a été constaté en France un déséquilibre grandissant entre la « grande distribution »

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

armée d'une puissance d'achat considérable et ses fournisseurs. Le législateur a cherché à protéger par une première ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 les fournisseurs soumis à cette puissance d'achat. Mais les dispositifs protecteurs sont restés inefficaces, les fournisseurs victimes ne se plaignant pas, de peur de voir précisément leur relation commerciale rompue à l'initiative du distributeur mis en cause. Il a donc fallu trouver le moyen de les protéger malgré eux. A cette fin de nombreuses lois se sont succédées jusqu'à celle du 17 mars 2014 (loi « relative à la consommation » mais qui concerne aussi des relations entre professionnels). Ainsi, petit pas par petit pas, une évolution s'est opérée rendant de plus en plus efficace la sanction des « grands » distributeurs et par voie de conséquence la protection de leurs fournisseurs.

Mais le dispositif destiné au départ à rééquilibrer ce type de relation a été appliqué à toutes les relations entre professionnels : petits ou grands, commerçants ou civils. On peut s'interroger sur la pertinence de cette expansion qui complique excessivement et le plus souvent inutilement un grand nombre de relations économiques. Une claire illustration de cette utilisation abusive d'instruments de rééquilibrage est fournie par la jurisprudence en matière de « déséquilibre significatif » dans la relation et de « rupture brutale » de la relation.

Le premier instrument est l'article L. 442-6-1 2°) du Code de commerce qui sanctionne le « déséquilibre significatif dans les droits et obligations » entre professionnels. Initialement destiné à rééquilibrer la relation entre « grand distributeur » et « petit » fournisseur, il est invoqué désormais, de manière systématique et cependant généralement infructueuse, pour remettre en cause le contrat, dit d'« adhésion », par lequel un acteur économique, fournisseur d'un distributeur mais aussi distributeur en réseau, est amené à accepter, sans les négocier, les conditions fixées par l'autre partie.

Le second est l'article L. 442-6-1 5°) du Code de commerce qui impose un préavis raisonnable avant la rupture de toute relation commerciale établie. Initialement destiné à protéger les fournisseurs contre un déréférencement brutal par un « grand » distributeur, il est désormais invoqué, de manière systématique et généralement fructueuse, à l'occasion de toute cessation de contrat ou de succession de contrats que l'objet en soit commercial ou non, que la durée en ait été précisément limitée ou non.

Toute fin de relation appelle ainsi la politesse d'un préavis et, en vous remerciant pour votre bienveillante attention, je vous demande donc de me pardonner cet arrêt brutal, imposé au demeurant par la richesse des interventions qui ont précédé et de celles qui vont suivre.

# *Le rééquilibrage du contrat de franchise à travers la notion de contrat d'adhésion*

*Maged ACKAD*

*Avocat au barreau du Caire  
Docteur en droit privé*

**1.** — Jusqu'au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, le contrat était l'instrument juridique souple permettant d'assurer la sécurité des échanges de biens et de services dans une économie de marché. Après en avoir négocié les termes, les parties parvenaient à un accord en principe équilibré, chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts. Certes, il n'y a jamais eu une égalité économique absolue ; on a toujours connu des forts et des faibles, mais la disproportion des forces n'était pas écrasante.

**2.** — Ensuite, l'expression du capitalisme a entraîné des phénomènes de concentration et donné naissance à des entités économiques de très grande taille. Au rapport contractuel régulier, se substitue alors une relation collective faisant du contrat un acte banal et anonyme ; les entreprises modernes ne sont pas en mesure de discuter chacun de leurs contrats avec chacun de leurs clients : ceci ne serait pas « *viable économiquement* »<sup>1</sup>.

En fait, la standardisation et l'informatisation courante de la vie moderne et les impératifs de la vie des affaires ont fait des contrats d'adhésion une nécessité inévitable<sup>2</sup> ; un véritable phénomène de société<sup>3</sup>. C'est ainsi que la plupart des contrats de la vie courante sont devenus des contrats d'adhésion. Les relations contractuelles entre professionnels n'échappent pas à cette règle<sup>4</sup>. Cette généralisation affirme l'utilité et

l'adéquation des contrats d'adhésion aux exigences économiques modernes<sup>5</sup>.

**3.** — Les contrats d'adhésion s'ils sont pleinement justifiés économiquement, sont néanmoins juridiquement, une source d'inquiétude dans la mesure où ils peuvent menacer les intérêts des adhérents en tant qu'instrument juridique idéal de la domination du plus fort sur le plus faible.

**4.** — Nécessaire donc, mais fréquemment abusif, le contrat d'adhésion a incité la doctrine à réfléchir sur le moyen d'éviter les abus qui en découlent. Afin d'arriver à protéger l'adhérent, la doctrine a été divisée sur la nature même du contrat.

