

# RIDAI

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



### *A la mémoire du professeur Philippe Neau-Leduc*

*Notamment dans ce numéro*

*Retour sur un an de précisions en matière de clause de non-concurrence, par Arnaud CASADO, page 12*

*La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ?, par Nicolas FERRIER, page 16*

*Les relations internationales illicites au Kosovo : impact sur une transition démocratique inachevée, par Béatrice GUILLAUMIN, page 34*

#### L'ÉVÉNEMENT

*Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI – 25 ans de droit à l'Institut de droit des affaires internationales, page 41*

## **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 Paris 1 Panthéon-Sorbonne

### **Philippe NEAU-LEDUC †**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

### **Vincent HEUZE**

Professeur à l'Université 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**

Vincent HEUZE

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 :

[idai@univ-paris1.fr](mailto:idai@univ-paris1.fr)

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

# *A la mémoire du professeur Philippe Neau-Leduc*

*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*

Le choix du noir en couverture de ce troisième numéro de la Revue de l'Institut du droit des affaires internationales exprime la tristesse qu'a causée la brutale disparition du professeur Philippe Neau-Leduc, le 11 juillet 2015.

Parmi tout ce que l'Institut de droit des affaires internationales lui doit, Philippe Neau-Leduc aura surtout su, comme personne avant lui, donner un cap – et le tenir – à cette coopération hors-normes entre l'Université du Caire et l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ce cap est celui de l'exigence de sérieux, de rigueur, de compétence, appliquée à tous ; dit autrement, celui du respect des valeurs d'excellence qui fondent la délivrance des diplômes nationaux de Licence et de Master en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, celui d'un universitaire tenant en très haute estime l'enseignement supérieur, singulièrement l'enseignement supérieur du droit. L'IDAI lui est reconnaissant ; je lui en suis reconnaissant, en tant que collègue, en tant qu'ami.

La tristesse attachée à la disparition de Philippe Neau-Leduc ne s'est cependant pas accompagnée de l'inquiétude que génère inmanquablement, dans ces circonstances, la question de l'avenir. Désigné en tant que responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, le professeur Vincent Heuzé s'est immédiatement inscrit dans la même perspective.

Aussi, c'est bien modestement mais très sincèrement que je félicite Vincent Heuzé pour cette nomination, que je lui souhaite la bienvenue dans ses nouvelles fonctions et que j'exprime, ici, toute ma sérénité quant à l'avenir de ce joyau de la coopération universitaire franco-égyptienne.

Même si à l'excellence qu'évoque l'IDAI sera désormais et inmanquablement attaché le souvenir nostalgique de Philippe Neau-Leduc.

Le Caire, le 28 janvier 2016

# *RIDAI n°3, janvier 2016*

## *Sommaire*

*A la mémoire du professeur Philippe Neau-Leduc* – Page 3

*Sommaire* – Page 5

### **CIVIL**

Jurisprudence : *La prise en considération de la réalité biologique en matière de gestation pour autrui (GPA)*, par Alaa ABD EL HAFIZ – Page 7

### **AFFAIRES**

Jurisprudence : *Etiquetage : commentaire de l'arrêt CJUE du 4 juin 2015, aff. C-195/14 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände contre Teekanne GmbH & Co. KG*, par Albin ANDRIEUX – Page 9

Jurisprudence : *Retour sur un an de précisions en matière de clause de non-concurrence*, par Arnaud CASADO – Page 12

Doctrines : *La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ?*, par Nicolas FERRIER – Page 16

Doctrines : *A la recherche d'une justification de l'action du destinataire contre le transporteur en droit maritime*, par Sami SARAGELDIN – Page 24

### **PUBLIC**

Doctrines : *L'Union Européenne confrontée aux défis du 21<sup>ème</sup> siècle*, par Alessandro FIGUS – Page 27

Doctrines : *Les caractéristiques de la société internationale et ses différentes approches scientifiques*, par Gérard FOISSY – Page 29

Doctrines : *Les relations internationales illicites au Kosovo : impact sur une transition démocratique inachevée*, par Béatrice GUILLAUMIN – Page 34

### **L'ÉVÉNEMENT**

*Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI – 25 ans de droit à l'Institut de droit des affaires internationales* – Page 41

*Programme du colloque (version française)* – Page 42

*Programme du colloque (version arabe)* – Page 44

*25 ans de droit commun des contrats*, par Stéphane BRENA – Page 47

*25 ans de droit du travail*, par Christine NEAU-LEDUC – Page 52

*25 ans de droit fiscal*, par Philippe NEAU-LEDUC – Page 56

*25 ans de jurisprudence égyptienne en matière d'ordre public en droit de l'arbitrage*, par Ismail SELIM – Page 60

# *La prise en considération de la réalité biologique en matière de gestation pour autrui (GPA)*



*Alaa ABD EL HAFIZ*

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

*Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvois n°14-21323 et 15-50002.*

*« Attendu que pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X.... et Mme Z..... ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

Il paraît légitime qu'un parent français puisse réclamer la transcription de l'acte de naissance de son enfant né à l'étranger. Cependant, une telle affirmation n'est pas si évidente lorsque l'enfant en question n'est pas né d'une procréation charnelle, mais à la suite de la conclusion d'une convention de mère porteuse, dans la mesure où l'Etat français refusait systématiquement une telle transcription au nom de l'ordre public international français, car justement une telle convention porte atteinte à un principe fondamental qu'est la sacralité du corps humain qui ne peut ainsi faire l'objet d'une convention<sup>1</sup>.

Toujours est-il que par deux arrêts d'Assemblée plénière en date du 3 juillet 2015, la Cour de cassation a admis la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger sur les registres d'état civil français nonobstant l'existence d'une convention de mère porteuse. En effet, dans les deux espèces, une mère porteuse de nationalité russe donne naissance à un enfant dont le père biologique est un ressortissant français. Néanmoins, au moment de la déclaration de naissance en Russie, la filiation maternelle est établie à l'égard de la mère porteuse. En l'état, le père demande alors la transcription de l'acte en France. Sans

réelle surprise, le procureur de la république va s'opposer à une telle transcription au nom de l'ordre public international français : l'existence d'une convention de mère porteuse n'ayant pu échapper au défenseur de l'intérêt général.

L'Assemblée plénière ne va pas suivre cette position. Au contraire, elle admet la transcription, en France, de l'acte de naissance établi à l'étranger malgré l'existence d'une convention de mère porteuse, au visa des articles 47 du Code civil et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en énonçant que l'acte établi à l'étranger n'était ni « irrégulier, [ni] falsifié, ou que les faits qui étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

La doctrine n'hésitera pas à interpréter une telle position comme un revirement de jurisprudence intervenant à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>2</sup>. Précisément, la Cour européenne des Droits de l'Homme avait reproché à la

<sup>1</sup> Article 16-7 du Code civil.

<sup>2</sup> Arrêt CEDH, *LABASSEE vs France*, 26 juin 2014, note Rodolphe MESA, *Revirement relatif à la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA*, *Dalloz actualité*, Janvier 2016.

France d'avoir méconnu l'article 8 sauvegardant le droit au respect de la vie privée et familiale, car en privant le père biologique de la transcription de l'acte de naissance de son enfant né d'une convention de mère porteuse, cela empêchait l'enfant de se prévaloir d'un droit successoral *ab intestat* voire de revendiquer la nationalité française du fait d'un parent français.

Cependant, ce revirement de jurisprudence est à interpréter avec prudence dans la mesure où la Cour de cassation ne valide aucunement la transcription des actes de naissance d'enfants nés de conventions de mère porteuse à l'étranger qui demeure contraire à l'ordre public international, mais apporte pour le moins une précision non négligeable.

En réalité, la Cour de cassation prend pour référence la réalité biologique comme critère de validation de la transcription des actes de naissance dressés à l'étranger. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le refus de transcription des naissances issues des conventions de mère porteuse se justifie certes par le principe de l'indisponibilité du corps humain, mais aussi par la réalité biologique, car la mère, en droit français, est celle qui accouche. Du coup, la convention de mère porteuse repose, dans la grande majorité des cas, sur une filiation mensongère qui justifie le refus d'établissement de la filiation à l'égard de la mère d'intention, la majorité des bénéficiaires des conventions de

mère porteuse souhaitant établir la filiation à l'égard de la mère d'intention et non à celui de la mère gestatrice. Comme le recours à la convention de mère porteuse est un projet de couple, le droit français refusait tout aussi bien la reconnaissance de la filiation paternelle même lorsque le père était le parent biologique de l'enfant dès lors que la mère était la mère d'intention.

Or, la réalité biologique existait dans les arrêts rendus par la Cour de cassation dans la mesure où l'acte de naissance étranger ne mentionnait pas pour mère la mère d'intention, mais la mère gestatrice autrement dit, celle qui a accouché de sorte que la filiation de la mère n'est ni mensongère, ni frauduleuse, amenant ainsi la Haute juridiction à valider la transcription de l'acte étranger à l'état civil français. En somme, la Haute juridiction apporte une interprétation modérée des conséquences de l'interdiction de la GPA, car si les actes étrangers établis à l'égard de la mère d'intention demeurent contraire à l'ordre public international français, elle ne l'est plus lorsque la mère désignée dans l'acte étranger est celle qui a accouché quand bien même il y ait eu recours à la convention de mère porteuse, ce qui permet ainsi au père biologique de se voir reconnaître le lien de filiation avec son enfant.

# *Etiquetage : commentaire de l'arrêt CJUE du 4 juin 2015, aff. C-195/14 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände contre Teekanne GmbH & Co. KG*



**Albin ANDRIEUX**

*Docteur en droit privé  
ATER à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

*Vanille et framboise ! Les faits de l'affaire auraient certainement fait sourire un chansonnier héraultais ; pour le juriste et le professionnel du secteur agroalimentaire, l'arrêt de la CJUE offre des précisions non négligeables sur le contenu de l'étiquetage en droit de l'Union.*

Les faits ayant donné lieu à l'affaire méritent d'être brièvement rappelés. La société Teekane commercialisait en Allemagne une tisane (« Felix aventure framboise-vanille ») en sachets contenus dans une boîte comportant notamment des images de framboise et de vanille. Sur l'emballage du produit, était dressée la liste des ingrédients : « Hibiscus, pomme, feuilles de mûre douce, zeste d'orange, églantier, arôme naturel avec goût de vanille, zeste de citron, arôme naturel avec goût de framboise, mûres, fraise, myrtille, sureau ».

Or, la tisane ne comportait ni framboise ni vanille. L'Union fédérale des centrales et associations de consommateurs (« Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ») se décida alors à saisir le juge pour demander à la société d'arrêter toute promotion de cette tisane « aux fruits » arguant du fait qu'un tel étiquetage est de nature à induire le consommateur en erreur. Si le tribunal de première instance fit droit à la demande de l'Union fédérale, la juridiction d'appel annula le jugement en estimant que les dispositions du Code relatif aux denrées alimentaires et la loi relative à la concurrence déloyale allemands devaient s'interpréter en se référant aux attentes du consommateur moyen. Selon cette juridiction, le fait que l'étiquetage mentionne « arôme naturel avec goût de vanille/framboise » suffit à lui faire comprendre qu'il ne s'agit pas d'arômes de vanille ou de framboise, mais d'arômes dont le goût s'en rapproche.

L'association de consommateurs exerça alors un recours en révision devant la Cour fédérale de justice allemande qui posa alors la question préjudicielle suivante à la CJUE :

*« L'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard peuvent-ils suggérer, au moyen de l'apparence, de la description ou d'une représentation graphique, la présence d'un ingrédient déterminé alors que, en fait, cet ingrédient y est absent et que cette absence ressort uniquement de la liste des ingrédients visée à l'article 3, paragraphe 1, point 2, de la directive 2000/13 ? »*

Autrement dit, l'étiquetage représentant des ingrédients d'une denrée alimentaire qui n'y sont point contenus, comme l'indique sa liste d'ingrédients, est-il de nature à induire le consommateur en erreur ?

Afin de déterminer si un tel étiquetage est de nature contraire au droit de l'Union (II), le magistrat européen quitte sa robe pour revêtir les habits de consommateur moyen (I).

## **I) Dans la peau du consommateur moyen**

Il est nécessaire d'appréhender la notion de consommateur moyen (A) avant de décrire l'analyse de son attitude face à l'étiquetage (B).

### **A) La définition du consommateur moyen**

Afin d'apprécier le caractère déceptif de l'étiquetage, le juge recourt à la notion de consommateur moyen. Celui-ci se définit comme quelqu'un de « *normalement informé*

*et raisonnable attentif et avisé* »<sup>1</sup>. En clair, il s'agit donc du citoyen « normal » ; ni trop intelligent ni trop bête, un profane en matière d'étiquetage alimentaire, mais capable de lire une étiquette. Cette entité abstraite rappelle fortement feu la notion de bon père de famille ; ce n'est ni plus ni moins que la personne physique raisonnable n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle<sup>2</sup> placée dans une situation d'achat.

Bien que la notion de consommateur moyen soit absente de la directive 2000/13/CE concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard – elle a été intégrée dans le règlement (UE) N°1169/2011 (dit règlement INCO) en matière d'information des consommateurs –, la Cour de justice s'y réfère depuis la fin des années 1990<sup>3</sup>. Le règlement INCO ne donne guère de définition de cet individu normal tandis que la directive 2005/29/CE relative aux pratiques déloyales vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur rappelle ses particularités : il « *est normalement informé et raisonnablement attentif, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques* »<sup>4</sup>. En matière d'évaluation de la légalité d'une pratique commerciale, la directive précise que lorsqu'elle s'adresse à un groupe particulier de consommateurs, il convient de se rapporter au comportement du consommateur moyen de ce groupe-ci. L'on imagine qu'une telle évaluation trouve à s'appliquer en matière d'étiquetage. C'est à partir de la perception du consommateur moyen que le juge se place afin de déterminer la licéité de l'étiquetage ; il s'agit d'un « *standard juridique* »<sup>5</sup>.

Après avoir tenté de définir cet individu particulièrement normal, il convient d'évaluer son attitude à l'égard de l'étiquetage.

### **B) L'attitude du consommateur moyen en matière d'étiquetage de denrées alimentaires**

Au moment d'acheter un produit, le consommateur est influencé par la somme d'informations dont il dispose. Une publicité pourra l'avoir tenté de se tourner vers le produit vanté ; une offre promotionnelle peut également avoir un impact non négligeable sur son comportement ; la présentation du produit avec son étiquetage finira de lui donner un aperçu du produit. Quel est son comportement lors de la confrontation avec le bien ? Se fierait-il uniquement à la publicité entendue ou ira-t-il

plus loin ? La Cour, en se fondant sur deux précédents<sup>6</sup>, estime que le consommateur lira en premier lieu la liste d'ingrédients obligatoire afin d'arrêter son choix : « *les consommateurs, dont la décision d'acheter est déterminée par la composition des produits qu'ils se proposent d'acquérir, lisent d'abord la liste des ingrédients dont la mention est obligatoire* »<sup>7</sup>.

L'importance de la liste d'ingrédients apparaît cruciale aux yeux du magistrat européen afin de déterminer la capacité de l'étiquetage à induire le consommateur en erreur. Toutefois, dans cette affaire, l'examen de l'étiquetage par le juge ne se réduit pas à la seule liste d'ingrédients ; l'arrêt procède à un examen général de celui-ci afin d'évaluer l'impression du consommateur.

### **II) Etiquetage et tromperie potentielle du consommateur moyen**

Rappelant que la définition de l'étiquetage ne se limite pas au seul texte (A), le juge procède à un examen de l'impression globale du consommateur face à l'étiquetage (B).

#### **A) Le rappel de la définition de l'étiquetage**

Les juges de la CJUE visent l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 3, sous a) de la directive 2000/13/CE qui définit l'étiquetage comme « *les mentions, indications, marques de fabrique ou de commerce, images ou signes se rapportant à une denrée alimentaire et figurant sur tout emballage, document, écriteau, étiquette, bague ou collerette accompagnant ou se référant à cette denrée alimentaire* »<sup>8</sup>.

L'étiquetage se perçoit donc comme une notion inclusive qui ne se limite en aucun cas au texte présent sur l'emballage. En réalité, la définition est tellement large qu'elle inclut la publicité « se référant à cette denrée alimentaire » ; la présentation de la denrée alimentaire – entendue de façon large – est visée par la directive. Les faits de l'affaire révèlent une contradiction saisissante entre la suggestion et l'indication : des dessins sur l'emballage suggèrent la présence de vanille et de framboise alors que la liste des ingrédients indique leur absence. La liste d'ingrédients de l'emballage de la tisane n'est d'ailleurs nullement critiquée par la Cour et précise à ce sujet qu'il s'agit d'un élément important, voire fondamental, de choix des consommateurs (point 36 de l'arrêt).

Mais la Cour, après avoir rappelé la définition de l'étiquetage, insiste sur la nécessaire évaluation de la potentielle tromperie en ne se limitant pas à l'écrit : les différents signes ou images doivent être pris en compte.

<sup>1</sup> Point 36 de l'arrêt commenté.

<sup>2</sup> Le règlement 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs définit le consommateur comme « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* » (article 2 paragraphe 1 dudit règlement). La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi « Hamon ») ajoute au Code de la consommation un article préliminaire reprenant intégralement la définition européenne.

<sup>3</sup> CJUE, 11 novembre 1997, affaire C-251/95, Sabel BV c/ Puma

<sup>4</sup> Considérant n°18 de la directive 2005/29/CE.

<sup>5</sup> Sur la notion de « consommateur moyen », voir notamment : Monique LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire », *Revue Contrats Concurrence Consommation*, n°1, janvier 2000, chron.

<sup>6</sup> CJCE, 26 octobre 1995, Commission c/Allemagne aff. C-51/94, point 34 ; CJCE, 4 avril 2000, Darbo, aff. C-465/98, point 22.

<sup>7</sup> Point 37 de l'arrêt commenté.

<sup>8</sup> Définition qui figurait déjà dans la directive 79/112/CEE du décembre 1978, et reprise par *in extenso* à l'article 1, paragraphe 2 sous j) du règlement (UE) n°1169/2011.