A cet égard deux solutions ont été envisagées.

La première est de voir dans le contrat d'adhésion un acte non-contractuel mais réglementaire, qui mérite par conséquent, une protection spéciale des adhérents. C'est l'analyse anticontractualiste.

La deuxième est de maintenir le contrat d'adhésion dans le cadre du droit des contrats, tout en confiant à l'adhérent un traitement spécial qui se justifie par les caractéristiques de ce contrat, lesquelles se trouvent d'ailleurs réunies dans le contrat de franchise.

C'est cette analyse contractualiste qui a finalement triomphé en doctrine et en jurisprudence. La majorité de

---

(1) M. ARIMAND-PREVOST et D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé « de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel »*, JCP 1979 I, Doctr. 2952. *Ibid.*

(2) Travaux préparatoires du Code civil égyptien, t. II, p. 68-69.

(3) M. ARIMAND-PREVOST et D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé « de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel »*, *ibid.*

(4) En ce sens, G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, Thèse Paris I, 1985, *op. cit.*, p. 132-133 et 221-222.

---

(5) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd. LGDJ 1949, p. 102 ; L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD civ. 1937, p. 1 et s. ; CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse Aix, 1974, p. 9 ; A.-F. ABD EL BAKI, *Théorie du contrat et la volonté unilatérale*, Le Caire 1984, p. 207 ; A.-F. EL SADDI, *Des contrats d'adhésion*, thèse le Caire 1946, p. 34 et s.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

la doctrine française ou égyptienne est en sa faveur et voit dans le contrat d'adhésion un vrai contrat.

**5.** — C'est ce que le Code civil égyptien affirme en considérant l'adhésion comme une forme d'acceptation du contrat.

Ainsi, en traitant le consentement dans le contrat, **l'article 100 du Code civil énonce que « l'acceptation, dans un contrat d'adhésion, se borne à la simple adhésion aux conditions stipulées par la partie qui les impose sans en permettre la discussion ».**

C'est d'ailleurs la conception que nous trouvons aujourd'hui dans **l'avant-projet de réforme du droit des obligations français qui définit le contrat d'adhésion dans son article 8 comme « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion ont été déterminées par l'une des parties ».**

**6.** — Cependant, la théorie anticontractualiste avait le mérite d'attirer l'attention sur les abus qui pouvaient découler de ces types de contrat. En réalité, dans les contrats d'adhésion le risque de déséquilibre et d'exploitation est plus grand que dans les autres contrats, ce qui leur justifie un traitement spécial afin de protéger l'adhérent.

En définitive, **« le contrat d'adhésion est un contrat, mais un contrat spécial, à ce contrat spécial il faudra appliquer des moyens spéciaux »**<sup>6</sup>.

Afin de limiter les abus qui peuvent découler des contrats d'adhésion, les rédacteurs du Code civil égyptien ont estimé nécessaire d'y intégrer un texte de portée générale visant à la protection de la partie adhérente en rendant au contrat son équilibre naturel conformément aux règles de l'équité. C'est ainsi que l'article 149 du Code Civil égyptien dispose que **« lorsque le contrat se forme par adhésion, le juge peut, si le contrat contient des clauses léonines, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, et cela conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle ».**

De même s'agissant de l'interprétation du contrat, l'article 151 du Code précise que si en principe **« le doute s'interprète au profit du débiteur ... toutefois, l'interprétation des clauses obscures d'un contrat d'adhésion ne doit point préjudicier la partie adhérente »**<sup>7</sup>.

Encore une fois c'est la position adoptée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations français qui dispose dans l'article 101 qu' **« En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées ».**

**7.** — En ce qui concerne le contrat de franchise, pour que le franchisé puisse bénéficier des protections afférentes aux contrats d'adhésion, il faudrait au préalable prouver que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion. C'est ce que nous allons tenter de prouver à travers l'étude des éléments caractéristiques du contrat d'adhésion dans un premier temps (I), avant de les appliquer au contrat de franchise dans un deuxième temps (II).

#### **I. Les éléments caractéristiques du contrat d'adhésion**

##### **A. Des conditions imposées par l'une des parties**

**8.** — On entend par contrat d'adhésion celui dont la conclusion résulte, non pas d'une libre discussion entre les parties comme le voulait la conception classique, mais de l'adhésion, d'où son nom<sup>8</sup>, de la partie économiquement faible au projet préétabli par la partie plus forte<sup>9</sup>.

##### **1) L'exigence classique d'un monopole et d'un produit « essentiel »**

**9.** — Certains auteurs français préfèrent réserver la notion de contrat d'adhésion à l'hypothèse de monopole total, qu'il soit de droit (les services du secteur public) ou de fait (les sociétés d'assurance). Cette exigence semble toutefois être abandonnée par la doctrine contemporaine<sup>10</sup>.

Par ailleurs, une large majorité de la doctrine égyptienne estime que **la simple disproportion de la puissance économique ou technique des contractants, ou même le fait que le contrat soit l'œuvre exclusive d'une des parties, ne suffisent pas à qualifier le contrat d'adhésion**<sup>11</sup>.

(6) DOMERGUE, *Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, thèse Toulouse 1935, p. 104.

(7) Art. 151 du Code civil égyptien.

(8) En Egypte le contrat d'adhésion est appelé عقد إذعان AKD EZĀAN signifiant contrat d'obéissance ou de soumission.

(9) G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse Paris II, 1973, LGDJ, 2e éd., Préface B. GOLDMAN, 1976.

(10) G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Dalloz, coll. Précis, 7<sup>e</sup> éd. 1999, p. 29 ; F. TERRE, PH. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op cit., p. 155, sous note 3.

(11) Notamment, A-F. El Sadda – *Les sources de l'obligation*, Le Caire, 1960 ; M. El Beih – *Deux problèmes concernant le consentement : le silence et l'adhésion*, Dar El Nahda.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

Cette doctrine considère que la qualification de contrat d'adhésion nécessite la présence de deux éléments supplémentaires :

**D'une part, la puissance économique de l'une des parties doit lui permettre « un monopole »** lui confiant ainsi, vis-à-vis de son cocontractant, une supériorité économique claire et continue<sup>12</sup>.

Selon un auteur, le monopole est le seul élément distinctif qui a fait l'accord de presque tous les commentateurs de ce sujet. Selon lui, seul cet élément qui permet à l'une des parties d'imposer ses conditions à l'autre partie, laquelle, en l'absence d'autres alternatives, n'a qu'à s'y soumettre<sup>13</sup>.

**D'autre part, le contrat doit porter sur des produits ou des services « essentiels » que le contractant adhérent ne peut s'en dispenser.**

Ainsi, cette doctrine considère par exemple, que le producteur d'une boisson gazeuse n'est pas en position de monopole, et que les contrats-types qu'il conclut avec ses distributeurs ne sont pas des contrats d'adhésion parce qu'ils ne concernent pas un produit essentiel dans la mesure où l'on peut à tout moment se passer de la boisson gazeuse sans subir de préjudice<sup>14</sup>.

Cette doctrine s'appuie principalement sur un arrêt de la Cour de cassation égyptienne du 12 mars 1974 concernant un contrat de vente de voiture. Dans cette affaire, bien qu'il s'agissait d'un contrat-type préétabli par le vendeur (une société du secteur public qui avait le monopole de la production et de la commercialisation de ces voitures en Egypte), et dont les termes ne pouvaient être discutés, la Cour de cassation avait cependant décidé qu'il ne s'agissait pas d'un contrat d'adhésion puisque le produit en question n'était pas un produit essentiel dont le public ne pouvait s'en passer, de telle sorte qu'il se trouve dans une situation qui l'oblige à contracter sans pouvoir refuser les conditions du stipulant, même si elles sont fortement abusives<sup>15</sup>.

## 2) Insuffisance de la théorie classique

**10.** — En réalité, cette vision restreinte des contrats d'adhésion nous semble aujourd'hui dépassée. Elle n'est plus adaptée à la situation actuelle des affaires et ne reflète pas, à nos yeux, l'esprit du législateur et les motifs de son intervention protectrice.

Notons tout d'abord que le Code civil égyptien ne donne pas de définition au contrat d'adhésion, ni ne lui pose de critères particuliers. Ainsi, pour parvenir à repérer les éléments caractéristiques du contrat d'adhésion, nous estimons qu'il faudrait aller les chercher dans les motifs qui ont incité le législateur à intervenir dans ce type de contrats.

Force est de constater que les contrats d'adhésion n'ont interpellé le législateur que par l'abus qui peut en découler. En effet, ce qui a amené le législateur à accorder une protection spéciale à l'adhérent dans un contrat d'adhésion, c'est justement la particularité de ce contrat touchant à la qualité du consentement de l'adhérent, lequel se limite à la simple adhésion aux conditions stipulées par la partie qui les impose sans en permettre la discussion.

Nous estimons ainsi que c'est dans l'article 100 du Code civil égyptien qu'il faudrait chercher les éléments caractéristiques du contrat d'adhésion. L'analyse de cet article fait ressortir un critère implicite mais évident, à savoir l'inégalité de force entre les parties.