**B) L'impression globale du consommateur face à l'étiquetage**

Toutefois, et c'est sur ce point que l'arrêt est remarquable, les juges tiennent compte de l'impression globale laissée au consommateur devant l'emballage du produit : il n'est absolument pas analysé si la véracité de la liste d'ingrédients compense le caractère laudatif – voire trompeur – de l'emballage : « *Or, (...) la liste des ingrédients peut, dans certaines situations, même si elle est exacte et exhaustive, être inapte à corriger de manière suffisante l'impression erronée ou équivoque du consommateur concernant les caractéristiques d'une denrée alimentaire qui résulte des autres éléments composant l'étiquetage de cette denrée* » (point 40 de la décision). Le juge ne s'attarde pas sur la mention de « goût » de la liste d'ingrédients ; s'agit-il d'une indication suffisamment précise ?

Selon le juge européen, le fait que la liste d'ingrédients précise l'absence d'ingrédients, qu'elle soit complète et sincère, ne suffit pas à considérer que l'étiquetage n'induit pas en erreur le consommateur moyen. Ainsi, la CJUE affirme que la suggestion graphique d'ingrédients absents de la denrée alimentaire est contraire à la directive 2000/13/CE.

Au vu de la jurisprudence précédente, l'arrêt opère non un changement radical de perception des attentes du consommateur, mais un glissement tendant à un renforcement de sa protection. Dans l'arrêt Darbo<sup>9</sup>, le juge communautaire avait été saisi d'un litige relatif à la mention « purement naturelle » apposée sur l'étiquette d'une confiture alors que celle-ci comportait de la pectine – un gélifiant – mentionnée dans la liste des ingrédients et des résidus de polluants, visiblement inévitables dans les contrées occidentales.

Le juge avait retenu que l'étiquetage de la confiture n'était point trompeur car il était précisé la présence du gélifiant dans la liste d'ingrédients et que la présence fortuite de polluants ne nécessitait point, selon le droit en vigueur, un étiquetage particulier puisqu'il ne s'agit pas d'ingrédients.

Dans cette affaire-ci, la liste d'ingrédients vint corriger la présentation générale du produit : « *un consommateur moyen (...) ne saurait être induit en erreur par la simple mention « purement naturelle » inscrite sur l'étiquette, du simple fait que la denrée alimentaire comporte du gélifiant pectine dont la présence est régulièrement mentionné sur la liste des ingrédients qui la composent* » (point 22 de l'arrêt Darbo) ; au contraire de l'arrêt étudié dans lequel les juges considèrent l'ensemble de l'étiquetage en se concentrant particulièrement sur le ressenti du consommateur qui ne peut être contrebalancé par la liste d'ingrédients obligatoire.

En quelque sorte, selon le juge européen, pour le consommateur moyen moderne, l'image et la présentation l'emportent sur le texte.

---

<sup>9</sup> CJCE, 4 avril 2000, aff. C-465/98.

# *Retour sur un an de précisions en matière de clause de non-concurrence*

**Arnaud CASADO**

*Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

D'origine prétorienne, la notion et le régime des clauses de non-concurrence ne cessent d'être ciselés par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. L'année qui vient de s'écouler fut particulièrement riche en enseignements.

Sans qu'il soit nécessaire de s'appesantir sur les droits étrangers, on relèvera que « *le Sénat hollandais a adopté, le 10 juin 2014, le projet de loi sur le travail et la sécurité qui [... précise qu'à] compter du 1er janvier 2015, les clauses de non-concurrence seront en principe considérées comme nulles lorsqu'elles sont stipulées dans un CDD* »<sup>1</sup>. Cette disposition est néanmoins supplétive de volonté en ce que les parties peuvent, par écrit, démontrer la nécessité de la clause en raison de l'activité de l'employeur. Une telle démonstration emporte la validité de la clause<sup>2</sup>.

En droit national, l'année écoulée a apporté son lot de précisions tant sur la notion de clause de non-concurrence (I) que sur le régime de celle-ci (II).

## **I. Précisions sur la notion de clause de non-concurrence**

Depuis l'arrêt Barbier<sup>3</sup>, la Cour de cassation impose quatre conditions pour la validité de la clause de non-concurrence : celle-ci doit être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise<sup>4</sup>, elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace, elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et doit comporter une contrepartie pécuniaire. Ce dernier critère permet de distinguer la clause de non-concurrence d'autres clauses proches. Aussi, après l'étude des critères de la clause de non-concurrence (A), la haute juridiction nous invite à nous pencher sur ses frontières (B).

### **A. Les critères de la clause de non-concurrence**

Bien que les critères de la clause de non-concurrence permettent d'en apprécier la validité, seule l'opération contractuelle voulue permet de qualifier la clause. Sur ce point, il importe peu que le nom donné à la clause par les parties ne soit pas exact. Aussi, « *une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur [doit s'analyser en] une clause de non-concurrence* »<sup>5</sup>.

Les jurisprudences de l'année écoulée ont apporté des précisions sur les limites géographiques de la clause et sur la contrepartie financière.

S'agissant des limites géographiques, il a été jugé que dès lors que la zone géographique concernée par la clause de non-concurrence n'était pas explicitement définie, l'employeur devait être condamné à indemniser le salarié au titre de l'indemnité de non-concurrence<sup>6</sup>.

S'agissant de la contrepartie financière, la haute juridiction rappelle que « *le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture* »<sup>7</sup>. Deux observations peuvent être faites. D'abord, la chambre sociale n'exclut pas que le montant de la contrepartie financière soit fonction de la durée d'exécution du travail ; toutefois, il ne doit pas dépendre *exclusivement* de cette durée. Ensuite, si le paiement de la clause de non-

<sup>1</sup> D. Rudelli, L. Uhring, « À l'international », JCP S, n° 52, 23 déc. 2004, act. 464.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cass. soc., 10 juill. 2002, D. 2002 p. 2491.

<sup>4</sup> Cass. soc., 14 mai 1992, D. 1992 p. 350.

<sup>5</sup> Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-19327.

<sup>6</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-21568.

<sup>7</sup> Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19.472, FS-P+B, M. P. c/ SAS Laser Symag et a. : JurisData n° 2014-000255. I. Beyneix, « Causes et conséquences de la nullité d'une clause de non-concurrence », JCP S, n° 22, 3 Juin 2014, 1224.

concurrence ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail, les sommes versées par l'employeur, au titre de cette clause, avant la rupture du contrat doivent s'analyser en un complément de salaire. À ce titre, 1<sup>re</sup> Cour rappelle également que « le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause »<sup>8</sup>. Il en résulte que l'employeur ne peut obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause de non-concurrence nulle, ces dernières devant s'analyser comme un complément de salaire. Le montant de la contrepartie financière a également retenu l'attention des magistrats. Un arrêt du 9 avril 2015 rappelle que « doit être réputée non écrite la minoration par les parties, dans le cas d'un mode déterminé de rupture du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence »<sup>9</sup>. La nature de la rupture est donc indifférente quant au montant de cette contrepartie. La solution est logique. La clause vise à compenser l'atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle. Le montant de la contrepartie financière serait ainsi « détourné » de sa finalité si ce dernier était également fonction du mode de rupture, et donc possiblement du comportement fautif du salarié.

En outre, lorsque le montant de la contrepartie financière fait l'objet d'un calcul évolutif en fonction de la durée de celle-ci, la chambre sociale précise qu'il convient d'apprécier le caractère dérisoire de la clause sur le montant des sommes pouvant être versées et non sur le montant des sommes versées mois après mois<sup>10</sup>. En l'espèce, le montant de la contrepartie versée augmentait d'un dixième de mois par trimestre. La cour d'appel avait jugé manifestement dérisoire la contrepartie versée lors des trois premières tranches. Ce raisonnement est censuré par la haute juridiction.

Ces précisions sur la contrepartie financière permettent, par effet récursoire, de mieux cerner en quoi ce critère permet de distinguer la clause de non-concurrence d'autres clauses proches

## B. Les frontières de la clause de non concurrence

Une clause de confidentialité<sup>11</sup>, ou une clause de discrétion<sup>12</sup>, en ce qu'elles ne portent pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, ne peuvent s'analyser en une clause de non-concurrence. Partant, la haute juridiction en a exactement déduit que de telles clauses « n'ouvraient pas droit à contrepartie

financière »<sup>13</sup>. Autrement dit, l'ancien employeur n'est pas tenu d'indemniser la sujétion engendrée par la clause qui se borne à imposer la confidentialité des informations détenues par le salarié le concernant. Seule l'atteinte à la liberté d'exercer une activité professionnelle justifie le versement de la contrepartie financière dans le cadre de la clause de non-concurrence.

Il en résulte une difficulté lorsque l'absence de contrepartie financière de la clause est prévue par la loi ou le règlement. Deux arrêts récents font état de cette contrariété<sup>14</sup>. Dans les deux espèces, la Chambre sociale de la Cour de cassation renvoie les parties à la saisine de la juridiction administrative aux fins d'appréciation de la légalité des articles, respectivement du Code rural<sup>15</sup> et du Code de la santé publique, organisant les règles de non-concurrence entre vétérinaires et pharmaciens.

S'agissant des vétérinaires, l'article R. 242-65 du Code rural précise que « sauf convention contraire entre les intéressés, tout vétérinaire ayant exercé en qualité de salarié [...] ne peut fixer son domicile professionnel d'exercice ni exercer en tant que vétérinaire à domicile à moins de vingt-cinq kilomètres du lieu où il a exercé sa profession pendant au moins trente jours, consécutifs ou non, au cours des deux années qui précèdent »<sup>16</sup>.

Deux remarques doivent être faites à la lecture de ce texte. Tout d'abord, le Code intitule lui-même cet article « clause de non-concurrence ». La nature du mécanisme mis en place ne semble donc pouvoir être discutée. On observera sur ce point que les critères traditionnels de la clause sont visés. Le mécanisme vise la protection des intérêts légitimes des cliniques existantes, cette protection est limitée tant d'un point de vue géographique que temporel et tient compte de l'emploi exercé par le salarié ou collaborateur du cabinet vétérinaire. Seule l'exigence d'une contrepartie financière n'est pas reprise par ce texte portant postérieur à l'arrêt Barbier.

Ensuite, ce texte est supplétif de volonté<sup>17</sup>. Il peut en être déduit que si les parties ont la faculté de renoncer à cette clause de non-concurrence, elles devraient également avoir la possibilité de conditionner la validité de cette dernière à une contrepartie pécuniaire conventionnelle.

En l'espèce, le contrat d'un vétérinaire salarié comportait une clause de non-concurrence ne prévoyant pas de contrepartie pécuniaire. Après la rupture de son contrat de

<sup>8</sup> Ibid. L. Bento de Carvalho, « Clause de non-concurrence rémunérée par anticipation : la nullité sans la restitution ! », Rev. trav. 2014. 177.

<sup>9</sup> Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-25847.

<sup>10</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-25349

<sup>11</sup> L. Gratton, « La clause de confidentialité sans contrepartie financière obligatoire, un horizon indépassable ? », Rev. trav. 2015. 39.

<sup>12</sup> N. Léger, « De la compensation financière d'une clause de discrétion », JCP S, n° 44, 28 oct. 2014, act. 386 ; H. Guyot, « Entre obligation de reclassement et obligation de discrétion », JCP S, n° 50, 9 déc. 2014, 1471.

<sup>13</sup> Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 13-11524. « Mais attendu qu'ayant constaté que la clause litigieuse ne portait pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais se bornait à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a exactement déduit que cette clause n'ouvrait pas droit à contrepartie financière ».

<sup>14</sup> Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19.118 et Cass. soc., 15 janv. 2015, n° 13-23799.

<sup>15</sup> J. Mouly, « Une nouvelle question préjudicielle : la légalité de l'article R. 242-65 du code rural relatif aux clauses de non-concurrence imposées aux vétérinaires sans contrepartie financière », Dr. Soc. 2014. 286.

<sup>16</sup> Article R. 242-65 du Code rural, Modifié par Décret n°2003-967 du 9 octobre 2003 - art. 1 JORF 11 octobre 2003.

<sup>17</sup> « sauf convention contraire entre les intéressés ».

travail, le salarié ne respecte pas cette clause et est condamné par les juridictions ordinaires à une suspension d'activité de douze mois. Le salarié saisit alors la juridiction prud'homale pour faire juger que la clause de non-concurrence était frappée de nullité. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt en date du 28 mars 2012, confirme la validité de la clause aux motifs d'un strict respect des dispositions de l'article R. 242-65 du Code rural. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu au visa du principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle, précise que « l'examen du pourvoi, qui soutient qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle comporte une contrepartie financière et qu'il en résulte qu'aucune disposition réglementaire ne saurait autoriser valablement un employeur à imposer une obligation de non-concurrence à un salarié sans prévoir le versement d'une contrepartie financière, nécessite que soit posée la question de l'appréciation de la légalité du texte réglementaire susvisé, laquelle soulève une difficulté sérieuse »<sup>18</sup>. Partant, la haute juridiction sursoit à statuer sur le pourvoi jusqu'à la décision qui sera rendue par la juridiction administrative sur la légalité de l'article R. 242-65 du code rural.

S'agissant des pharmaciens, un mécanisme identique est prévu par l'ancien article R. 5015-59 du Code de la santé publique<sup>19</sup>. Aussi, la Cour de cassation adopte-t-elle une formule identique<sup>20</sup> pour sursoir à statuer tant que la juridiction administrative n'a pas apprécié la légalité de l'article R. 5015-59 du code de la santé publique.

On peut s'étonner de cette position dès lors que la chambre commerciale a récemment rappelé que la validité d'une clause de non-concurrence prévue à l'occasion de la cession de droits sociaux<sup>21</sup> n'est pas nécessairement subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière<sup>22</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse où les associés ou actionnaires ont également, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'une contrepartie pécuniaire est nécessaire<sup>23</sup>. Ces

<sup>18</sup> Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19.118.

<sup>19</sup> Ce dernier texte précise « un pharmacien qui, soit pendant, soit après ses études, remplace ou assiste un de ses confrères, ne doit pas s'installer, pendant un délai de deux ans, dans un établissement où sa présence permette une concurrence directe avec le pharmacien qu'il a remplacé ou assisté, à moins qu'il n'y ait entre les intéressés un accord qui doit être notifié au conseil compétent ».

<sup>20</sup> Cass. soc., 15 janv. 2015, n° 13-23799 : « l'examen du pourvoi, qui soutient qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle comporte une contrepartie financière et qu'il en résulte qu'aucune disposition réglementaire ne saurait autoriser valablement un employeur à imposer une obligation de non-concurrence à un salarié sans prévoir le versement d'une contrepartie financière, nécessite que soit posée la question de l'appréciation de la légalité du texte réglementaire susvisé, laquelle soulève une difficulté sérieuse ».

<sup>21</sup> J-Fr. Barbiéri, « Cession de droits sociaux incluant un engagement de non-concurrence : pas de contrepartie financière spécifique », Rev. sociétés 2014, 102

<sup>22</sup> Cass. Com. 8 oct. 2013, n° 12-25984.

<sup>23</sup> J. Mouly, « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence de l'associé-salarié : une conciliation à minima avec la jurisprudence de la chambre sociale », Dr.soc. 2014, 174.

arrêts, plus qu'une possible divergence entre les deux chambres sur la question de la clause de non-concurrence, invite surtout à s'interroger sur la conception statutaire du salariat et à la place qu'occupe, dans ce statut, l'obligation de non-concurrence dont il convient maintenant d'apprécier le régime.

## II. Précision sur le Régime de la clause de non concurrence

La Cour de cassation a apporté des précisions sur le régime de la clause (B) et notamment sur le point de départ et la dispense de celle-ci (A).

### A. Précisions sur le point de départ de la clause et sur sa dispense

A titre liminaire, il peut être rappelé que la clause de non-concurrence « est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, renoncer unilatéralement à cette clause, au cours de l'exécution de cette convention »<sup>24</sup>. La détermination du point de départ de l'exécution de la clause revêt donc une importance capitale. Or, une complication doit être relevée lorsque l'employeur souhaite dispenser le salarié de l'exécution de son préavis.

La Cour de cassation a récemment rappelé « qu'en cas de rupture du contrat de travail avec dispense d'exécution du préavis par le salarié, la date à partir de laquelle celui-ci est tenu de respecter l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité sont celles du départ effectif de l'entreprise »<sup>25</sup>. Les juges du quai de l'horloge en déduisent que « l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires »<sup>26</sup>. Cette solution est une confirmation d'un arrêt du 13 mars 2013<sup>27</sup>. On observera que les stipulations du contrat de travail ou des dispositions de la convention collective fixant un délai de levée de la clause postérieur au départ effectif du salarié sont inopposables à l'employeur,<sup>28</sup> et ce tant en matière de licenciement avec dispense de préavis<sup>29</sup> que de démission avec dispense d'exécution du préavis<sup>30</sup>.

Il ne faut toutefois pas confondre la date de départ effectif de l'entreprise et la date de rupture du contrat. Ainsi, en

<sup>24</sup> Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-22257.

<sup>25</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-24471. J. Mouly, « Résiliation conventionnelle et point de départ du délai de renonciation à une clause de non-concurrence », Dr. soc. 2014, 383.

<sup>26</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-24471.

<sup>27</sup> Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150 : JurisData n° 2013-004219 ; JCP S 2013, 1248, note I. Beyneix.

<sup>28</sup> N. Dauxerre, « Dans quel délai lever une clause de non-concurrence ? », JCP G, n° 5, 3 fév. 2015.

<sup>29</sup> Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-68.762.

<sup>30</sup> Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-21.150.

matière de rupture conventionnelle, dans une espèce où les « *contrats de travail stipulaient une clause de non-concurrence dont le salarié pouvait être délié par l'employeur "au plus tard dans les quinze jours qui suivent la première présentation de la notification de la rupture du contrat de travail"* »<sup>31</sup> il a été jugé que « *le délai de quinze jours au plus tard suivant la première présentation de la notification de la rupture du contrat de travail dont dispose contractuellement l'employeur pour dispenser le salarié de l'exécution de l'obligation de non-concurrence a pour point de départ la date de la rupture fixée par la convention de rupture* »<sup>32</sup>. Force est ainsi de constater que si le départ effectif du salarié fait obstacle à ce que ce dernier soit dispensé de la clause de non-concurrence malgré des stipulations contraires, rien ne s'oppose à ce que des stipulations contractuelles permettent à l'employeur de dispenser le salarié de sa clause de non-concurrence après la date de rupture du contrat de travail tant que ce dernier réalise encore une prestation dans l'entreprise.