## B. Une inégalité donnant lieu à une dépendance économique

Si le contrat d'adhésion se caractérise d'une part par *une adhésion sans discussion par l'une des parties à un contrat préétabli par l'autre partie*, il est évident que c'est le second élément, lequel se déduit logiquement de l'article 100 - à savoir *que cette soumission n'est que le résultat d'une inégalité de force entre les contractants* - qui constitue le motif principal ayant incité le législateur à intervenir dans ce type de contrats. C'est là que réside le risque auquel le législateur a entendu remédier dans les articles 149 et 151 afin de protéger l'adhérent.

### 1) Vers une substitution de la notion d'« inégalité » à celle de « monopole »

**11.** — Le monopole ou le caractère essentiel du produit objet du contrat ne seraient que des circonstances aggravantes et nullement les causes principales de la supériorité de l'une des parties, mais simplement des circonstances pouvant pousser cette supériorité à son degré maximum.

(12) M. EL BEIH, *Deux problèmes liés au consentement*, op cit. p. 125 et s.

(13) A.-F. EL SADD, *Des contrats d'adhésion*, thèse précitée Le Caire, 1946, p. 58 et s.

(14) Exemple cité par H. GUEMEÏ, *L'effet de l'inégalité de force des contractants*, Dar El Nahda, 1996, p. 105.

(15) Cass. civ. 12 mars 1974, (2 arrêts), pourvoi n° 396 et 398, 37e ann. jur., Bull. 25, p. 492, M. ABDEL-TAWAB, *Jurisprudence de la Cour de cassation, 1974-1995*, éd. 1997, p. 471 ; dans le même sens, Cass. civ. 2 janv. 1982, pourvoi n° 749, 46e ann. jur., Bull. 33, p. 51 ; Cass. civ. 22 avr. 1991, pourvoi n° 1320, 55e ann. jur., inédit, M. ABDEL-TAWAB, op cit., p. 473.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

Dire que le monopole est la seule cause qui permet à l'une des parties d'imposer ses conditions, est en fait exagéré voire même détaché de la réalité. A notre sens, ce qui permet d'imposer des conditions discrétionnaires est l'inégalité de force.

Bien qu'elle puisse résulter d'une situation de monopole, cette inégalité ne se limite cependant pas à cette dernière, mais résulte d'un ensemble de circonstances économiques et juridiques dont le monopole n'est parfois que l'une des illustrations dans un cas de figure particulier.

**12.** — Afin de mieux cerner l'« élément » caractéristique du contrat d'adhésion dans le Code civil, il convient de se référer aux conclusions explicatives de l'avant-projet du Code égyptien. Ces conclusions exposent que *« les contrats d'adhésion méritent en tant que fruit du développement économique actuel, de leur faire une place dans une législation qui vise à suivre le progrès sociale [...] ces contrats constituent un signe saillant de l'évolution profonde qui a touché la théorie classique du contrat »*<sup>16</sup>.

Ainsi, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, le contrat d'adhésion était le résultat naturel du développement des relations d'affaires. A cette époque, les contrats d'adhésion ne concernaient que les services fournis par le secteur public lequel avait le monopole absolu. Il était donc normal de voir les contrats d'adhésion enfermés dans le cadre des contrats relevant d'un monopole : transport, assurance, fourniture de gaz et de l'électricité, etc.

Mais le progrès social et économique ne s'est naturellement pas arrêté depuis 1948, date de l'élaboration du nouveau Code civil. Aujourd'hui, le secteur public n'occupe qu'une place limitée dans l'économie égyptienne et son rôle ne cesse de s'anéantir, cédant sa place au secteur privé.

L'on se demande donc si les auteurs qui exigent un monopole pour la qualification d'un contrat d'adhésion, ne seraient-ils pas amenés à exclure les contrats d'assurance, de transport, etc. du champ des contrats d'adhésion pour le simple fait d'absence de monopole ?

Ajoutons aussi que les critères d'appréciation d'un monopole ne sont que relatifs. Parfois la supériorité ne constitue qu'un quasi-monopole de fait : par exemple, un employé est en principe libre de travailler pour l'employeur de son choix ; toutefois, lorsqu'il vit dans une localité avec sa famille et que dans sa spécialité il n'y a qu'une seule entreprise, n'est-il pas de fait quasi obligé

d'accepter les conditions de travail proposées par cette seule entreprise ?<sup>17</sup>.

De surcroît, l'exigence d'un monopole mettrait à la charge de l'adhérent le fardeau d'en prouver l'existence. La simple présence d'une autre entreprise dans le même domaine d'activité pourrait remettre en cause l'état de monopole, et l'adhérent qui peut fort bien avoir ignoré la possibilité de s'adresser ailleurs, serait alors dépourvu de protection.