Enfin, les conventions ou accords collectifs peuvent prévoir la forme de la dispense de clause de non-concurrence. À titre d'exemple, la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 précise que l'employeur ne peut libérer le cadre ou l'ingénieur de la clause de non-concurrence que par une mention expresse figurant dans la convention de rupture conventionnelle. La Cour de cassation a validé cette obligation formelle<sup>33</sup>.

Ces précisions apportées, il convient d'envisager les autres précisions sur le régime de la clause de non-concurrence.

## B. Les autres précisions sur le régime

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler<sup>34</sup> au cours de l'année écoulée que « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* »<sup>35</sup>. Il en résulte que ni l'absence de preuve d'un préjudice ni le fait que l'employeur ait délié le salarié de l'exécution de cette clause ne peuvent faire obstacle à la demande de dommages et intérêts formulés par le salarié au titre de la stipulation d'une clause de concurrence nulle.

Enfin, il a été jugé que « *la clause de non-concurrence prenant effet à compter de la rupture du contrat de travail, la cessation d'activité ultérieure de l'employeur n'a pas pour effet de décharger le salarié de son obligation de non-*

*concurrence* »<sup>36</sup>. Cette solution est étrange en ce que la disparition de l'employeur fait obstacle à ce que son ex-salarié puisse encore lui faire de la concurrence ; n'étant plus un acteur du marché, aucune concurrence ne peut plus lui être faite. Une réflexion sur la caducité de la clause ne serait ainsi pas à exclure. Cette solution peut néanmoins être expliquée par une logique purement financière : « *puisque la salariée n'avait pas été libérée de son obligation par l'employeur, il revenait aux juges du fond d'examiner la demande en paiement de la contrepartie financière au prorata de la durée d'exécution de l'obligation de non-concurrence* »<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-22116.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Cass. soc., 4 fév. 2015, n° 13-25451.

<sup>34</sup> « De l'indemnisation du salarié en cas de clause de non-concurrence nulle », JCP S, n° 46, 11 nov. 2014 : « *Il s'agit là d'une confirmation de jurisprudence. Le respect de la clause illicite cause en effet nécessairement un préjudice au salarié* (Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-20.998). *Dès lors que la clause est dépourvue de contrepartie pécuniaire, le salarié doit être indemnisé, même s'il n'a pas eu à l'appliquer après la rupture du contrat de travail* (Cass. Soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280. – Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70.306 : JurisData n° 2011-004878 ; JCP S 2011, 1257, note Y. Pagnerre).

<sup>35</sup> Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-24000.

<sup>36</sup> Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-26374, « *Clause de non-concurrence : portée de la cessation d'activité ultérieure de l'employeur* », D. 2015. 271.

<sup>37</sup> L. Dauxerre, « *Clause de non-concurrence : effet de la cessation d'activité de l'employeur postérieure à la rupture du contrat de travail* », JCP G, n° 5, 3 fév. 2015.

# *La commission-affiliation est-elle une alternative à la franchise ?\**

\* Cet article est tiré d'une contribution à un colloque organisé à Montpellier sous la direction du Pr. D. Mainguy et consacré à « la crise du contrat de franchise ».

*Nicolas FERRIER*

*Agrégé des Facultés*

*Professeur à l'Université de Montpellier*

*Directeur du Master II droit de la distribution et des contrats d'affaires*

La commission-affiliation est le contrat par lequel un distributeur est chargé de commercialiser des produits, en son nom mais pour le compte d'un fournisseur (c'est l'aspect « commission ») et sous l'enseigne de celui-ci (c'est l'aspect « affiliation »).

Cette formule contractuelle a été imaginée par la pratique au début des années 1990 en vue d'échapper au contrat de franchise et plus précisément à certaines de ses contraintes tenant notamment à l'interdiction de l'imposition des prix de revente.

On comprend alors le lien « ontologique » existant entre la commission-affiliation et la franchise : l'un a été créé en réaction et en guise d'alternative à l'autre.

La commission-affiliation présente ainsi fondamentalement un lien de proximité avec la franchise, une alternative supposant une forme d'équivalence entre ses différentes branches. De fait, les deux opérations présentent des similitudes : un distributeur indépendant (franchisé ou commissionnaire-affilié) commercialise sous l'enseigne, voire en application du savoir-faire d'un fournisseur (franchiseur ou commettant) et dans le respect de normes déterminées par celui-ci, des produits (généralement ceux du titulaire de l'enseigne).

Pour autant, la commission-affiliation se distingue de la franchise puisqu'elle n'en est précisément qu'une alternative. De fait, la commission-affiliation est une forme de représentation qualifiée d'imparfaite<sup>1</sup>. En qualité de représentant, le commissionnaire-affilié, ne revend pas les produits comme le franchisé, mais les vend

pour le compte du fournisseur, ce qui permet notamment au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de vente (et non de revente) des produits dont il conserve la propriété et de soulager le distributeur du financement et de la gestion des stocks.

Ces observations suffisent à percevoir la proximité de la commission-affiliation et de la franchise mais également l'intérêt de recourir à la première plutôt qu'à la seconde. Faut-il en déduire que la commission-affiliation a vocation à remplacer la franchise ? La conclusion serait évidemment hâtive. Il suffit d'emblée d'observer la réalité pour voir qu'il n'en est rien, puisque le développement de la franchise n'a pas été affecté par l'apparition de la commission-affiliation. Par-delà ce constat, la confrontation de ces deux modes de distribution soulève une double interrogation quant à l'alternative ainsi proposée :

- Sur le principe de l'alternative, on peut se demander si la commission-affiliation en est réellement une. L'interrogation se justifie d'abord au regard de l'affirmation selon laquelle la commission-affiliation peut se cumuler avec la franchise<sup>2</sup> (certains contrats visant expressément une « franchise en commission-affiliation »<sup>3</sup>). Elle se justifie ensuite au regard de la notion même de commission-affiliation discutée dans son principe.

- Sur l'intérêt de l'alternative, on peut se demander si les contraintes juridiques attachées à la commission-

<sup>1</sup> Afin de la distinguer du mandat, forme de représentation parfaite par laquelle le mandataire agit non seulement pour le compte mais également au nom du mandant.

<sup>2</sup> Ph. Le Tourneau, Les contrats de franchisage, 2<sup>e</sup> éd. Lexisnexis, 2007, n° 113

<sup>3</sup> Paris, 4 mars 2014, n° 13/10712.

affiliation ne sont pas supérieures à celles résultant de la franchise, ruinant incidemment l'intérêt de la formule.

Présenter la commission-affiliation comme une alternative à la franchise et s'interroger sur sa capacité à la supplanter conduit ainsi à s'interroger sur l'existence de l'alternative (I.) et sur son intérêt (II.).

### I. L'existence de l'alternative

D'une manière générale, une alternative suppose un choix entre deux formules qui ne sont pas parfaitement identiques. L'alternative entre franchise et commission-affiliation conduit donc à apprécier la singularité de la commission-affiliation par rapport à la franchise et, au-delà, la réalité de la commission-affiliation.

#### A. La singularité de la commission-affiliation

##### 1°. Convergences

La commission-affiliation et la franchise sont présentées comme très proches<sup>4</sup>, ce qui se comprend au regard de leurs nombreux points de convergence.

a) Certains caractères de la franchise se retrouvent toujours dans la commission-affiliation .

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié est un commerçant juridiquement indépendant. Il commercialise les produits en son propre nom et en dehors de toute subordination juridique. Il a donc la qualité d'entrepreneur, dirige sa propre entreprise, embauche des salariés dont il est seul l'employeur. Il a seul également la qualité juridique de vendeur à l'égard de ses clients, lesquels ne sont pas juridiquement liés au commettant. Il est un intermédiaire opaque, conséquence directe de sa qualité de commissionnaire.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié exerce son activité sous l'enseigne du fournisseur.

b) D'autres caractères de la franchise se retrouvent souvent, mais pas nécessairement, dans la commission-affiliation .

Comme certains franchisés, le commissionnaire-affilié supporte le plus souvent un engagement d'exclusivité d'activité au profit du fournisseur.

Comme tout franchisé, le commissionnaire-affilié bénéficie parfois de la mise à disposition d'un savoir-faire, voire d'une assistance, ce qui renforce, lorsque

l'hypothèse se vérifie, la proximité de la commission-affiliation et de la franchise.

##### 2°. Divergences

Bien que les opérations présentent une proximité, plus ou moins forte, des divergences essentielles les séparent, éclairant d'ailleurs l'intérêt du choix de l'une ou l'autre formule et soulignant la singularité de commission-affiliation.

a) Ces divergences tiennent d'abord, on vient de le souligner, à la place occupée par le savoir-faire dans la commission-affiliation et dans la franchise : alors qu'elle est essentielle dans la seconde, elle est seulement éventuelle dans la première. Il en ressort plus fondamentalement une divergence tenant à l'économie respective de chacune de ces opérations.

En effet, la commission-affiliation vise d'abord la commercialisation des produits du commettant, alors que la franchise vise d'abord la réitération d'une réussite commerciale par l'exploitation d'un savoir-faire. Autrement dit, la commission-affiliation est avant tout un contrat de spécialisation alors que la franchise est un contrat de réitération<sup>5</sup> : le commettant, en sa qualité de fournisseur, se spécialise dans la sélection des produits et le commissionnaire-affilié dans leur distribution ; tandis que le franchiseur qui a réussi dans une activité de distributeur permet au franchisé de réitérer les éléments de cette réussite.

b) Ces divergences tiennent ensuite aux modalités d'intervention du distributeur. Le commissionnaire-affilié commercialise les produits pour le compte du fournisseur, alors que le franchisé agit pour son propre compte. Il s'agit là de la conséquence directe de la qualité de commissionnaire. La différence est fondamentale car elle explique dans une très large mesure le recours à la commission-affiliation<sup>6</sup>. Alors que le franchisé achète pour revendre, le commettant reste propriétaire des produits « en dépôt » chez le commissionnaire-affilié, lequel les vend généralement au prix fixé par le commettant.

La comparaison de la commission-affiliation et de la franchise révèle ainsi l'originalité de la première. Elle conduit toutefois à s'interroger sur la réalité de la formule.

<sup>4</sup> D. Maingy et J.-L. Respaud, « À propos du contrat de la "commission-affiliation" », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 761 ; G. Amédée-Manesme, *La politique des prix et la commission-affiliation, un juste équilibre à trouver*, Dalloz Affaires 1999, p. 1160.

<sup>5</sup> Sur cette distinction, D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 7<sup>e</sup> éd. Lexinexis, 2014, n° 542.

<sup>6</sup> V. supra.

## B. La réalité de la commission-affiliation

Depuis son apparition, des voix s'élèvent pour contester la réalité de la commission-affiliation, qui relèverait selon certains de la figure impossible. Autrement dit, la commission-affiliation serait en permanence soumise à un risque de disqualification, emportant alors un risque de requalification.

### 1°. Le risque de disqualification

D'une manière générale, les discussions portent sur la qualité même de commerçant du commissionnaire-affilié<sup>7</sup>. L'interrogation peut paraître saugrenue, si l'on s'en tient au syllogisme le plus élémentaire : le commissionnaire est un commerçant, le commissionnaire-affilié est un commissionnaire, le commissionnaire-affilié est donc un commerçant. De fait, dans son application traditionnelle, le commissionnaire est un professionnel indépendant, qui exploite sa propre entreprise de commission, et dans le cadre de l'activité de laquelle il commercialise les produits de commettants.

Souvent, ce schéma ne correspond pas à la commission-affiliation telle qu'elle vient d'être présentée<sup>8</sup>. Elle s'en distingue par deux éléments : l'exclusivité d'enseigne et les prix imposés.

Certes, sur le plan théorique, ces deux éléments ne sont pas inhérents à la commission-affiliation : on pourrait imaginer un commissionnaire-affilié qui agirait pour plusieurs commettants et sous plusieurs enseignes, voire à des prix seulement conseillés au titre d'un simple mandat indicatif.

Mais la réalité est bien différente car en pratique le commissionnaire-affilié agit généralement sous une enseigne unique, ne distribuant que les produits du commettant et aux prix fixés par celui-ci. Dans ces conditions, retrouve-t-on encore ce qui caractérise le commerçant : l'action en son nom propre et de manière autonome<sup>9</sup> ? La question est discutée.

- S'agissant de l'action en nom propre. L'analyse strictement juridique se concilierait mal avec l'analyse factuelle.

Sur le plan juridique, l'action au nom d'autrui signifie que l'identité du commettant n'a pas à être révélée et, surtout, que, selon l'intention des parties au contrat de commission-affiliation, le commissionnaire-affilié n'est pas habilité à créer un lien juridique direct entre le tiers

contractant et le commettant. Dès lors, peu importe qu'en qualité d'affilié le commissionnaire agisse sous l'enseigne unique du commettant. Autrement dit, la transparence factuelle du commissionnaire-affilié ne remet pas en cause l'opacité juridique précisément voulue par les parties<sup>10</sup> et exprimée par la notion d'action en nom personnel<sup>11</sup>.

Sur le plan factuel, en revanche, l'action en nom personnel semble contredite par l'exclusivité d'enseigne<sup>12</sup>. Mais l'argument ne prouve-t-il pas trop ? A le suivre, en effet, tous les distributeurs commercialisant les produits d'un seul fournisseur, sous l'enseigne exclusive de celui-ci agirait au nom d'autrui, qu'ils soient par exemple franchisés<sup>13</sup> ou locataire-gérant...

En réalité, si la transparence factuelle rend douteuse la qualité de commerçant, c'est qu'elle se combine avec une atteinte à l'autonomie du commissionnaire-affilié.

- S'agissant de l'action autonome, là encore elle existe sur le plan juridique puisque le commissionnaire-affilié n'est pas, par sa seule qualité, dans un état de subordination juridique. Et il faut distinguer ici, d'une part, l'imposition de normes de commercialisation qui vise déjà de nombreux commerçants et notamment des franchisés, mais également des concessionnaires, distributeurs sélectionnés et, d'autre part, l'imposition des conditions de travail.

Mais, ainsi qu'il a été observé : est-il encore commerçant celui qui n'est pas propriétaire de stocks et qui ne fixe pas les prix de vente<sup>14</sup> ? La question se pose avec une acuité particulière lorsque le commissionnaire est placé dans une relation d'exclusivité puisque c'est alors toute son activité qui se trouve sous la maîtrise du commettant. On précisera toutefois que le doute sur la qualité de commerçant reconnue au commissionnaire-affilié résulte moins du fait qu'il n'est pas propriétaire des stocks que du fait qu'il ne maîtrise pas leur constitution, leur assortiment... En effet, par le jeu d'une clause de réserve

<sup>7</sup> La réfutant, V. not. J.-M. Leloup, in La franchise : questions sensibles : Rev. Lamy dr. aff. 7-8/2012, suppl, p. 16.

<sup>8</sup> Rapp. F. Auque, La commission-affiliation, AJDI 2001, p. 1059.

<sup>9</sup> J.-M. Leloup, La franchise, 3e éd. 2000, n° 842 et art. préc. ; D. Ferrier, La commission-affiliation : Charybde ou Scylla : D. 2008, p. 2907 ; N. Dissaux, La commission-affiliation : un monstre juridique ? : RTD com. 2011, p. 33.

<sup>10</sup> A propos de la commission, en ce sens, Cass. com., 7 mai 1962 : Bull. civ. 1962, III, n° 240 ; Cass. com., 15 juill. 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 378. *Contra*, J. Huet et alii, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2012, n° 31128 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil – Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd. 2011, n° 538.

<sup>11</sup> Dans l'hypothèse où les parties ne se seraient pas expressément prononcées sur le point de savoir au nom de qui agit le distributeur, des éléments de la relation établissant la transparence factuelle pourrait contribuer à démontrer que les parties se sont entendues sur l'action du distributeur au nom du fournisseur.

<sup>12</sup> N. Dissaux, art. préc. Encore faut-il distinguer la révélation de la marque et celle de l'identité fournisseur. Si de fait, l'un peut revenir à l'autre ; en droit, la différence est réelle car en dépend la relation juridique avec le client.

<sup>13</sup> Même si les franchisés ont l'obligation légale d'indiquer leur qualité de commerçant indépendant (C. com., art A 441-1).

<sup>14</sup> D. Ferrier, art. préc. ; N. Dissaux, art. préc. ; M.-J. Loyer-Lermercier, Quel avenir pour la commission-affiliation, JCP E 2011, 1218.

de propriété, nombreux sont les distributeurs indépendants qui ne sont pas propriétaires des produits tant qu'ils ne les ont pas revendus, sans que leur qualité de commerçant ne soit contestable.

Au demeurant, cette observation souligne que le doute sur la qualité de commerçant du commissionnaire-affilié résulte d'un faisceau d'indices concordants, dont aucun ne se suffit à lui-seul. La menace de disqualification n'est donc qu'un risque et non une certitude. Plusieurs arrêts reconnaissent d'ailleurs au commissionnaire-affilié la qualité de commerçant<sup>15</sup>. Dans ces conditions, la réalité de la formule suppose que l'autonomie du commissionnaire-affilié soit suffisamment préservée. Reste à déterminer le seuil à partir duquel la qualité de commerçant devient douteuse, ce qui implique de tenir compte du degré de liberté dans la fixation des prix (mandat indicatif) et dans la constitution des stocks (quantité, assortiments...) <sup>16</sup>, ainsi que de l'existence d'un engagement exclusif.

La menace est encore plus grande en cas de cumul commission-affiliation et franchise. L'hypothèse peut sembler d'école puisque la commission-affiliation est présentée comme une alternative à la franchise permettant d'en écarter les contraintes<sup>17</sup>. Elle mérite pourtant d'être envisagée, quitte à la réfuter, car elle est évoquée par certains auteurs et rapportée par certains arrêts.

Si sur un plan théorique il ne paraît pas exister d'antinomie entre la qualité de franchisé et celle de commissionnaire-affilié, en pratique il en va tout autrement car l'autonomie du franchisé caractérisant la qualité de commerçant est discutable lorsque le franchiseur est un commettant pour le compte duquel le franchisé commercialise les produits en qualité de commissionnaire<sup>18</sup>.

## 2°. Le risque de requalification

La menace de disqualification conduit alors à s'interroger sur la qualification réelle du commissionnaire-affilié dont la qualité de commerçant est écartée.

L'absence d'autonomie du commissionnaire-affilié peut révéler un état de subordination juridique, emportant requalification en contrat de travail. On ne reviendra pas sur le critère du contrat de travail, si ce n'est pour rappeler que sa démonstration repose sur un faisceau d'indices qui soulève des difficultés récurrentes : la frontière est loin d'être nette entre la dépendance

juridique commune à tout représentant et la subordination juridique propre aux salariés.

L'absence d'opacité juridique du commissionnaire-affilié peut exclure la qualité de commissionnaire au profit de celle de mandataire civil. On sait en effet que le second se distingue du premier du fait qu'il agit au nom du représenté. Reste, là encore, à déterminer concrètement si l'affilié agit en son propre nom – il est alors un commissionnaire-affilié – ou au nom du fournisseur – il est alors mandataire, voire mandataire d'intérêt commun ou agent commercial. La difficulté s'est notamment posée dans la célèbre affaire *Chattawak*<sup>19</sup>. On rappellera brièvement qu'en l'espèce, la question était de savoir si le distributeur sous enseigne *Chattawak* agissait en qualité d'agent commercial ou de commissionnaire-affilié. Le débat consistait à déterminer si le distributeur agissait en son nom ou au nom d'autrui... L'affaire est intéressante car elle montre comment des questions qui semblaient pourtant tranchées, ici la distinction entre commissionnaire et mandataire, se trouvent renouvelées ou revivifiées par la pratique : dans le cas d'espèce, que signifie agir en son nom ou au nom d'autrui<sup>20</sup> ?

L'ultime décision rendue dans cette affaire n'est pas d'un grand secours car la Cour de cassation se contente de reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché qui, du distributeur ou du fournisseur, avait juridiquement la qualité de vendeur... autrement dit, au nom de qui agissait le distributeur puisque, selon la jurisprudence, le vendeur est celui qui agit en son nom, même s'il agit pour le compte d'autrui<sup>21</sup>. Les parties ayant par la suite transigé, aucune réponse n'aura été apportée par les juges du fond dans cette affaire, alors que la notion d'action au nom d'autrui renvoie à deux conceptions, juridique et factuelle, qui peuvent entrer en contradiction<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> V. par exemple Versailles, 9 juin 2011, n° 10/03622 ; Paris, 3 nov. 2011, n° 09/21634.

<sup>16</sup> D. Mainguy et J.-L. Respaud, art. préc., p. 707

<sup>17</sup> V. supra

<sup>18</sup> D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 707.

<sup>19</sup> Paris, 13 sept. 2006 : *D.* 2007, pan. 1914, obs. D. Ferrier ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772 : *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 95, obs. N. Mathey ; *D.* 2008, p. 2193, obs. D. Ferrier ; *JCP E* 2008, n° 22, p. 19, obs. N. Dissaux ; *JCP E* 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; Paris, 9 avr. 2009 : *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 264, obs. N. Mathey ; *D.* 2009, 1942, note D. Ferrier ; *JCP E* 2009, 1842, note N. Dissaux ; Cass. com., 29 juin 2010 : *Bull. civ.* 2010, IV, n° 114 ; *D.* 2011, pan. 548, obs. D. Ferrier ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 53, p. 33, obs. Ph. Grignon ; *JCP E* 2010, 1860, note F. Auque ; *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 223, note N. Mathey ; *JCP E* 2010, 1694, note N. Dissaux ; *JCP G* 2010, 876, note C. Grimaldi ; *D.* 2011, p. 549, obs. D. Ferrier.

<sup>20</sup> Jugeant insuffisants les mêmes indices que ceux relevés par les juges du fond dans l'affaire *Chattawak* (propriété des stock, tickets de caisse au nom du fournisseur, versements sur le compte du fournisseur), au motif notamment que le nom du distributeur figure sur la devanture du point de vente : Pau, 16 déc. 2010, n° 09/03594 : *JCP* 2010, E, 1246, note N. Dissaux. Adde. Paris, 5 déc. 2013, n° 11/15092 qui rejette également la qualification de mandat au profit de la commission-affiliation.

<sup>21</sup> Dijon, 6 décembre 2011, n° 10/01115.

<sup>22</sup> V. supra.

Au demeurant, pour s'en tenir à la distinction entre commissionnaire-affilié et agent commercial, ne pourrait-on pas plutôt distinguer selon la nature même de l'activité exercée ? Traditionnellement, l'agent commercial prospecte, cherche et se déplace en quête du client. Ne devrait-on pas y voir un critère de l'agence commerciale<sup>23</sup> ? Si tel était le cas, le distributeur qui ne quitte pas son point de vente, qui attend le client sans parfois entreprendre la moindre sollicitation ne pourrait pas être requalifié d'agent commercial. En appliquant ce critère à l'affaire Chattawak, la qualité d'agent commercial aurait dû alors être rejetée, quitte à retenir celle de mandataire d'intérêt commun. Force est toutefois de reconnaître qu'en droit positif, l'activité de prospection n'est pas déterminante de la qualification d'agent commercial<sup>24</sup>.

A ce stade de l'analyse, il ressort que la commission-affiliation est parfois, mais pas toujours, une alternative réelle à la franchise. Pour savoir si elle a effectivement vocation à remplacer la franchise, reste alors à apprécier l'opportunité de la formule, c'est-à-dire l'intérêt de l'alternative.

## II. L'intérêt de l'alternative

La commission-affiliation a été conçue comme une alternative à la franchise pour échapper aux contraintes de cette dernière. Cette stratégie d'évitement est rendue possible en raison de l'économie propre de chacun des ces contrats, l'une tenant à la répétition d'une réussite par la mise en œuvre d'un savoir-faire, l'autre tenant à une activité de représentation.

Cette distinction dans l'économie des deux contrats conduit à se demander si la commission-affiliation ne présenterait pas ses propres contraintes, réduisant ainsi l'intérêt de la formule.

En d'autres termes, si l'intérêt de l'alternative est avéré par certains côtés, il peut également apparaître incertain par d'autres côtés.

### A. Un intérêt avéré

L'intérêt de la commission-affiliation est d'échapper à des contraintes de la franchise, qui relèvent du droit de la concurrence ou du droit des contrats.

*1°. L'éviction de contraintes liées au droit de la concurrence*

En droit de la concurrence, l'intérêt le plus immédiat de la commission-affiliation, qui explique d'ailleurs en grande partie son succès, est de permettre au fournisseur d'imposer au distributeur les prix de commercialisation.

<sup>23</sup> Rapp. Ph. Grignon, note sous Cass. com., 29 juin 2010 : Rev. Lamy dr. aff. 2010, p. 33.

<sup>24</sup> A la différence du VRP : D. et N. Ferrier, ouvr. préc., n° 94.

En effet, en droit des pratiques restrictives de concurrence, cette imposition des prix ne relève pas de l'interdiction posée à l'art. L. 442-5 C. com. Le raisonnement est connu : seuls les prix de reventes sont visés par ce texte, or le commissionnaire-affilié, à la différence du franchisé, ne revend pas mais vend directement les produits du fournisseur.

En droit des pratiques anticoncurrentielles la commission-affiliation échappe en principe aux ententes prohibées par les articles L. 420-1 C. com. et 101 § 1 T. FUE, et notamment celles portant sur les prix. En effet, une telle entente suppose un accord entre deux entreprises dotées d'une autonomie décisionnelle suffisante, ce qui n'est pas le cas lorsque l'accord se réalise entre un agent et celui qu'il représente.

L'agent au sens des lignes directrices accompagnant le règlement 330-2010 est une « *personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant...* »<sup>25</sup>. Le commissionnaire-affilié est donc bien un agent au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que les obligations imposées par le commettant ne relèvent pas du droit des ententes.

A cet égard, les lignes directrices ajoutent : « *Dans le cas des contrats d'agence (...), la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant* » et « *aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1.* » (point 18). Sont ainsi préservées les obligations qui limitent le territoire ou la clientèle à laquelle l'agent peut s'adresser ou qui limitent sa liberté de fixer les prix et conditions de commercialisation<sup>26</sup>.

Au regard des *conditions juridiques* d'intervention du commissionnaire-affilié, l'entente semble donc une hypothèse d'école. Les lignes directrices réservent toutefois l'hypothèse dans laquelle l'agent prend en charge un risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles il a été désigné. Ainsi, n'est pas un agent au sens des lignes directrices celui qui supporte les risques liés aux contrats conclus pour le compte du mandant, ou liés aux investissements propre

<sup>25</sup> Comm. UE, *Lignes directrices* du 19 mai 2010, point 12.

<sup>26</sup> Cette solution peut s'expliquer par la représentation qui caractérise l'agence et, plus spécialement, par la prise en charge des risques commerciaux par le mandant. Et l'on comprend que la solution soit différente dans la franchise, encore que l'on aurait pu considérer que l'économie propre de la franchise (la répétition d'une réussite par la mise en œuvre d'un savoir-faire) autorise les mêmes pratiques dès lors qu'elles se justifient par le savoir-faire, mais l'argument n'a pas convaincu des autorités de la concurrence.

au marché en cause ou encore liés aux activités menées sur ce marché, sauf si les coûts et frais engagés pour ces activités lui sont intégralement remboursés (point 16).

Pour éviter l'application du droit des ententes, le commettant prendra donc soin d'éviter tout transfert de risques vers le commissionnaire-affilié<sup>27</sup>. L'Autorité de la concurrence, dans l'affaire « Mango », a notamment considéré « *Aux fins de l'application du droit de la concurrence, il est établi que les distributeurs partenaires [du fournisseur] n'ont pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, [le fournisseur] et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent [au droit des ententes]* »<sup>28</sup>. La décision mérite attention car elle conforte l'appréciation pas seulement qualitative mais aussi quantitative du transfert de risque envisagée dans les lignes directrices<sup>29</sup>. Elle se fonde en effet sur l'absence de risque économique *sensible* assumé par les distributeurs. La difficulté sera alors de déterminer concrètement le seuil à partir duquel la prise en charge par le commissionnaire-affilié de risques commerciaux ou financiers est telle qu'elle caractérise une entreprise autonome.

Au demeurant, pour que le droit des pratiques anticoncurrentielles s'applique, encore faut-il que les parts de marchés des parties au contrat de commission-affiliation soient suffisamment importantes. De sorte que, là encore, l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles semble une hypothèse d'école. Il faut toutefois s'assurer de l'absence d'un éventuel effet cumulatif, dans le cas où – sur un segment de marché donné – plusieurs promoteurs de réseau recourraient parallèlement à la commission-affiliation<sup>30</sup>.

#### 2°. L'éviction de contraintes liées au droit des contrats

Alors même que le contrat de commission-affiliation emporterait la mise à disposition d'un savoir-faire, ce qui n'est pas nécessairement le cas, il n'a pas pour objet, à la différence du contrat de franchise, la réitération d'une réussite commerciale. En conséquence, les obligations qui, dans la franchise, traduisent de manière spécifique

cette économie propre au contrat, sont étrangères à la commission-affiliation.

Certes, lorsque la commission-affiliation met en œuvre le savoir-faire du commettant, celui-ci a évidemment l'obligation de le communiquer au commissionnaire-affilié.

En revanche, sauf stipulation contraire, le commettant n'est pas tenu de mettre à jour le savoir-faire ou d'en assurer la maintenance pendant l'exécution du contrat. De même il n'est pas tenu d'être attentif aux éventuelles difficultés commerciales du commissionnaire-affilié dans la mise en œuvre du savoir-faire. Et s'il a connaissance de telles difficultés, il n'a pas l'obligation de l'assister dans sa démarche comme doit le faire un franchiseur, à moins que ces difficultés ne lui soient imputables<sup>31</sup> (et l'on retrouve ici la logique des arrêts Huard et Chevassus-Marche).

En résumé, parce qu'elle n'a pas pour cause la réitération d'une réussite commerciale, la commission-affiliation emporte au mieux une communication de savoir-faire et non une maintenance du savoir-faire.

Pour la même raison, le commettant, à la différence du franchiseur, n'a pas à assurer ni à s'assurer de la notoriété des signes distinctifs qu'il met à disposition du commissionnaire-affilié. L'exigence de notoriété étant étroitement liée à la notion de réussite commerciale.

Enfin, la préconisation par certains auteurs que l'erreur sur la rentabilité soit, en matière de franchise, toujours analysée comme une erreur sur la substance justifiant la nullité pour vice du consentement révélerait, si l'analyse devait prospérer<sup>32</sup>, un intérêt supplémentaire de recourir à la commission-affiliation. En effet, cette préconisation se justifierait du fait que pour la franchise, les perspectives de rentabilité « *participent de sa nature, de sa substance* »<sup>33</sup>. Or, dans la mesure où la commission-affiliation n'a pas pour cause la réitération d'une réussite commerciale, les perspectives de rentabilité n'entrent pas dans le champ contractuel, sauf clause contraire. Le défaut de rentabilité du commissionnaire-affilié ne saurait donc en-soi caractériser une erreur sur la substance.

L'intérêt de la commission-affiliation est ainsi avéré. Pour autant, on peut se demander si à d'autres égards, l'intérêt n'est pas incertain, du fait que certaines contraintes qui affectent le contrat de franchise se

<sup>27</sup> Sous réserve toutefois d'une collusion entre plusieurs commettants qui recourent au même agent, et profitent ainsi de la situation pour s'entendre ou empêchent d'autres commettants de faire appel à l'agent (Lignes directrices, pt. 20).

<sup>28</sup> ADLC n°09-D-23 du 30 juin 2009

<sup>29</sup> point 15.

<sup>30</sup> Communication de *minimis*, 2014/C 291/01, JO UE 30 août 2014, point 10.

<sup>31</sup> Rapp. Com., 3 novembre 1992 (Huard) : *Bull. civ.*, IV, n° 338 ; Com., 24 novembre 1998 (Chevassus-Marche) : *Bull. civ.*, IV, n° 277.

<sup>32</sup> Ce qui ne paraît pas souhaitable car allant bien au-delà de l'économie de la franchise fondée sur la seule espérance de rentabilité et non son obtention.

<sup>33</sup> N. Dissaux, note sous Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : *D.* 2011, p. 3052.

retrouvent à l'identique dans la commission-affiliation, voire y sont aggravées.

### B. Un intérêt incertain ?

On évoquera rapidement l'application de l'article L. 330-3 C. com. car la contrainte est identique quel que soit le contrat en cause.

Ce texte met à la charge du fournisseur une obligations d'information précontractuelle au profit du distributeur dont il obtient un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité et au profit duquel il met à disposition ses signes distinctifs. Si, en pratique, le dispositif concerne principalement la franchise, il a un domaine beaucoup plus large et peut viser la commission-affiliation dès lors que les deux conditions (exclusivité et mise à disposition) se vérifient, ce qui est généralement le cas<sup>34</sup>.

Notamment, on rappellera que la jurisprudence affirme de manière catégorique, et à juste titre, que le franchiseur n'est pas tenu de remettre un prévisionnel. Dès lors, il n'y a pas lieu de distinguer ici selon l'économie respective du contrat de franchise et de commission-affiliation pour en déduire que le premier imposerait la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un contrat de réitération d'une réussite commerciale<sup>35</sup>, alors que le second n'imposerait pas la remise d'un prévisionnel parce qu'il serait un simple contrat de spécialisation.

L'économie propre des deux formules conduit toutefois à s'interroger sur une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale » et une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence.

#### 1°. L'hypothèse d'une application plus accueillante du statut de « gérant de succursale »

Le Code du travail accorde à certains distributeurs juridiquement indépendants le bénéfice du droit social dès lors qu'ils remplissent plusieurs conditions révélant une forme de dépendance économique. L'article L. 7321-1, 2° a) C. trav. fixe ainsi le statut de « gérants de succursales », selon une appellation abusive, dont tout distributeur relève lorsqu'il remplit les 3 critères suivants :

- Un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement
- Un local fourni ou agréé par le fournisseur
- Des conditions et prix imposés

Ce dispositif fait aujourd'hui peser sur les contrats de franchise une forte contrainte. De fait, le franchiseur exerce toujours l'activité à partir d'un local fourni ou agréé, est souvent tenu de s'approvisionner de manière exclusive auprès du franchiseur et se voit toujours imposer certaines normes, au moins celles que commande la réitération de la réussite. Reste la question des prix imposés, en principe impossible car interdite dans la franchise du moins lorsque le franchiseur achète pour revendre. Mais le juge social se montre plutôt accueillant pour considérer que des prix en apparence conseillés sont en réalité imposés au sens de ce dispositif.

Si le risque d'application du droit social à un non-salarié est élevé dans la franchise, il l'est sans doute encore plus dans la commission-affiliation et, ce, au regard du 3<sup>ème</sup> critère d'application du statut.

- S'agissant d'abord des prix imposés, il suffit de rappeler que, le plus souvent, le recours à la commission-affiliation s'explique par la volonté du fournisseur de contrôler les prix de commercialisation.

- S'agissant des conditions imposées, l'exigence suscite d'une manière générale de nombreuses difficultés qui tiennent pour l'essentiel en deux questions : quelles conditions (commercialisation et/ou travail) et quel degré d'imposition. Or, il semble que les juges apprécient la notion de condition imposée de manière relative, en tenant compte de la nature du contrat en cause. S'agissant, par exemple, d'un contrat de franchise, il n'est pas rare, en effet, que le statut soit écarté au motif que, dans le contrat en cause, les conditions n'étaient pas imposées au sens du texte car elles correspondaient à la mise en œuvre convenue des normes issues du savoir-faire du franchiseur.

Si cette interprétation de la jurisprudence est exacte, on pourrait admettre que l'imposition des conditions ne s'apprécie pas de la même manière dans la franchise et la commission-affiliation mais devrait tenir compte de leur économie propre. Ainsi, d'un côté, les normes seraient imposées dans la franchise lorsqu'elles dépassent ce que la transmission de savoir-faire conduit habituellement à réitérer ; d'un autre côté, elles seraient imposées dans la commission-affiliation, lorsqu'elles dépassent ce que justifie la prise de risque par le commettant.