Ainsi, le fait que l'adhérent se trouve privé d'alternatives n'est qu'une autre illustration des circonstances qui ne créent pas elles-mêmes l'état de supériorité mais contribuent simplement à l'accroître.

#### **2) Vers une substitution de la notion de « dépendance » à celle de « produit essentiel »**

**13.** — Par ailleurs, dire que le contrat d'adhésion doit concerner des produits essentiels, ne trouve aucun appui dans les textes du Code civil. Au demeurant, l'appréciation du caractère essentiel d'un produit varie selon les temps et les circonstances. La voiture par exemple, qui a été jugé en 1974 par la Cour de cassation égyptienne comme produit non essentiel, est aujourd'hui considérée comme plus qu'essentielle.

**14.** — Il est donc clair que l'exigence d'un monopole et d'un produit considéré « essentiel » comme critères indispensables à la qualification d'un contrat d'adhésion, n'est pas pertinente et aurait comme conséquence de réduire le champ de protection voulu par le législateur dans les articles 149 et 151 du Code civil.

**15.** — *Nous estimons que ce qui caractérise essentiellement le contrat d'adhésion est d'une part, l'inégalité de force entre les parties contractantes, laquelle conduit d'autre part, à l'élimination ou presque de toute négociation. Ainsi, dans un contrat d'adhésion, l'offre n'est plus une invitation à négocier mais une invitation à conclure le contrat tel qu'il est présenté et sans discussion.*

## **II. Les éléments d'adhésion dans le contrat de franchise**

**16.** — Il s'agit dans cette partie de notre étude d'examiner si les caractéristiques principales du contrat d'adhésion se trouvent réunies dans le contrat de franchise et justifient, par conséquent, un traitement spécial au franchisé adhérent.

---

(17) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit. p. 155, sous note n° 3.

(16) Travaux préparatoires, op cit., p. 68 et 69.

Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant  
*Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

**A. L'inégalité des cocontractants dans le contrat de franchise**

**17.** — Avec le développement du capitalisme, l'industrialisation et le processus de concentration économique, l'adhérent se trouve confronté à de grandes entreprises dont la puissance leur permet d'imposer leurs conditions. A cette inégalité d'ordre économique, s'ajoute une autre d'ordre technique, à savoir l'inégalité devant l'information.

*1) Une inégalité de puissance économique*

**18.** — En effet, l'inégalité de puissance économique des parties au contrat d'adhésion, est le critère qui a fait l'objet de l'unanimité de la doctrine<sup>18</sup>. Cette inégalité de puissance économique va influencer d'une manière certaine la marge de négociation de la partie la plus faible. L'inégalité de puissance économique se traduira par la domination de l'un des contractants par l'autre<sup>19</sup>.

Justement, le Doyen Ripert observait que lorsque « *les contractants ne sont pas à égalité de forces, le plus puissant trouve dans le contrat une victoire trop facile* »<sup>20</sup>. C'est ce qui arrive souvent dans le contrat de franchise.

**19.** — Les conséquences de l'inégalité de puissance économique sur la puissance contractuelle d'une partie, se manifestent d'une manière plus évidente lorsque cette inégalité consiste pour l'une des parties en un état de nécessité économique, « *c'est-à-dire du besoin économique de contracter* »<sup>21</sup>. Par application de l'adage anglais « *if you can't beat them join them* »<sup>22</sup>, un commerçant assujéti par la concurrence serait contraint par un besoin économique de joindre le réseau du franchiseur. Ce dernier, par sa position de force pourra facilement imposer ses conditions ou renoncer à la sollicitation du candidat franchisé s'il le trouve trop

opiné. C'est ainsi que l'inégalité de puissance économique dans le contrat de franchise est incontestable, et son influence sur la puissance contractuelle est évidente<sup>23</sup>.

*2) Une inégalité devant l'information*

**20.** — A l'inégalité d'ordre économique, s'ajoute une autre inégalité d'ordre technique liée à l'évolution de la vie moderne et à la complexité croissante des produits et services. Cette inégalité devant l'information va également affecter la puissance contractuelle du plus faible au profit du plus fort. C'est d'ailleurs cette inégalité qui a incité le législateur et la jurisprudence à réagir afin d'y remédier ou, plus exactement, remédier aux abus qui peuvent en résulter.

L'adhérent à un contrat de franchise se trouve trop souvent partie à un contrat dont il n'a pas anticipé le coût réel ni la signification des obligations qui en résultent en raison de la complexité des termes employés, outre la longueur et la multiplication des conditions insérées dans le contrat<sup>24</sup>. L'adhérent se trouve ainsi dans un état d'infériorité de connaissances par rapport à son cocontractant.