Si cette analyse devait prospérer, resterait à se demander si la notion de conditions imposées serait accueillie plus largement dans la commission-affiliation. La réponse est délicate. D'un côté, la franchise vise la réitération d'une réussite commerciale, ce qui peut justifier un encadrement étroit des modalités de commercialisation ;

<sup>34</sup> Par exemple : Dijon, 22 mai 2007, n° 06/01277.

<sup>35</sup> Comp. N. Dissaux et S. Meresse, in *La franchise : questions sensibles* : Rev. Lamy dr. aff. suppl. 7-8/2012, pour qui la lettre du texte – qui vise les perspectives de développement du marché et la présentation de l'état général et local du marché –, et l'esprit de la franchise – en l'occurrence sa cause tenant à la réitération d'une réussite commerciale – imposerait au franchiseur la remise d'un compte prévisionnel au franchiseur. Mais cette analyse nous paraît douteuse car elle conduit à un traitement distinct selon l'économie du contrat en cause, alors que ce dispositif légal d'information précontractuelle n'est pas réservé aux seuls contrats de franchise et n'a d'ailleurs même pas été initialement conçu pour lui (*ubi non distinguit...*).

d'un autre côté, la commission-affiliation fait en principe peser le risque commercial sur le commettant. Certes, cela peut également justifier l'encadrement étroit de certaines normes. Pour autant, cela ne semble pas justifier l'imposition de toutes les normes commerciales, ni des normes de travail...

*2°. L'hypothèse d'une appréciation plus sévère des clauses de non-concurrence*

D'une manière générale, la validité d'une clause de non-concurrence est conditionnée notamment à la protection des intérêts légitimes du créancier, tant en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit commun.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, elle ne bénéficie d'une exemption au titre du règlement d'exemption que si elle est indispensable à la protection d'un savoir-faire (règl. 330-2010, art. 5, 3). On comprend alors que la clause de non-concurrence est plus gravement menacée lorsqu'elle est stipulée dans un contrat de commission-affiliation qui n'emporterait pas mise à disposition d'un savoir-faire, que dans un contrat de franchise qui emporte nécessairement une telle mise à disposition<sup>36</sup>. Là encore, c'est l'économie de chacun de ces contrats qui explique la solution.

Cette solution tirée du droit des pratiques anticoncurrentielles a vocation à s'appliquer en l'absence d'atteinte à la concurrence sur le marché car le règlement d'exemption sert souvent de guide au juge ou au praticien pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence en dehors de son domaine d'application.

Au demeurant, en droit commun, la licéité de la clause peut encore être justifiée par d'autres considérations, qu'il faut alors apprécier dans le cadre de la franchise et de la commission-affiliation.

La clause de non-concurrence peut permettre d'éviter un détournement de clientèle. Mais, comme le franchisé, le commissionnaire-affilié est un commerçant, titulaire à ce titre d'une clientèle. Dès lors, comment justifier sur ce fondement la clause de non-concurrence<sup>37</sup> ? On retrouve dans la commission-affiliation la discussion récurrente en matière de franchise, qui se ramène à la question suivante : dès lors que la clause de non-concurrence empêche le franchisé d'exploiter sa clientèle et peut lui faire perdre son fonds de commerce, ne devrait-elle pas

donner lieu à une contrepartie financière ? La jurisprudence apporte à cette question une réponse négative<sup>38</sup>.

Par ailleurs, dans la franchise, la clause de non-concurrence peut répondre au souci de protéger "l'identité commune ou la réputation du réseau"<sup>39</sup>. L'effet de réseau se retrouve dans la commission-affiliation, de sorte que, de prime abord, la clause de non-concurrence pourrait également trouver ici la même justification. Cependant, l'identité commune ou la réputation du réseau n'ont pas la même portée dans la franchise et la commission-affiliation, en raison de leur économie respective.

La réitération de la réussite commerciale qui caractérise la franchise repose sur la notoriété de l'enseigne, laquelle commande de préserver la réputation du réseau et donc son image et son identité<sup>40</sup>. L'effet de synergie au sein du réseau est déterminant et justifie donc pleinement la clause de non-concurrence. Certes, l'affiliation du commissionnaire repose également sur une enseigne commune et impose à ce titre de respecter l'image du réseau. Pour autant, s'agissant d'un contrat de spécialisation l'effet de réseau est moindre. En effet, l'enjeu est moins la notoriété de l'image du réseau que la pertinence de l'activité de chacun de ses membres<sup>41</sup>. De sorte que la protection de l'identité commune ou la réputation du réseau par la clause de non-concurrence se justifie moins<sup>42</sup>. Au demeurant, si l'effet de réseau devait être le même, on pourrait s'interroger sur la réalité de la commission-affiliation.

Cette dernière observation souligne, en guise de conclusion, que si la franchise connaît une crise de maturité, la commission-affiliation connaît une crise d'identité, qu'il s'agisse de s'interroger sur sa réalité ou de trouver le point d'équilibre entre un excès d'indépendance emportant notamment application du droit de la concurrence et un excès de dépendance emportant notamment application du droit social.

<sup>36</sup> Encore que les juges tiennent compte de la teneur du savoir-faire pour apprécier la validité de la clause (par ex. Paris, 11 sept. 2013, n° 11/14380 et Paris, 6 mars 2013, n° 09/16817)

<sup>37</sup> Rappr. en matière de franchise : Ch.- E. Bucher, Clause de non concurrence, J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 122, n° 56 « La protection de la clientèle n'est plus un intérêt légitime susceptible d'être invoqué par le franchisé depuis que la jurisprudence a reconnu que cette clientèle appartenait au franchisé à propos du statut des baux commerciaux ».

<sup>38</sup> V. not. Cass. com., 23 oct. 2012 (2 arrêts) : Bull. IV, n° 192 et 193.

<sup>39</sup> Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-15560 : JCP E 2000, p. 1429, note L. Leveneur.

<sup>40</sup> ce qui d'ailleurs justifie l'imposition de normes au franchisé (V. supra).

<sup>41</sup> Même si l'un se nourrit évidemment de l'autre. Mais si l'incompétence du commissionnaire-affilié peut rejallir sur l'image de l'ensemble du réseau, c'est seulement de manière indirecte, voire marginale.

<sup>42</sup> On peut d'ailleurs considérer que la défaillance du commissionnaire-affilié nuit moins aux autres membres du réseau que la défaillance du franchisé.

# *A la recherche d'une justification de l'action du destinataire contre le transporteur en droit maritime*

*Sami SERAGELDIN*

*Juge au Conseil d'Etat égyptien  
Docteur de l'université Lyon III (Jean Moulin)*

Le transport maritime des marchandises se fait au moyen d'un contrat de transport conclu entre le chargeur et le transporteur. Ce contrat est doublé par un écrit, le connaissement, qui relate toutes les conditions du contrat de transport et qui est livré par le capitaine du navire au chargeur lors de la réception de la marchandise. Ce document sert de titre représentatif de la marchandise et peut circuler comme un effet de commerce<sup>1</sup>. Le chargeur peut garder le connaissement et recevoir lui-même la marchandise à son arrivée au port, mais le plus souvent le contrat de transport est lié à un contrat de vente, vente entre le chargeur et un tiers au contrat de transport. C'est donc l'acheteur qui, le plus souvent, prend possession du connaissement et reçoit la marchandise. Il arrive souvent que l'acheteur transmette le connaissement à un tiers moyennant rémunération, le connaissement étant dans ce cas utilisé comme instrument de crédit<sup>2</sup>.

Depuis longtemps, la jurisprudence admet que le destinataire dispose d'une action en livraison de la marchandise contre le transporteur<sup>3</sup>, et le cas échéant, d'une action en dommages-intérêts<sup>4</sup>, ce qui provoque un débat doctrinal incessant pour déterminer le fondement de cette action (I). Nous pensons que l'action du destinataire contre le transporteur se justifie par une cession de créance implicite, consentie par le chargeur (II).

1 A. M. Elfeky, *Al-nakl al-bahari lel-badae' fi zel kanoun al-tegara al-bahareyya rakam 8 li sanet 1990 wa etefakeyyet al-omam al-motaheda li nakl al-badae' li 'am 1979* (qawa'ed Hambourg 1978), « Le transport maritime des marchandises, sous l'empire des lois maritimes numéro 8 pour l'année 1990 et le Pacte de Nations-Unies pour le transport maritime des marchandises de 1978 (les Règles de Humberg) », *Dar al-nahda al-'arabeyya*, 2008, p. 48 et s.

2 A. Kpoahoun Amouso, *Les clauses attributives de juridictions dans le transport maritime de marchandises*, thèse Aix-Marseille III, PUF, 2002, p. 293

3 Com., 12 février 1955, D. 1956.338, note P. Durand, *JCP* 1055. II.8772 ; Com., 7 juillet 1992, *navire Renée Delmas*, *DMF* 1992.672, obs. P. Bonassies ; Com., 21 février 2006, *DMF* 2006. 601, rapp. G. de Monteynard, obs. Y. Tassel.

4 Com., 23 mai 1989, *Bull.civ.* IV, n°164, *RTD Civ.* 1990.72, obs. J. Mestre ; CA Rouen, 13 décembre 2001, *DMF* 2002. 522, obs. P. Pestel Debors ; TGI Marseille, 7 mars 2008, *Navire MSC Jeanne*, n°2006F05595, *DMF* 2008. 1021, obs.S. Miribel ; Com., 19 juin 2012, n° 11-18.490, *Navire Contship London*, *DMF* 2012, n°743, p.40 et s.

## **I- Le débat doctrinal sur la nature de l'action du destinataire contre le transporteur**

Une grande partie des auteurs considère le destinataire comme bénéficiaire d'une stipulation pour autrui implicite prévue par le contrat de transport. Deux autres théories ont aussi été soutenues à ce sujet mais avec moins de succès.

### **A- L'action du destinataire contre le transporteur justifiée par une stipulation pour autrui**

L'idée que l'action du destinataire contre le transporteur repose sur une stipulation pour autrui est défendue par une grande partie de la doctrine. Cependant, elle n'échappe pas aux critiques.

#### **1- Exposé de la thèse**

Le transporteur serait le promettant (d'une obligation de livrer la marchandise), le chargeur le stipulant<sup>5</sup> et le destinataire le bénéficiaire. Cette analyse est reprise par une jurisprudence établie depuis longtemps<sup>6</sup>.

Dans ce schéma, le destinataire reste un tiers au contrat de transport, mais il profite d'une action contractuelle envers le transporteur. Aujourd'hui, nul ne conteste que l'action du destinataire envers le transporteur est une action contractuelle et qu'elle trouve son origine dans le contrat de transport<sup>7</sup>. Cependant, la qualification de stipulation pour autrui est contestée par une partie de la doctrine.

5 Voir Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », *Recueil Dalloz Affaires*, n°9, 30 novembre 1995, p. 189 ; E.Chevrier, « La clause attributive de compétence ne se transporte pas... sans acceptation du destinataire », *Recueil Dalloz Sirey*, 2005 (1), p. 214 ; M. Remond-Gouilloud, « Ballade en règlement 44/2001 : de la détermination de la nature du contrat de transport aux conditions d'opposabilité de la clause de juridiction », *DMF*, 1er septembre 2012, n°736, p. 722 .

6 Com., 12 février 1955, précité ; Com., 18 octobre 1994, *Bull.civ.* IV, n°308, *JCP* 1995, I, 3.

7 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », op. cit.

## 2- Critique de la thèse de l'assimilation de l'action du destinataire à une stipulation pour autrui

Certaines objections portent sur certaines des solutions adoptées par la jurisprudence dans ce domaine, solutions qui ne peuvent trouver de justification par la stipulation pour autrui. Par exemple, s'il est acquis en doctrine et en jurisprudence que le promettant peut opposer au bénéficiaire de la stipulation pour autrui toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au stipulant<sup>8</sup>, comment expliquer que le transporteur ne puisse profiter de la prescription abrégée prévue par l'article 1108 du code de commerce<sup>9</sup>, alors qu'il aurait pu en profiter à l'encontre du stipulant ? Une autre objection, plus fondamentale, souligne le fait que le destinataire est tenu de certaines obligations envers le promettant, notamment l'obligation de payer le prix. Or, la stipulation pour autrui avec charge ne peut justifier que la création d'obligations secondaires sur la tête du bénéficiaire, à condition qu'il exprime son acceptation de la stipulation qui lui est faite<sup>10</sup>, et à condition que ces obligations soient la contrepartie de sa créance. Or, il est évident que l'obligation de payer le prix du transport n'est pas une obligation secondaire ; la stipulation pour autrui ne peut donc point la justifier<sup>11</sup>. D'autres fondements ont alors été proposés afin de remédier aux inconvénients de la théorie de la stipulation pour autrui.

### B- Autres fondements proposés par la doctrine

Pour certains auteurs, le destinataire adhère implicitement au contrat de transport. Pour Ripert, cette action peut être analysée comme une action réelle possessoire.

## 1- L'adhésion implicite du destinataire au contrat de transport

Des auteurs ont proposé de considérer que le destinataire, en recevant le connaissement ou en prenant livraison de la marchandise, adhère implicitement au contrat de transport<sup>12</sup>. Il a même été avancé que le destinataire est une partie au contrat de transport dès sa conclusion<sup>13</sup>. Toutefois, si l'on considère le destinataire comme partie au contrat de transport, comment expliquer que certaines clauses contenues dans ce contrat - telle que la clause attributive de juridiction - ne lui soient pas applicables ?<sup>14</sup>

Une autre justification possible se base sur l'idée que l'action du destinataire contre le chargeur est une action réelle.

## 2- L'action du destinataire contre le transporteur : une action réelle

Selon Ripert, le droit du destinataire peut se justifier si on considère le connaissement comme l'instrument de la possession de la marchandise. Selon la théorie de la possession, l'élément corporel de la possession, le *corpus*, peut se dissocier de son élément psychologique, l'*animus*. Si le transporteur dispose du *corpus*, le destinataire, muni du connaissement, dispose de l'*animus*<sup>15</sup>. Cependant cette explication devrait avoir pour résultat de faire de l'action du destinataire contre le transporteur en livraison de la marchandise une action réelle ; ce qui est en contradiction avec une jurisprudence constante qui considère que l'action du destinataire contre le transporteur est une action contractuelle qui trouve son origine dans le contrat de transport<sup>16</sup>.

Les trois explications avancées par la doctrine ne sont donc pas satisfaisantes pour justifier l'action du destinataire contre le transporteur. Nous pensons que cette action peut trouver son fondement dans une convention, implicite mais nécessaire, occultée par la doctrine et la jurisprudence : la cession de créance consentie par le chargeur au destinataire.

## II- L'action du destinataire contre le transporteur expliquée par une cession de créance consentie par le chargeur

L'idée que nous proposons est d'expliquer l'action du destinataire contre le transporteur par une cession de créance. Une fois que nous aurons exposé notre thèse, il faudra ensuite justifier pourquoi nous trouvons le mécanisme de la cession de créance plus adapté qu'un autre mécanisme très proche, qui est la cession de contrat.

8 Civ. 1ère, 7 mars 1989, *D.* 1989, *IR* 101, *JCP* 1989 IV. 170 ; Civ. 1ère, 29 novembre 1994, *Bull.civ.* I, n°353, *RJDA*.1995, n°396, *RTD civ.* 1995. 622, obs. J. Mestre, *Deffrénois* 1995. 1405, obs. Ph. Delebecque ; Civ. 1ère, 20 février 2001, *D.*2001, *Somm.* 3321, obs. H. Groutel.

9 Com., 6 octobre 1992, *Bull.civ.* IV n°300.

10 A. La-Rizza, *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, thèse dactyl., Lyon III Jean Moulin, 2002, p. 519.

11 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », *op. cit.*

12 Voir par exemple : El-Ahdab, *op. cit.*, p. 530s.; A. Kpoahoun Amouso, *op. cit.*, p. 294.

13 M. Remond-Gouilloud, « Ballade en règlement 44/2001 : de la détermination de la nature du contrat de transport aux conditions d'opposabilité de la clause de juridiction », *op. cit.*

14 Ph. Delebecque, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat de transport ? », *op. cit.*

15 M. Remond-Gouilloud, *Droit Maritime*, Editions A. Pédone, 2ème édition, 1993, p. 355.

16 Civ. 1ère, 12 juillet 2001, n°98-21591, *Bull.civ.* I, n° 224 p. 140 ; Com., 1er février 1955, précité<sup>e</sup>.

## A- Exposé de la thèse

La thèse que nous proposons repose sur le mécanisme de la cession de créance. Elle a plusieurs intérêts pratiques.

### 1- Mécanisme du transfert de l'action au destinataire par la cession de créance

Selon Mme Remond-Gouilloud, le connaissance remplit trois fonctions : premièrement, il s'agit d'un document qui sert de preuve de l'existence et du contenu du contrat de transport. Deuxièmement, lorsqu'il est émis par le transporteur et qu'il le donne au chargeur, il sert de preuve que ce premier a reçu la marchandise, telle qu'elle est décrite dans le connaissance. Troisièmement, il sert de titre représentatif de la marchandise<sup>17</sup>. C'est sur ce troisième point que nous voulons nous attarder. Rappelons l'objection que nous avons formulée contre la thèse de Ripert : l'action du destinataire contre le transporteur est une action contractuelle et non pas réelle<sup>18</sup>. Il s'ensuit qu'on ne peut pas baser l'action du destinataire sur la seule possession de la marchandise. Pour être plus exact, nous devons donc reformuler cette troisième fonction : le connaissance emporte un engagement contractuel incombant au transporteur de livrer la marchandise. En transmettant le connaissance au destinataire, le chargeur cède cette « créance de livraison » au destinataire. Dans le cadre de cette fonction, le connaissance se rapproche de la lettre de change dans la mesure où il constitue un titre négociable servant à transmettre une créance. Il s'en distingue pourtant par plusieurs points fondamentaux, le plus important étant que la lettre de change, comme tous les effets de commerce, ne peut porter que sur une obligation de somme d'argent<sup>19</sup>, tandis que le connaissance comporte dans notre hypothèse la transmission d'une obligation de faire au profit du cessionnaire.

L'assimilation de l'action du destinataire contre le transporteur à une cession de créance pourrait avoir plusieurs avantages dans la pratique.