L'inégalité devant l'information est également liée à l'évolution des méthodes de commercialisation et de publicité utilisées de manière scientifique et destinées à lui ôter toute autonomie de décision, méthodes avec lesquelles on a pu constater l'apparition « *d'un vice du consentement inconnu des rédacteurs du Code civil... : le vice de séduction* »<sup>25</sup>.

En fait, le contrat de franchise est l'illustration parfaite de cette inégalité devant l'information. Le franchiseur est le personnage central du réseau, c'est son œuvre. C'est lui l'instigateur du concept et c'est lui qui détient le savoir-faire, le secret qui a permis au concept de se développer. Il a donc le contrôle de tous les rouages ainsi que la maîtrise des éléments clés, techniques et juridiques du concept.

Face à lui se trouve le candidat franchisé qui ne peut être considéré au regard de la profession que comme

(18) V. par ex. A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, in Etude de droit contemporain, 1970, p. 105 ; CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF coll. Thémis de Droit privé, Paris 1998 21e éd. 1998 ; A-F. EL SADDI, *Des contrats d'adhésion*, thèse précitée, p. 59 ; T. FARAGH, *Théorie générale de l'obligation*, t.1, Les sources de l'obligation, Alexandrie, 1978, p. 43 ; A-F. ABDEL-BAKY, *La théorie du contrat, op cit.*, p. 206 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 2<sup>e</sup> éd. 1999, p. 121.

(19) J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation du contrat*, thèse Perpignan, 1982, p. 233.

(20) G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ 1936, p. 178.

(21) J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation du contrat*, thèse précitée, p. 235 ; G. EL ADAWY, *La contrainte légale à l'échange*, thèse Alexandrie, 1965, p. 68 et s.

(22) Ce qui signifie, que « si tu ne peux les vaincre mieux vaut les rejoindre ».

(23) Nous pouvons néanmoins rencontrer une sorte d'égalité de force, bien que ce soit rare, notamment dans les rapports avec certains pseudo-franchiseurs ou avec des franchiseurs en état de faiblesse (en phase de lancement ou de déclin). Ce genre de situation demeure cependant exceptionnel. Dans la majorité des cas, l'inégalité existe entre les parties de telle sorte qu'elle exclut toute possibilité de négociation.

(24) A.-F. EL SADDI, *Des contrats d'adhésion*, thèse précitée, p. 69.

(25) J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journée R. SAVATIER, Poitiers, 24-25, oct. 1985, PUF, 1986, p. 31.

## L'Evènement

### Actes du colloque de lancement du Groupe Egyptien de l'Association Henri Capitant

#### *Les besoins de réforme du droit privé et du droit des relations économiques : regards croisés franco-égyptiens*

un simple profane qui n'est pas en mesure de se faire une idée précise de sa future activité et de la prépondérance de son interlocuteur. Même s'il a déjà exercé la même activité, il demeure étranger au concept puisqu'il lui manque le plus important : le secret de la réussite. C'est en cherchant à obtenir ce secret que va apparaître l'état de sa faiblesse culturelle vis-à-vis du franchiseur. Le franchiseur va se trouver devant un authentique spécialiste, alors que lui ne dispose que d'une information incomplète. En bref, il n'est qu'un simple postulant parmi d'autres et le franchiseur sélectionne son cocontractant comme le ferait un employeur qui choisit un salarié.

Cette inégalité devant l'information a incontestablement ses répercussions sur la puissance contractuelle du non-informé ou du mal-informé. L'absence d'information de l'un des contractants sur le contenu contractuel, qui a été élaboré unilatéralement, ou sur l'objet de ce contrat, ne peut garantir l'existence d'un véritable consentement.

Résultat de l'inégalité de force, le contrat apparaîtra comme un acte unilatéral fondé sur la seule volonté de son rédacteur, d'autant plus que celui-ci éliminera toute possibilité de discussion.

#### **B. L'absence de négociation comme caractéristique principale du contrat de franchise**

**21.** — La liberté de négociation ne peut être réellement exercée que lorsque les parties sont dans une position de relative égalité<sup>26</sup>. Or, il est très rare en pratique qu'un candidat franchiseur puisse exercer pleinement cette liberté. Celle-ci est en effet généralement restreinte par l'inégalité du rapport de force et par la spécificité du concept.

##### *1) Un contrat animé par un souci de standardisation*

**22.** — Cette position brutale n'est pas due uniquement à la puissance d'une partie au regard de l'autre<sup>27</sup>, mais répond tout autant à un souci de normalisation des instruments contractuels qu'utilise un opérateur en un temps où « *la multiplication des opérations standardisées, due à l'avènement de la production et de la distribution de masse, a entraîné l'unification des contrats destinés au public* »<sup>28</sup>.