### 2- Intérêts de la thèse

Cette cession de créance est à même de justifier le droit du destinataire d'agir contre le transporteur maritime. Elle permet aussi d'expliquer que cette créance trouve sa source dans le contrat de transport et que l'action du destinataire soit donc contractuelle. Cette notion justifie également que certaines clauses du contrat de transport soient transmises au destinataire ou au tiers porteur du connaissance, d'autres non : celles qui servent d'accessoire à la créance sont transmises, les autres ne le sont pas<sup>20</sup>. La cession de créance pourrait aussi justifier la jurisprudence qui refuse d'étendre l'effet de la clause attributive de juridiction au destinataire au motif qu'elle n'avait pas été signée par le chargeur<sup>21</sup> : en toute logique si cette clause n'a jamais intégré le « patrimoine » du

chargeur, elle ne pourrait être cédée par lui au destinataire. Enfin, le mécanisme de la cession de créance est, de notre point de vue, le plus adapté au connaissance en tant qu'instrument négociable.

Mais une fois que nous avons démontré le bien-fondé de notre analyse, il s'agit ensuite d'expliquer pourquoi nous préférons la notion de cession de créance à celle – pourtant très proche – de cession de contrat.

### B- Cession de créance ou cession de contrat ?

Dans la grande majorité des cas, nous trouvons que le mécanisme de la cession de créance est plus apte à justifier l'action du destinataire contre le transporteur que celui de la cession de contrat. Et ceci à une exception près : lorsque le destinataire prend à sa charge l'obligation de payer le transporteur.

#### 1- Raisons de préférence de la notion de cession de créance

Nous préférons la notion de cession de créance à celle de cession de contrat<sup>22</sup> pour trois raisons. Premièrement, la cession de créance n'interdit pas la survie de certains des effets contractuels entre le transporteur et le chargeur, notamment l'obligation de payer la rémunération du transporteur, si elle n'a pas été payée intégralement à l'avance. Deuxièmement, la survie du contrat de transport entre les mains du chargeur est à même d'expliquer la jurisprudence qui admet que ce dernier peut toujours agir contre le transporteur s'il a supporté les frais de réparation du matériel endommagé<sup>23</sup>. Troisièmement, et c'est là le point essentiel, la cession de créance – contrairement à la cession de contrat – permet de justifier que la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat de transport ne soit pas opposable au tiers porteur du connaissance<sup>24</sup>. Nous réservons pourtant la qualification de cession de contrat dans une hypothèse : lorsque le destinataire prend à sa charge l'obligation de payer le transporteur.

#### 2- Exception: cas où le destinataire prend à sa charge l'obligation de payer le transporteur

Dans ce cas, en effet, la qualification de cession de créance ne pourrait pas donner de fondement juridique à cette obligation. Pour donner une base légale à l'obligation de payer le transporteur, on devrait considérer que le contrat de transport a été cédé au destinataire. Mais pour que la solution soit cohérente, il faut que la clause attributive de juridiction (et toute autre clause contenue dans le connaissance) soit dans ce cas opposable au destinataire, à condition bien entendu qu'il ait signé le connaissance.

17M. Rémond-Gouilloud, *DMF* op. cit., p. 350 et s.

18 Voir *supra* n°464.

19 M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 5ème édition, 1999., p. 139.

20 E. Cashin-Ranieri, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 2001, p.339 et s.

21 CA Aix-en-Provence, 10 janvier 2001, navire An He, *DMF*, 2001.

22 Pascal Ancel distingue nettement entre la cession d'une créance et la cession d'un contrat. Pour lui, la cession de contrat n'est pas une simple addition de cessions de créances et de dettes. Elle comporte aussi transfert de toute la force obligatoire du contrat, et pas seulement ses effets « obligationnels ».

23 Cass. Ass. Plén., 22 décembre 1989, n°88-10979, *Bull.civ.* 1989 A.P. n° 4 p. 9, *DMF*, 90, 29 note Bonassies ; *B.T.* 90, 155, obs. Remond-Gouilloud.

24 Com., 8 décembre 1998, n°96-17913, inédit et Com., 25 juin 2002, n° 99-14761, *Bull.civ.* IV n°111 p.119.

# *L'Union Européenne confrontée aux défis du 21<sup>ème</sup> siècle*

**Alessandro FIGUS**

*Link Campus University, Italy*

André MALRAUX l'avait prédit : « Le 21<sup>ème</sup> siècle sera religieux ou ne sera pas ».

La loi n° 2014- 1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme adoptée par le Parlement français semble être la manifestation concrète de cette prédiction de l'illustre ministre de la République française.

L'objectif recherché de cette loi est notamment de tenter d'organiser la lutte face au départ pour le front syrien de jeunes ressortissants français radicalisés et convaincus que le Dihad est la porte vers le Salut.

Face à cet obscurantisme religieux, force est de constater que la France apparaît bien seule dans la lutte qu'elle tente d'organiser.

La mise en œuvre d'outils juridiques internes est certes nécessaire. Mais la coopération des Etats de l'Union européenne, indispensable en l'état du principe de la libre circulation des hommes au sein de l'Union européenne, tarde gravement.

La guerre de religions menée par l'Etat islamique est encore la pourvoyeuse de migrants tout à la fois misérables et instruits qui, échouant d'abord sur les côtes italiennes, se retrouvent plus tard dans le Nord de la France, dans l'attente de franchir cette fois la frontière naturelle de la Manche, pour la Grande Bretagne.

Force est de constater amèrement que la Manche est plus efficace que l'Europe !

Il est grand temps que l'Union européenne admette que le mandat d'arrêt européen, outil juridique aussi pertinent soit-il, ne permettra pas, à lui seul de faire face aux défis du 21<sup>ème</sup> siècle.

La souveraineté des Etats et le principe de la libre circulation des personnes ne doivent pas être considérés comme remis en cause dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre des outils efficaces pour protéger l'Humain et sa dignité face aux obscurantismes.

Que faut-il raisonnablement attendre de l'article L 224-1 du Code de la sécurité intérieure français qui interdit à un ressortissant français de quitter le territoire national « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette :

1°) des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes

2°) ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à

la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français» ?

Tout un chacun sait bien que le passage de la frontière entre France et Italie, puis de l'Italie à la Grèce, laquelle est elle-même frontière avec la Turquie, est un jeu d'enfant.

L'obligation faite par la loi n° 2014- 1353 du 13 novembre 2014 de restituer son passeport et de sa carte nationale d'identité par la personne concernée dès la notification de l'interdiction de sortie du territoire sous peine de 2 ans d'emprisonnement et 4500 Euros d'amende, n'est évidemment dissuasive que pour ceux soucieux du respect de la règle.

La détermination ferme à enfreindre la règle aura raison de cette mesure qui n'a vocation qu'à contenter les opinions publiques.

Quant aux migrants repêchés dans la Méditerranée et accueillis sur l'île de Lampedusa ou encore à Palerme, il est grand temps que l'Europe fasse preuve de son existence autrement que par des déclarations solennelles et le rappel emphatique de principes, bafoués par la force des faits.

Doit-on attendre que l'initiative vienne « d'en -bas », comme ce fut le cas en 1923 lorsque des policiers de plusieurs pays, confrontés à la criminalité transfrontalière, décidèrent d'unir leurs efforts et portèrent sur les fonts baptismaux ce qui deviendra INTERPOL ?

Si les réponses doivent très certainement s'inscrire dans le respect de la règle de droit, il n'en demeure pas moins que l'Union européenne ne peut désormais se payer le luxe d'un temps bien trop long d'élaboration de la règle, sous peine d'échouer face aux défis qui surgissent en ce début du 21<sup>ème</sup> siècle.

Une accélération s'impose dans les réponses qu'il appartient à l'Union européenne de donner face au temps de la négation de l'Humanité.

Il est sans doute pertinent pour le Code pénal français d'élargir la définition du terrorisme par l'ajout de nouvelles infractions à la liste des actes de terrorisme définis par l'article 421-1 CP.

Depuis la loi du 9 septembre 1986, toutes les infractions de droit commun sont susceptibles de recouvrir la qualification terroriste « lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'OP par l'intimidation ou la terreur ».

La loi du 13 novembre 2014 incrimine désormais l'entreprise individuelle terroriste définie par le nouvel article 421-2-6 CP.

Cette nouvelle infraction est une infraction -obstacle car elle vise à empêcher un passage à l'acte individuel en réprimant en amont les actes préparatoires d'un projet terroriste.

Il n'est donc nul besoin d'un commencement d'exécution pour sanctionner le comportement.

Toutefois, nul n'est dupe quant à l'incapacité de cette incrimination à constituer un outil à la mesure du défi que représente le terrorisme.

Il est grand temps de quitter le registre des bonnes intentions, des déclarations politique et des vœux pieux et de mettre en œuvre par des mesures concrètes le Préambule du statut du Conseil de l'Europe signé à LONDRES le 5 mai 1949 :

« Les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Royaume de Danemark, de la République française, de la République irlandaise, de la République italienne, du Grand-Duché de Luxembourg, du Royaume des Pays-Bas, du Royaume de Norvège, du Royaume de Suède et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,

Persuadés que la consolidation de la paix fondée sur la justice et la coopération internationale est d'un intérêt vital pour la préservation de la société humaine et de la civilisation;

Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable;

Convaincus qu'afin de sauvegarder et de faire triompher progressivement cet idéal et de favoriser le progrès social et économique, une union plus étroite s'impose entre les pays européens qu'animent les mêmes sentiments;

L'union plus étroite ne peut se cantonner au registre de l'échange des informations. Elle doit désormais s'inscrire au plan opérationnel et ce, sans délai.

## Bibliographie

Franco Botta, Italo Garzia et Pasquale Guaragnella, *La questione adriatica e l'allargamento dell'Unione europea*, FrancoAngeli, 2007, p. 192, ISBN 978-8-8464-8417-8.

Alessandro Figus, *Sistema Europa. L'organizzazione politica dell'Europa*, Eurilink, 2011, ISBN 998-5-3321-0048-2, Eurilink, Roma, 2011.

Fondation Robert Schuman, *Rapport Schuman sur l'Europe, l'état de l'Union en 2012, Lignes de repères*, 2012, p. 248, ISBN 978-2-9157-5280-9.

Enrico Letta, *L'allargamento del l'Unione Europea*, Il Mulino, p. 117, 2003, ISBN 978-8-8150-9320-2.

Olivier Todd, André Malraux, *une vie*, éd. Gallimard, 2001.

# *Les caractéristiques de la société internationale et ses différentes approches scientifiques*

**Gérard FOISSY**

*Maître de conférences en droit privé*

La notion de « société » peut être définie comme un groupe soumis à un règlement commun, au sein duquel des liens de solidarité et d'échanges mais aussi des rapports conflictuels sont identifiables. La société internationale d'aujourd'hui qui, au fil de l'histoire a agrégé aux Etats, premiers acteurs des relations internationales, d'autres protagonistes (organisations internationales, organisations non gouvernementales, multinationales, individus) est désormais une structure relationnelle si complexe que sa compréhension profonde nécessite, ne serait-ce que pour éviter les conflits, de dépasser la seule description de ses mécanismes et de conceptualiser un cadre d'analyse, propre à en dégager les ressorts et à faire de la prospective (1). Il reste à se demander si cette entreprise qui consiste à réduire la richesse des échanges inter et trans-étatiques à une seule équation universelle est plausible ou si, au contraire, le politologue doit se contenter de théories ou modèles n'en rendant que des images partielles.

Trois séries de difficultés d'ordre méthodologiques entravent la démarche de qui cherche à comprendre le monde où il vit.

En premier lieu, s'il doit déborder le stade de l'empirisme et des pures observations historique, institutionnelle ou encore fonctionnelle, incapables pour chacune d'elles de sensibiliser utilement à la connaissance, un cadre cohérent d'investigation ne peut se concevoir comme une construction intellectuelle arbitrairement coupée de la réalité même des choses.

Autrement dit, toute analyse opérationnelle d'un point quelconque relevant de la matière doit être fondée sur une conception scientifique largement reconnue comme telle des relations internationales dans leur ensemble.

En second lieu, s'agissant précisément de la conceptualisation théorique des rapports internationaux, limiter ces derniers, comme il a longtemps été traditionnel, à l'ensemble des contacts qui s'établissent entre les Etats et qui relèvent de la politique étrangère de

ces derniers, constituerait une démarche qui, pour être intelligible, serait anachronique, insuffisante et inefficace. En effet l'analyse purement politique des interactions entre Etats sur le champ clos des relations pacifiques et des affrontements dont ils seraient les seuls acteurs ne saurait avoir qu'une portée pratique réduite : à notre époque, d'une part l'Etat n'est plus l'unique sujet du droit international à décider du sort du monde même s'il en reste l'entité incontournable ; d'autre part, eu égard à cette évidence, toute approche scientifique digne de ce nom doit faire la place aux forces et aux solidarités, institutionnelles ou non, d'intensités, de domaines, et de finalités différentes lesquelles peuvent être inter ou transnationales quand elles dépassent le cadre territorial d'un seul Etat, ou bien intra-sociales, quand, internes aux Etats, elles peuvent influencer leur action extérieure.

En troisième lieu, quant à la méthode scientifique utilisable, les relations internationales relevant de la sphère d'investigation de la sociologie politique (discipline elle-même partie de la sociologie générale et plus généralement des sciences humaines) suivant la nomenclature des experts de l'UNESCO dégagée en 1950 (2), il apparaît que pour donner de la réalité internationale une interprétation logique, l'objet de l'étude doit être envisagé, par analogie avec la démarche appliquée dans toute science de l'homme, comme une totalité dont les éléments constitutifs sont liés entre eux et interdépendants, de manière à permettre d'expliquer le jeu de chacune des parties de l'ensemble dans leur contexte global. Cela posé, le chercheur doit savoir que dans ce type de démarche, par le fait même que le sujet ultime de la recherche est l'homme, être aussi libre qu'imprévisible à la base de tout agencement social dans l'Etat ou par delà les limites étatiques, une analyse causale univoque des relations planétaires est impossible. En revanche, la construction et la mise au point de différents modèles théoriques adaptés aux contextes historiques pris en considération est suffisamment pertinentes pour transmuter la discipline d'un simple art de la diplomatie en une science à part entière.

Dans cet esprit, l'étude des relations internationales ne peut que suivre les deux lignes directrices suivantes :

D'une part s'impose aujourd'hui une vision large, protéiforme des relations inter(nationales, qui prend en compte l'ensemble des phénomènes internationaux. Et ceux-ci peuvent être définis comme la somme des multiples communications s'établissant entre les groupes sociaux et traversant les frontières, remarque faite que c'est l'existence même de l'Etat et donc des frontières, qui donne sa spécificité à la dimension internationale des relations sociales. L'étude des relations internationales consiste donc à observer le comportement des acteurs influencés ou déterminés par un environnement dans lequel ils évoluent et que nous qualifions de société internationale. Organisation politique et juridique, cette société est à la fois ordre et désordre, une et multiple, en permanente gestation (3).

D'autre part, en raison même de la nature complexe et multidimensionnelle que les relations internationales ont acquise notamment depuis les débuts du XXème siècle, au point que les ressorts internes à nos sociétés nationales sont de plus en plus sous l'influence directe de l'environnement international, une réflexion systématique ne peut plus consister en la seule addition de données d'histoire diplomatique, de philosophie politique, de droit international public et d'économie, mais refléter les avancées des sciences sociales en leur empruntant les cadres explicatifs généraux aptes à structurer la recherche (4).

Reprenons ces deux points : nature et caractéristiques de la société internationale

Le domaine des relations internationales n'a cessé de s'élargir depuis l'apparition de l'Etat moderne au xvème siècle et la découverte de nouvelles terres. Sous l'effet du progrès technique, de l'accroissement démographique, de la mondialisation des besoins, d'inter-étatique, la communauté mondiale s'est muée en une société internationale, un « village planétaire » (5).

Une société façonnée par l'histoire

Il est concevable de dater la formation de la société interétatique dans la configuration qu'elle va revêtir jusqu'à nos jours à partir de la naissance en Europe de l'Etat moderne, aux traités de Westphalie des 14 et 24 octobre 1648.

Jusqu'au XIXème siècle, la société internationale reste européenne, c'est la période où la première vague de colonisation sur les autres continents marque pour l'avenir le destin de nombreux pays.

Un équilibre précaire s'installe entre les Etats européens, puis européens et américains jusqu'en 1914, avec pour base, les principes fondamentaux de la souveraineté et de l'égalité des Etats, à partir desquels se construit le droit de leurs relations (6).

A partir du Congrès de Berlin en 1815 et la création de la Sainte Alliance qui deviendra le « Concert Européen » en 1818, alliance entre Autriche, Prusse, Russie, Royaume-Uni et France, la concertation entre grandes puissances s'institutionnalise, quand, dans le même temps des mécanismes de coopération multilatérale se traduisent par la création des premières organisations internationales.

Les deux conflits mondiaux au XXème siècle feront éclater la relative harmonie de ce système européen. Le choc des guerres mondiales transforme en effet une société inter-étatique à peu près homogène en une société largement disparate et anarchique, tant à cause de la multiplication des sujets de droit qu'à cause de la complexification des relations culturelles, ethniques, politiques et économiques.

Les traits dominants de la société internationale

Les multiples caractères de notre monde reflètent l'action des Etats mais représentent aussi une dynamique qui échappe à leur contrôle.

C'est une société hétérogène et instable : Conséquence des disparités de puissance et de développement économique, l'exaspération des nationalismes et la montée en puissance des idéologies ont entraîné un double partage de la planète en sphères irréconciliables : Pays capitalistes à l'Ouest, bloc communiste à l'Est, nations développées au Nord, monde de la pauvreté au sud. L'effondrement du communisme dans les années 1990 a, à cet égard donné de faux espoirs de voir s'instaurer un nouvel ordre mondial fondé sur la paix et le droit.

C'est une société violente. Façonnées par les conflits des siècles précédents, les relations internationales, à partir de la deuxième moitié du XXème siècle obéissent désormais à une logique nouvelle. Alors que l'arme nucléaire et son potentiel destructeur est stabilisée en quantités d'ogives depuis les traités américano-soviétiques START I, II et III, les grandes et moyennes puissances qui ont maîtrisé l'atome sont, jusqu'à ce jour, paralysées dans un équilibre de la terreur dissuasif, tandis que se multiplient les conflits régionaux conduits avec des armes classiques et que se développent des mafias dangereuses hors du contrôle des Etats (7), le terrorisme remplaçant le nucléaire comme principale menace à l'ordre mondial.

Mais c'est aussi une société caractérisée par l'interdépendance et la coopération : Il n'y a plus d'espace terrestre vierge. Les Etats, voisins les uns des autres doivent dorénavant apprendre à coexister et à coopérer, tant au niveau universel que régional dans tous les domaines de la vie sociale. Et s'il est vrai que, contrairement aux sociétés étatiques, la communauté internationale ne connaît ni instance ni mécanisme de prévention et de règlement des conflits internationaux qui puisse s'appliquer à l'ensemble des Etats, (ce qui, du même coup permet aux grandes nations de s'imposer aux plus petites, des institutions et des procédures reposant sur l'organisation horizontale des relations d'autorité entre Etats se multiplient. La globalisation et la permanence des échanges internationaux institutionnalisent en quelque sorte l'action des Etats.

Comment conceptualiser les relations internationales de nos jours ?

Si les approches doctrinales sont aussi nombreuses qu'il y a de chercheurs, toute réflexion opérationnelle reste néanmoins marquée essentiellement par l'angle sous lequel on observe la société internationale, selon qu'on la considère anarchique et conflictuelle ou au contraire solidaire.

C'est dans cette double perspective de confrontation et de coopération que peuvent être approchés les phénomènes internationaux ; autrement dit, la conceptualisation des relations internationales peut être opérée suivant deux paradigmes opposés et complémentaires : Un courant qui privilégie la dimension d'adversité entre protagonistes du jeu international et un courant solidariste.

Le courant conflictuel :

A l'origine de ce courant conceptuel qui va se décliner en deux visions des rapports mondiaux, les théories réalistes et néo-réalistes et les paradigmes marxiste et islamiste de l'impérialisme et de la dépendance, il y a cette idée simple que l'Etat, acteur essentiel des relations internationales n'est rien d'autre qu'un agglomérat d'individus, et qu'il agit de la même manière que les hommes qui le composent. Les relations internationales ne sont donc que le reflet des pulsions agressives qui caractérisent la nature humaine.

La conception réaliste qui remonte à l'Antiquité, avec l'auteur de "La guerre du Péloponnèse", Thucydide, qui écrivait notamment "Il faut choisir, se reposer ou être libre", se retrouve dans les œuvres de Machiavel (8) puis de Hobbes (9), qui au XVIII<sup>ème</sup> siècle insiste sur le caractère anarchique et conflictuel de la société internationale, en l'absence d'un pouvoir supérieur commun. Et l'on pourrait également en appeler au stratège prussien Carl von Clausewitz, père de la célèbre phrase "La guerre n'est rien d'autre que la continuation des relations politiques avec l'appoint d'autres moyens (in "De la guerre", écrit entre 1818 et 1830, éd. De Minuit, 1955, p. 73)

Plus près de nous, certains auteurs comme Georg Scharwarzenberger (in "Power politics", éd. Stevens and sons, Londres, 1951) ou encore Alastair Buchan (in "Power and Equilibrium in the 1970's", éd. Chatto and Winders, Londres, 1973) ont, dans cet esprit, analysé les rapports de force et leur évolution. Quant au professeur Hans Morgenthau, il se différencie de ces auteurs, dans la mesure où il a apporté une explication rationnelle, une théorie "réaliste" des rapports internationaux. Selon lui, la politique internationale serait pour chaque Etat un effort continu pour maintenir et accroître la puissance de sa propre nation et pour restreindre ou réduire la puissance des autres nations. D'où les conflits inévitables qui s'expliquent, en majeure partie par les pulsions agressives de la nature humaine (10). Autrement dit, Morgenthau propose une théorie générale des relations internationales fondées sur les lois objectives des comportements politiques inscrits dans la psychologie des hommes, ce qui n'empêche pas toutefois les Etats, dans un intérêt bien compris, de maintenir entre eux un ordre minimal grâce à la diplomatie et au droit. Sa théorie statocentrique repose en conséquence, quasi exclusivement sur les rapports interétatiques, lesquels sont conditionnés par la recherche du seul intérêt national, l'instrument principal de la politique internationale étant, en tout état de cause, le recours à la force, force militaire, mais aussi économique ou d'influence (11).

En France, cette position sera défendue par Raymond Aron dans son ouvrage de référence "Paix et guerre entre les nations" (éd. Calmann Lévy, 1961). Lui aussi, après Spinoza (11), John Locke (12), et Jean- Jacques Rousseau est un adepte de l'état de nature entendu comme un état de

guerre au sens où l'interprétait Kant selon lequel "l'état de paix parmi les hommes qui vivent côte à côte n'est pas un état de nature; ce dernier est plutôt un état de guerre sinon toujours déclarée du moins toujours menaçante" (13). Raymond Aron écrit de la même façon à la page 19 de son ouvrage "la politique, ... dans la mesure où elle concerne les relations entre Etats, semble avoir pour signification... la simple survie des Etats face à la menace que crée l'existence des autres Etats... Les Etats ne sont pas sortis, dans leurs relations mutuelles, de l'état de nature". Pour lui, la société internationale n'étant pas intégrée deux personnages la symbolisent, le diplomate et le soldat; ce qui signifie qu'en désespoir de cause, la guerre reste légitime et légale.

Autrement dit, le ressort des relations entre Etats est, pour ces penseurs, à rechercher dans la notion d'intérêt défini en termes de puissance

Plus récemment, dès la fin des années 1970, une conception néo-réaliste s'est développée selon laquelle la puissance devient multiple, fragmentée et la hantise des Etats, après l'équilibre de la guerre froide, et la montée de périls nouveaux est d'assurer leur sécurité, militaire encore mais aussi économique et énergétique par exemple (14).

Dans cette perspective, le système international, tout en gardant sa nature anarchique profonde, peut évoluer vers un ordre minimal, structuré, tout à la fois par les Etats dominants et par les organisations internationales, sachant, et c'est la thèse de Robert Gilpin à partir de l'exemple de la fin de l'URSS en 1991 que toute puissance hégémonique a tendance à périr au bout d'un certain temps, dans la mesure où la force militaire ne suffit plus à assurer son rayonnement.. C'est la thèse que défendent à la même période Kenneth Waltz (15), Barry Buzan, Robert Gilpin (16) parmi d'autres.

De la même veine, relève la conception marxiste des relations internationales, qu'ont illustrée notamment les travaux de Rudolf Hilferding, Nicolaï Boukharine, Rosa Luxembourg et Lénine, en leur temps, complétés de nos jours par ceux des néo-marxistes comme Samir Amin (17) ou encore Pierre Jalée (18).

Pour tous ces penseurs, l'Etat est par essence impérialiste étant donné la primauté du facteur économique dans les relations internationales et les mécanismes induits d'exploitation coloniale. Le capitalisme occidental est dans cette perspective, la source de tous les maux, ne serait-ce que parce qu'il est la cause principale du sous-développement du Tiers-Monde. Et c'est ainsi qu'une paix durable ne saurait s'instaurer sans qu'il y ait au préalable, destruction de l'occident capitaliste.

Ce paradigme des zones d'influence est encore illustré par Samuel Huntington, auteur du "Choc des civilisations" (éd. Odile Jacob, 1997), selon lequel les lignes de fracture culturelles, qu'il appelle "civilisationnelles" sont les lignes de front actuelles entre un Occident menacé et un axe islamo- confucéen où le substrat religieux tient une place centrale. Pour critiquable qu'elle soit, cette thèse n'en n'est pas moins appuyée par les réseaux islamistes qui distinguent deux sphères, les terres de l'Islam, d'une part et le reste du monde à convertir, d'autre part.

### Le courant solidariste

A l'opposé, ce courant plus moderne que le précédent considère la société internationale comme un espace d'échanges et de relations synergiques, sous l'effet, tant du développement économique et technologique que de l'accroissement des échanges internationaux et transnationaux. A cet égard, il apparaît aujourd'hui qu'avec les phénomènes d'échanges liés à la mondialisation, une géographie des réseaux est en voie de supplanter la géographie des territoires. Autrement dit, les Etats ne sont plus considérés comme les seuls acteurs des relations internationales; ils participent à un maillage serré de la société internationale aux côtés de nouveaux protagonistes, les organisations internationales dont la raison d'être est précisément de multiplier et d'institutionnaliser les échanges et de satisfaire les besoins des hommes à l'échelle mondiale.

C'est ainsi que les fédéralistes, à la suite de Pierre Joseph Proudhon (19) au XIX<sup>ème</sup> siècle puis Georges Scelle (20) et Jean Monnet au XX<sup>ème</sup> siècle pensent que les individus peuvent mettre en commun leurs forces en s'associant pour la réalisation d'une société plus juste dans le cadre procédural de délégations successives des compétences étatiques afin de réaliser des institutions fédératives communes. L'Union Européenne a été entreprise sur ce paradigme. Autrement dit, ce courant "solidariste" considère la société internationale comme un espace d'échanges arbitré par un droit international considéré avant tout comme un "droit des gens" avant même que d'être un ensemble de règles pour les Etats.

Pour les fonctionnalistes comme David Mitrany (21) puis Michel Virally (22), auteur de « L'organisation mondiale », les Etats sont de plus en plus confrontés à des tâches techniques et industrielles qui ne peuvent plus être réalisées dans le cadre de leur seule souveraineté territoriale. L'Etat, par conséquent, perd nécessairement une partie de sa souveraineté au profit d'organisations internationales spécialisées, seules capables de satisfaire les aspirations élémentaires des habitants de la planète. Dans la théorie fonctionnaliste, l'esprit de coopération, marginalise par conséquent, à terme, toute politique hégémonique des Etats.

Relevant encore de ce courant solidariste, mais d'une manière plus neutre, l'analyse systémique met l'accent sur les échanges entre systèmes ou ensembles. Le systémisme à la manière de David Easton (23) est une théorie qui tend vers une conceptualisation globale de la société internationale, au delà de ses perturbations conjoncturelles et idéologiques.

Enfin, pour clore cette présentation synthétique des relations internationales, faut-il encore citer la vision atypique de l'américain Francis Fukuyama (24), imaginant, avec la généralisation des biotechnologies, l'avènement d'une nouvelle humanité robotisée, et donc, la fin de l'Histoire des confrontations idéologiques.

Aucune de ces théories n'est pleinement satisfaisante. En fait, comme le note Brice Soccol dans son manuel de « Relations Internationales» (éd. Paradigme, 2009 p. 140) «L'ensemble de ces courants doctrinaux doit être perçu de façon complémentaire. La réalité sociale, les fonctions

économiques, la puissance des Etats, la dépendance et la coopération, sont constitutifs des relations internationales ».

### Notes :

(1) Dans un entretien publié ans le journal "Le Monde" des 21-22 janvier 1979, Claude Lévy- Stauss déclarait: "Pour beaucoup de raisons, je crains que le monde d'aujourd'hui, par sa densité, sa complexité, le nombre incroyablement élevé de variables qu'il implique, n'ait cessé d'être pensable, au moins de façon globale"

(2) UNESCO "La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode, l'enseignement".1950 in-8°, VIII, 741 p.

(3) La professeure Simone Dreyfus définit la société internationale comme "le milieu social dans lequel se développent des relations internationales caractérisées par une certaine durée et une certaine régularité". Elle ajoute que cette société se caractérise essentiellement "par le fait qu'elle est composée d'Etats et d'autres sujets du droit international; par l'absence d'une autorité supérieure capable d'imposer ses décisions. C'est dire combien la société internationale diffère de celles qui existent à l'intérieur des frontières étatiques". In "Droit des relations internationales", Edition Cujas, 1987, pp. 9-10;

(4) Le professeur P.F. Gonidec déplorait déjà dans son manuel de "relations internationales" de 1981, "éditions Montchrestien",p.8 : "La difficulté vient de ce que la société internationale est étudiée sous différents angles par des spécialistes appartenant à des disciplines aussi diverses que l'histoire, le droit, la géographie, la psychologie, l'économie, la philosophie, la science politique, etc...Il est compréhensible que chaque spécialiste ait sa propre définition des relations internationales selon l'angle sous lequel il étudie la société internationale".

(5) Cette traduction française de "Global Village" a été forgée par le philosophe des médias canadien Marshall MacLuhan en 1967, dans l'essai intitulé "The Medium is the Massage", éditions Bantam Books, Londres.

(6) Le droit international public, consubstantiel de l'existence des Etats a eu pour but, dès l'origine, au sein de la société internationale de garantir leur coexistence, louvoyant, comme le souligne le professeur Nguyen Quoc Dinh (DIP, 5<sup>ème</sup> éd. LGDJ, Paris, p.37) entre " les aspirations confuses de la communauté internationale et la tendance des Etats à affirmer leur souveraineté".

(7) Par exemple, DAECH, acronyme arabe d'"Etat islamique en Irak et au Levant, né en 2006 de la fusion de la branche d'Al Qaïda en Mésopotamie et de petits groupes islamistes en Irak, revendique depuis le 29 juin 2014 l'effacement des frontières étatiques au Moyen Orient, telles que les avaient fixées les accords Sykes- Picot de 1916 et le rétablissement sur les territoires conquis d'un Califat identique à celui des premiers âges de l'Islam.

(8) Auteur du "Prince" (1513, trad.Paris, Gallimard, coll. Folio, 1986) et de "L'art de la guerre" (Paris, Flammarion, GF, 1991), Machiavel (1469- 1527) recommandait à Laurent de Médicis de "ne jamais ôter son intention de l'exercice de la guerre"

(9) Hobbes (1588- 1679), auteur du "Léviathan"(trad. française, éd. Sirey, 1971

(10) In "Politics among Nations, The struggle for power and peace", NY; A. Knopf, 1948

(11) Dans son "Traité politique" de 1677, chap. III, l'auteur écrit que "les hommes, dans la condition naturelle, sont ennemis les uns des autres..."

(12) John Locke "Traité sur le gouvernement civil", 1690; trad. Fr. de David Mazel, Paris, Garnier Flammarion, 1992;

(13) Kant, "Vers la paix perpétuelle (1795) trad. Fr. PUF, 1958

(14) Voir à ce sujet Joseph Nye, "Soft Power: The Means to Success in World Politics", éd. Publicaffairs, 2004

(15) Kenneth Waltz, "Theory of International Politics", NY, éd. Mc Graw-Hill, 1979

(16) Robert Gilpin, "War and Change in World Politics", 1981

(17) Samir Amin, "L'empire du chaos. La nouvelle mondialisation capitaliste", Paris, L'Harmattan, 1992

(18) Pierre Jalée, "Le pillage du Tiers Monde", éd. Maspero, coll. Cahiers libres, 1965

(19) Joseph Proudhon, "De la création de l'ordre dans l'humanité...", 1843, éd. A. Lacroix et Cie. 1873

(20) Georges Scelle, "Précis de droit des gens", 1932, éd. Dalloz, 2010

(21) David Mitrany "A Working Peace System", 1943, éd. Quadrangle Books, 1966

(22) Michel Virally, "L'organisation mondiale", A. Colin, 1972

(23) David Easton, "The Political System... ", NY, Alfred Knopf, 1953

(24) Francis Fukuyama, "La fin de l'histoire et la fin de l'homme", 1989, éd. Flammarion, 1992.

# *Les relations internationales illicites au Kosovo : impact sur une transition démocratique inachevée*



**Béatrice GUILLAUMIN**

*Adjointe du Directeur de l'IDAI*

## **Introduction**

Depuis le début des années 90 et l'implosion de l'ex-Yougoslavie, les Balkans constituent une véritable zone grise où prolifèrent trafics en tout genre. Les populations locales, soutenues par des acteurs illégaux ou officiels ont ainsi mis en place, et ce, depuis les années 50, une véritable économie parallèle, laquelle profite d'une « culture de la corruption qui lui permet de traverser des frontières ethniques et nationales récemment ensanglantées par la guerre »<sup>1</sup>.

Le concept de relations internationales illicites - qu'il s'agit d'entendre comme des échanges internationaux entre partenaires lesquels, avec ou sans l'aval des autorités étatiques, violent les réglementations nationales -, recouvre dès lors une réalité manifeste dans les Balkans, notamment dans le cas du Kosovo. Il renvoie aussi bien à une criminalité traditionnelle, comme la contrebande ou les flux de migrants clandestins, qu'à des pratiques nouvelles, comme le trafic de stupéfiants ou les réseaux de prostitution. D'ailleurs, certaines de ces pratiques sont tolérées par les autorités au pouvoir car elles répondent à la satisfaction d'intérêts personnels, voire sont même vivement encouragées et orchestrées par ces derniers pour des « raisons d'État » - le trafic illégal d'armes étant à ce titre le plus symbolique. De ce fait, il

semble pertinent de relever avec Frédéric Débié que « les appareils d'État sont à la fois complices de ces dynamiques et débordés par elles »<sup>2</sup>.

Toutefois, faut-il affirmer comme le criminologue Xavier Raufer que le Kosovo est « un prototype d'État mafieux » ? Il semblerait plus pertinent de considérer que les relations internationales illicites qui se sont développées puis ancrées dans la région balkanique dès les années 90 ont plutôt donné lieu « non pas à des États mafieux, mais à des entités paraétatiques, sans frontière, sans règle ferme, sans foi ni loi au sein de la société des États »<sup>3</sup>.

Le Kosovo constitue donc le centre névralgique des relations internationales illicites de l'Europe orientale. Il abrite ainsi un véritable trafic qui n'a de cesse d'être dénoncé par les institutions mondiales. Ainsi, l'Europe, au même titre que le représentant spécial de la MINUK (opération de maintien de la paix de l'ONU missionnée pour administrer le territoire kosovar dès 1999), se sont alarmées du développement de celui-ci. Le Conseil de l'Europe a adopté en 2010 un célèbre rapport, le rapport Dick Marty, dénonçant un trafic d'organes prélevés sur des détenus serbes aux mains de l'UCK (armée de libération du Kosovo) dans les années 1990. Il met

<sup>1</sup> Philippe CHASSAGNE et Kolë GJELOSHAJ, « La corruption, condition essentielle du trafic des êtres humains », *Confluence Méditerranée*, n°42, été 2002, p. 133.