C'est ainsi que le contrat, sous prétexte de l'adaptation à la vie moderne, est devenu un contrat indiscutable dans ses conditions, pour répondre à ces exigences de rapidité, de simplification et de normalisation<sup>29</sup>.

**23.** — L'absence de discussion répond également à l'exigence de la réitération fidèle du système franchiseur. C'est ainsi, qu'à l'occasion d'une journée d'étude sur le contrat de franchise, on observait qu'« *il faut admettre que le contrat aujourd'hui, est un contrat d'adhésion, sauf dans des opérations par nature isolées. Mais dès lors qu'on entre dans le domaine des opérations répétitives, le contrat ne se négocie pas. Et pourquoi voudriez-vous, par conséquent, que le contrat de franchise se négociât, alors précisément qu'il est fondé sur l'idée de réitération ?* »<sup>30</sup>. Cette réitération du système du franchiseur a, parmi ses éléments, le contrat lui-même et on ne peut pas imaginer qu'un franchiseur sérieux accepterait de le modifier.

**24.** — L'exclusion de la discussion, bien qu'elle ne soit pas une condition de validité, n'est pas sans signification. Comme l'exprime le Professeur Ferrier, la discussion préalable des clauses du contrat est « *en quelque sorte une garantie de l'équilibre des obligations qui en dérivent* »<sup>31</sup>.

L'absence de discussion signifie la diminution du rôle de la volonté de l'adhérent, volonté réduite à un oui ou à un non. En outre, l'absence de négociation augmente les risques d'abus contractuels. Certes, les clauses abusives ne se limitent pas aux contrats d'adhésion<sup>32</sup>, il n'en reste pas moins, qu'en pratique, ces contrats représentent l'environnement le plus fertile à l'expansion des clauses abusives car le rédacteur des conditions est assuré que son œuvre ne sera pas remise en cause.

(29) J. AMIEL-DONAT, *Essai sur le rôle du consentement dans la formation du contrat*, thèse précitée, p. 170 et s.

(30) J.-M. LELOUP, *Les rapports juridiques dans le contrat de franchise*, in *Aspects juridiques de la franchise*, Journée d'étude à Faculté de droit de Lyon, 21 mai 1986, Centre P. ROUBIER, éd. Libr. Tech., 1986, p. 21, n° 2.

(31) D. FERRIER, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980 I, chron., p. 177 et s.

(32) Les clauses abusives peuvent atteindre les contrats les plus divers quel que soit leur nature : ventes, locations, dépôt, prestation de service... C'est la raison pour laquelle la référence aux contrats d'adhésion a été écartée lors des débats parlementaires concernant la loi n° 78-23 du janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, en raison de la difficulté de cerner la notion de contrat d'adhésion et la possibilité que ces clauses peuvent se trouver même dans les contrats négociés. C'est ainsi que dans sa rédaction nouvelle, l'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose précisément qu'il importe peu que la « stipulation » prétendument abusive ait été « librement négociée ou non ».

(26) CA Paris 27 mai 1980, D 1981, note PH. LE TOURNEAU, p. 317.

(27) G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse précitée.

(28) B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, Mélanges R. HOUIN, Dalloz-Sirey 1985, p.3

**25.** — Que ce soit à cause de la puissance du franchiseur ou la conséquence d'une exigence de standardisation, le résultat est que le contrat de franchise préétabli ne tolère pas le moindre changement. D'un côté, en tant que dirigeant du réseau, le franchiseur détermine, en fonction de la spécificité de son concept et de ses besoins, le contrat qu'il proposera en bloc à ses futurs cocontractants. Ce contrat constitue un ensemble de normes devant régir les rapports à venir. Il devient alors pour le franchiseur comme un simple formulaire qu'il proposera à la signature à ses futurs adhérents par l'intermédiaire d'un de ses représentants<sup>33</sup>.

Ce formulaire peut prendre, soit la forme d'un contrat-cadre qui ne définit que les obligations de base spécifiques et dont le reste sera déterminé par des contrats ultérieurs, soit d'un seul et unique contrat. Dans les deux cas de figure, le contrat de franchise se présente comme la matérialisation standardisée de la seule volonté du franchiseur, ou de son pouvoir réglementaire ; expression de « *la loi du plus fort* »<sup>34</sup>.

Par ce biais, le contrat de base devient progressivement un contrat stéréotypé<sup>35</sup>. *La volonté de répéter indéfiniment une réussite économique et de préserver l'homogénéité du réseau, justifie l'utilisation du contrat type. C'est un des cas où « le prêt-à-porter s'est substitué au sur mesure »*<sup>36</sup> et le franchiseur pourra de ce fait uniformiser l'ensemble des relations. Quoiqu'il en soit, en se standardisant le contrat de franchise n'est pas seulement uniformisé, il est aussi dépersonnalisé.

## 2) Un contrat dépersonnalisé

**26.** — Le futur franchisé ne se présente plus comme l'interlocuteur privilégié du franchiseur. Il devient neutre, impersonnel. Peu importe alors que ce soit tel ou tel candidat qui aura la chance d'être retenu. La seule chose qui compte c'est qu'il corresponde aux critères prédéterminés. Le futur franchisé dans ce contexte, n'est plus qu'un candidat parmi d'autres, un maillon d'un ensemble qui l'englobe et le dépasse.

Face à une telle situation, le futur franchisé se trouve généralement dans une position telle qu'il ne peut valablement discuter avec le franchiseur. Il ne peut en effet négocier que certains points secondaires. Un tel comportement doit être analysé comme un acte de

soumission<sup>37</sup> puisque l'autonomie de la volonté du futur franchisé est ainsi « *réduite au minimum, au choix entre la conclusion et la non-conclusion du contrat, entre l'adhésion et l'abstention* »<sup>38</sup>. Adhérer, comme l'observait le Doyen Ripert, « *c'est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son cœur contre la dure loi imposée* »<sup>39</sup>.

**27.-** En conclusion la franchise est marquée par un déséquilibre entre franchiseur et franchisé, qui repose sur la double inégalité de force et d'information, qui amène en conséquence, à l'absence de négociation, le consentement se limitant ainsi à une adhésion. Certes, l'équilibre de force entre les contractants n'est pas une condition de la validité du contrat et la loi « *ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés* »<sup>40</sup>. Néanmoins, « *l'inégalité de puissance économique va jouer en faveur de la non-consensualité du contrat* »<sup>41</sup> surtout lorsqu'elle est combinée avec une prédétermination contractuelle. Nous soutenons que le déséquilibre n'est pas un mal en soi ; il fait partie de l'essence même de la franchise. Pourtant bien qu'étant indissociable du système, le franchiseur ne doit pas en abuser. Ce déséquilibre doit être donc maintenu dans les limites acceptables sous peine d'une intervention judiciaire.

(33) M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD : Le contrat déstabilisé, JCP 1979, doctrine 2952, n° 10.

(34) G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2e éd., Paris, 1951, n° 15, p. 40.

(35) L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD Civ, 1937, n° 7, p. 9.

(36) L. BOY, *Le cadre civil des affaires*, Economica, Paris, 1989, p. 119.

(37) M.A. FRISON-ROCHE, *Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTD Civ. 1995, p. 573.

(38) L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD Civ. 1937, n° 7, p. 9.

(39) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op cit., p. 98.

(40) *Ibid*, p. 100.

(41) *Idem*.

### *L'IDAI en quelques mots*

La filière française d'études juridiques en Egypte 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 Ecole française du Caire. L'Institut de droit des affaires internationales est une filière de l'Université Paris I 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 Paris I Panthéon-Sorbonne et, pour les étudiants égyptiens et arabisants, celui de la Faculté de droit de l'Université du Caire.

Pour toutes informations complémentaires : [http:// idai.univ-paris1.fr](http://idai.univ-paris1.fr)

Pour nous contacter :

Mél. : [IDAI@univ-paris1.fr](mailto:IDAI@univ-paris1.fr)

Tél. : (00202)35688633

#### *L'équipe de l'IDAI*

##### **Philippe NEAU-LEDUC**

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne  
Responsable de l'IDAI pour l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne  
Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne  
Président du Conseil National des Universités

##### **Samy ABD EL BAKI**

Professeur à l'Université du Caire  
Directeur de l'IDAI pour l'Université du Caire

##### **Stéphane BRENA**

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles – HDR  
Expert technique international du MAEDI  
Directeur de l'IDAI pour l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

##### **Béatrice GUILLAUMIN**

Assistante du Directeur  
Volontaire international administratif du MAEDI  
Chargé des travaux dirigés en droit public

##### **Alaa ABD EL HAFIZ**

ATER Paris I Panthéon- Sorbonne  
IDAI- Le Caire

##### **Sherif AYOUB**

ATER Paris I Panthéon-Sorbonne  
IDAI- Le Caire



**Revue de l'Institut de droit des affaires internationales – RIDAI**

**Directeur de la publication**

Philippe NEAU-LEDUC

**Responsable de la rédaction**

Stéphane BRENA

**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 Ainy  
11 441 Le Caire- Egypte

**Dépôt légal : mars 2015  
Publication sans ISSN**

**La RIDAI est GRATUITE**