<sup>2</sup> Franck DEBIÉ « Les relations internationales illicites dans les Balkans occidentaux : État, criminalité et société », *Revue internationale et stratégique*, n°43, 2001, p. 120.

<sup>3</sup> Franck DEBIÉ « Les relations internationales illicites dans les Balkans occidentaux : État, criminalité et société », *Revue internationale et stratégique*, n°43, 2001, p. 125.

notamment en cause des responsables de l'organisation ainsi que son chef l'actuel Premier ministre kosovar, résolution appelant à l'établissement d'une enquête sur les « *allégations de traitement inhumain de la population et trafic illicite d'organes au Kosovo* »<sup>4</sup>. Qui plus est, le Kosovo abrite également un trafic de drogues qui semble se conjuguer à un trafic d'êtres humains, qu'il s'agisse de migrants clandestins, d'esclaves ou de prostituées.

Ces activités illégales font intervenir des réseaux criminels régionaux et plus particulièrement serbes, monténégrins et albanais dont les liens étroits permettent de développer un véritable réseau de prostitutions dont les filières prennent naissance en Ukraine, Moldavie, Roumanie ou encore Bulgarie pour s'achever dans les pays d'Europe [Auteur in 1]<sup>5</sup>.

Les réseaux criminels jouent donc un rôle majeur dans la structuration des relations internationales illicites dont le théâtre est le Kosovo. Pourtant, depuis 1999 et la résolution 1 244 [2013-04-G2]<sup>6</sup> du Conseil de sécurité des Nations-Unies qui place le Kosovo sous administration internationale, le territoire fait l'objet d'un contrôle renforcé en la matière. Il aurait donc été possible d'envisager une diminution de ces trafics. Pour autant, la complicité des autorités kosovares et parfois même leur participation active dans ces réseaux illégaux ainsi que l'incapacité de la communauté internationale à les endiguer ont contribué à fixer inéluctablement ces relations internationales illicites dans les systèmes économique, politique et social du Kosovo et des Balkans plus généralement.

Outre les questions inhérentes à l'instrumentalisation de ces réseaux par les autorités politiques, la problématique des relations internationales illicites présente un intérêt majeur dans une étude de cas concernant le Kosovo car elle permet de mettre en lumière l'influence de ces dernières sur les processus de *state-building* et de transition démocratique dont la communauté internationale est l'architecte. Il paraît donc pertinent de s'interroger sur les dynamiques ayant trait à l'implantation durable des relations internationales illicites dans la région balkanique lesquelles influent sur l'impuissance de la communauté internationale à accompagner le parachèvement de la transition démocratique au Kosovo.

Cet article se propose ainsi d'explorer, d'une part, les origines conjoncturelles de l'existence même de

Hashim Thaçi. Le 25 janvier 2011, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une ces activités illégales sur le sol kosovar et, d'autre part, leurs conséquences sur l'incapacité du Kosovo à s'ériger en tant qu'entité étatique autonome et crédible sur la scène internationale.

### **I – Le Kosovo, un maillon de la chaîne balkanique des relations internationales illicites**

Il paraît impossible d'analyser les répercussions de ces relations internationales illicites sans avoir préalablement tenté d'en réaliser l'exégèse. En effet, ces relations ont une origine conjoncturelle expliquée par la guerre, la fermeture des frontières ou les sanctions imposées par la communauté internationale, notamment en matière d'armements. Plus généralement, elles ont été dictées, dans les années 90 et encore aujourd'hui, par ce qu'il est commun de nommer « un impératif de survie ». C'est donc au moyen de ces activités illégales que s'est développée une véritable économie de subsistance.

Qui plus est, elles vont devenir les instruments mêmes de l'influence politique et militaire de certains groupes durant la guerre du Kosovo, stratégie qui a d'ailleurs justifié des alliances avec des organisations mafieuses.

#### **A) Une zone grise fruit de considérations régionales d'ordres politique et économique**

Depuis le début des années 90, et avec l'implosion dès 1991 de l'ex-Yougoslavie, des groupes criminels, dont les activités s'inscrivent dans un cadre transnational, ont profité de la porosité des frontières et de la faiblesse des organisations de sécurité pour proliférer dans la région en se livrant à des activités illégales incluant trafics en tout genre. Se nourrissant des logiques conflictuelles, ces groupes ont réussi à proliférer en toute impunité, soutenus par des autorités politiques corrompues ou incapables d'endiguer ces activités illégales.

En période de guerre, les populations civiles se retrouvent souvent isolées et l'« impératif de survie » les conduit alors à participer à une économie parallèle au sein de laquelle interagissent des acteurs illégaux. En effet, l'économie traditionnelle légale s'étant effondrée, les civils doivent alors s'en remettre à des groupes armés ayant pris le pouvoir localement afin de se procurer des biens de subsistance et de consommation courante. Cette économie parallèle de guerre et de subsistance révèle d'ailleurs la singularité de cette zone grise. En effet, les années de privation sous le joug du communisme, l'explosion de l'ex-Yougoslavie, les transitions non

<sup>4</sup> Résolution 1 782 du 25 janvier 2011.

<sup>5</sup> Sur le trafic des prostituées, voir Mickaël ROUDAUT, « Route des Balkans 2006 : des trafics toujours plus intenses vers l'Union européenne », Note d'alerte de l'Institut de criminologie de Paris, n°8, octobre 2006, 25 p.

<sup>6</sup> Conseil de sécurité des Nations-Unies, S/RES/1244, 10 juin 1999.

contrôlées vers l'économie de marché de certains États, ou encore l'abolition de restrictions de mouvement pour les biens et les personnes, notamment en Albanie, n'ont fait que renforcer la prégnance des trafics illégaux au sein de la région qui dépassent le cadre strictement local et infra-étatique. Dès lors, marché noir et économie parallèle sont devenus des éléments essentiels et structurants de la nouvelle économie des pays des Balkans, d'ailleurs tolérée par les autorités locales, bien souvent corrompues.

Qui plus est, c'est un véritable trafic d'armes qui s'est déroulé durant le conflit en ex-Yougoslavie, celles-ci équipant les groupes armés au Kosovo, comme l'UCK ou encore en Macédoine. Plus encore, ces armes se sont retrouvées sur des théâtres d'opérations extérieures aux Balkans. La quantité d'armes légères en circulation dans la région est ainsi estimée à plus de 8 millions soit une arme pour trois personnes, faisant alors du Kosovo une réelle « armurerie à ciel ouvert », accessible aux groupes considérés par certains États comme terroristes et qui sont implantés dans les Balkans<sup>7</sup>.

Ainsi, les conditions tant politiques qu'économiques permettent-elle d'expliquer en partie l'émergence d'une telle criminalité mafieuse locale et l'insertion des Balkans dans une vaste zone de libre-échange illégale transnationale, l'une d'ailleurs des plus actives de la planète et des mieux intégrées à l'économie illégale mondiale.

Le Kosovo n'a ainsi pas échappé à cette dynamique qui frappe de plein fouet les États balkaniques. Et, après l'intervention de l'OTAN en 1999, qui a mis fin au conflit opposant l'armée yougoslave et l'Armée de libération du Kosovo aux vellétés sécessionnistes la province serbe alors placée sous administration internationale par la résolution 1 244<sup>8</sup>[2013-04-G3] du Conseil de Sécurité des Nations Unies (CSNU) n'a eu de cesse de voir les relations internationales illicites s'y développer. Elle est alors devenue un maillon de cette chaîne illicite balkanique, laquelle n'est, selon Michel Koutouzis, qu'un amalgame d'« États trafiquants »<sup>9</sup> qui profitent du désordre, des embargos et des conflits qu'ils ont tendance à cultiver. De plus, la présence d'États faibles comme

l'Albanie permet une consolidation de la présence d'acteurs illégaux ainsi qu'une expansion de la criminalité transnationale. La fin de la Guerre froide et l'éclatement de l'ex-Yougoslavie ont donc contribué à l'émergence de nouveaux États sur la scène internationale et dont les faiblesses intrinsèques ainsi que les stigmates des conflits les ont rendus inaptes à endiguer une réalité criminelle définitivement ancrée au niveau régional.

Mais la spécificité du Kosovo comme zone anomique et théâtre de relations internationales illicites de grande ampleur répond aussi à la logique des acteurs criminels qui prolifèrent sur son territoire. Ainsi, les trafics et la corruption n'auraient pas la même échelle sans la présence d'une mafia albanophone dont l'émergence coïncide avec les conflits en ex-Yougoslavie dans les années 90 et la naissance de besoins en produit de contrebande. Dans cette perspective, il convient de revenir sur le fait que cette zone grise balkanique est à l'origine de la création de la mafia albanophone, l'une des plus puissante sur la scène internationale et dont les ramifications à travers le monde et son ancrage solide au Kosovo lui ont permis d'interagir avec d'autres réseaux criminels dotés de capacités politiques et militaires comme l'UCK.

## **B) La mafia albanophone au cœur de la criminalité transnationale**

Comme évoqué précédemment, les activités illégales menées dans les Balkans et plus particulièrement au Kosovo ont pour catalyseur commun la mafia albanophone. Cette entreprise criminelle « à but hautement lucratif »<sup>10</sup> gère en effet un système socio-économique spécifique avec son économie souterraine et ses circuits parallèles et constitue ainsi une « société de secours mutuel qui agit aux dépens de la société civile et pour le profit de ses seuls membres »<sup>11</sup>. Véritable force créatrice et motrice de l'économie de marché, la mafia albanophone s'est structurée dans les années 90 au travers d'activités illégales menées par les anciens membres des services de renseignement albanais, le Sigurimi.

Agissant d'abord sous tutelle turque, elle s'est ensuite affranchie de cette dernière pour organiser son trafic de façon autonome et se consolider durant les premiers conflits en ex-Yougoslavie, c'est-à-dire en Croatie, en Bosnie-Herzégovine et en Serbie avant de s'implanter durablement au Kosovo à partir de 1995. Détentrice du monopole de la réalisation des trafics dans cette nouvelle zone de guerre, la mafia albanophone s'est

<sup>7</sup> La région des Balkans compterait la présence de groupes étiquetés comme « terroristes » par certains États comme le PKK kurde, les

Brigades Islamiques tchéchènes ou encore le Hezbollah comme le souligne Leonid POLYAKOV dans son article « New security threats in the Black Sea region », in Oleksandr PAVLIUK, Ivanna KLYMPUSH-TSINTSADZE, *The Black Sea Region: Cooperation and Security Building*, M.E. Sharpe, 2004.

<sup>8</sup> Conseil de sécurité des Nations-Unies, S/RES/1244, 10 juin 1999.

<sup>9</sup> Michel KOUTOUZIS, « Drogues à l'Est : logique de guerres et de marché », *Politique étrangère*, Vol. 60, n°1, 1995, p. 235.

<sup>10</sup> Jean-Michel DASQUE, *Géopolitique du crime international*, Ellipses, 2008, p. 121.

<sup>11</sup> Jean-Michel DASQUE, *Géopolitique du crime international*, Ellipses, 2008, p. 125.

adonnée à une polycriminalité : drogues, armes, essences, prostitution. Ses coopérations avec la mafia italienne lui ont, de plus, permis de faire de l'Italie la tête de pont criminelle du réseau albanophone au sein de l'Union européenne [Michal Sy4]<sup>12</sup>.

Plus encore, le crime organisé albanophone a pu aisément pénétrer dans certaines arcanes du pouvoir politique local voire national dans le sud-est européen, se plaçant à des postes clés ou se livrant à des pratiques de corruption auprès de politiciens haut placés, et ce, notamment au Kosovo. A cet égard, la mafia albanophone se serait immiscée au sommet des institutions kosovares, le Premier ministre kosovar, Hashim Thaçi, entretenant des rapports étroits avec les mafias du pays. D'ailleurs, ce dernier était, durant la guerre, le chef de l'aile politique de l'UCK, organisation paramilitaire qui aurait largement profité des activités illégales menées par les clans mafieux albanophones en matière d'armement et de financement.

En effet, de nombreux rapports (notamment l'un de l'Observatoire Géopolitique des Drogues en 1991) ont révélé que les profits tirés des ventes d'héroïne par les Albanais, plus particulièrement en Suisse, servaient par la suite à acheter des armes pour l'UCK. Certains auteurs soulignent d'ailleurs que « l'entrée en scène de l'UÇK a eu pour conséquence l'implication de trafiquants de drogues dans le trafic d'armes »<sup>13</sup>.

Certaines relations internationales illicites unissent ainsi les autorités kosovares et la criminalité organisée albanophone. Ceci n'est d'ailleurs pas surprenant au regard des 90% d'Albanais qui constituent la population du pays. Le Kosovo sert donc de véritable base arrière aux activités illégales perpétrées par la mafia albanophone, ce qui lui a valu d'être qualifiée de « mafia sans État ». Toutefois, il s'agit de souligner que la mafia albanophone et certaines autorités politiques ne pourraient interagir si aisément si l'État kosovar ne laissait pas des espaces de déshérences qui leur sont libre d'accès. C'est donc la faiblesse institutionnelle de la province kosovare ainsi que son incapacité à exercer certains monopoles (fiscale, violence légitime) qui ont permis à la mafia albanophone de prospérer. D'autant plus que les processus de transition démocratique pensés par communauté internationale ont été mis à mal par l'expansion de ces relations internationales illicites.

<sup>12</sup> Mickaël ROUDAUT, « Route des Balkans 2006 : des trafics toujours plus intenses vers l'Union européenne », Note d'alerte de l'Institut de criminologie de Paris, n°8, octobre 2006, p. 9.

<sup>13</sup> Philippe CHASSAGNE et Kolë GJELOSHAI, « L'émergence de la criminalité organisée albanophone », Cahiers d'Etudes sur la Méditerranée Orientale et le monde Turco-Iranien, n°32, 2001, p.15.

## II – Une transition démocratique sous supervision internationale qui pâtit de ses relations internationales illicites

Dès 1999, le Kosovo va devenir un véritable laboratoire d'une nouvelle approche des processus de démocratisation qui s'inscrit dans une tentative de stabilisation post-conflit et de retour à la paix. Toutefois, la transition démocratique sous supervision internationale intervient ici dans un contexte particulier de fin de conflit mêlée à l'existence de relations internationales illicites qui se nourrissent de la faiblesse des États et qui tendent à les paralyser dans leurs actions. La mission de la communauté internationale dans le cadre du *state-building* et de la démocratisation de la province kosovare va ainsi se heurter aux paradoxes mêmes entraînés par leur présence ainsi qu'à l'impossibilité de parachever cette transition dans les relations internationales illicites dont le Kosovo est le théâtre.

### A) Les équivoques de la présence internationale

Intervenues au Kosovo pour mettre fin au conflit opposant l'armée yougoslave et l'UCK [Auteur in5], l'OTAN comme l'ONU se sont retrouvées rapidement « confrontées aux difficultés du *state-building*, au premier rang desquelles, la création ex nihilo d'un système de sécurité performant »<sup>14</sup>. La KFOR, la MINUK et désormais EULEX (mission de l'UE) ont donc tenté d'instaurer une certaine stabilité dans la province tout en établissant un État de droit. Dès le début de la mission, la MINUK a ainsi créé le Kosovo Organised Crime Bureau (2002) composé de policiers internationaux spécialisés dans la lutte contre grand banditisme et de membres de la KPS (police du Kosovo). L'UE a également fait de la lutte contre la corruption et contre les trafics illégaux une priorité. Ainsi, la section douane de l'opération a permis une diminution significative de la contrebande de carburant en procédant à la surveillance et à l'enregistrement de documents concernant les véhicules commerciaux qui entrent au Kosovo. En novembre 2012, c'est Fatmir Limaj qui a été arrêté par EULEX, pour crime organisé et délits de corruption alors qu'il était encore Ministre des transports et des télécommunications du pays. Il a été arrêté avec « 6 autres personnes, avec pour chef d'accusation : manipulation d'appels d'offres, acceptation et distribution de pots-de-vin et obstruction de justice en relation à trois affaires d'appels d'offres au sein de son ancien Ministère à des fins personnelles »<sup>15</sup>.

Mais plus que tout, c'est la lutte contre le trafic d'organes

<sup>14</sup> Jean-Christian CADY, « Établir l'État de droit au Kosovo : succès et échecs des Nations-Unies », IFRI, Focus stratégique n°34, Novembre 2011, p. 26.

<sup>15</sup> Bruxelles2.eu : <http://www.bruxelles2.eu/zones/bosnie-kosovo/eulex-kosovo-vs-fatmir-limaj-round-2.html>

qui se trouve au cœur de la politique de la mission EULEX. En effet, le Kosovo continue à accueillir sur son territoire un véritable trafic d'organes, lequel a été dénoncé à plusieurs reprises par les institutions mondiales et par l'Union. D'ailleurs, le Conseil de l'Europe a adopté en janvier 2011 un rapport<sup>16</sup> dénonçant le trafic d'organes conduit par l'UCK sur des prisonniers serbes dans les années 1990, corroborant ainsi les allégations de Carla del Ponte, ancienne procureure du TPIY, dans son *The hunt: me and the war criminals* (2008). Ce rapport concerne plus particulièrement les responsables de l'organisation et notamment son leader, ancien Premier ministre du Kosovo, Hashim Thaci. Toutefois, même si ce rapport a été vivement contesté, la résolution adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé à la création d'une enquête sur « *les allégations de traitement inhumain de personnes et trafic illicite d'organes au Kosovo* »<sup>17</sup>, ce que l'ONU, par l'intermédiaire de Lamberto Zannier (ancien représentant spécial des Nations-Unies pour le Kosovo) a confirmé. La lutte contre le trafic d'organes dans la province apparaît donc comme une priorité pour la présence internationale et notamment pour EULEX. A cet égard, il semble opportun de mentionner que la composante justice d'EULEX a délivré, le 4 mars 2011, l'acte d'accusation de quatre personnes accusées de trafic d'organes, d'exercice illégal de la médecine et d'abus de pouvoir.

En outre, les allégations de trafic d'organes ont également été soulevées à maintes reprises par de nombreuses délégations européennes qui ont accueilli de manière favorable l'adoption, par le Parlement albanais, d'un projet de loi visant à assurer une pleine coopération entre l'Albanie et la mission *État de droit* dirigée par l'Union au Kosovo, afin que cette dernière puisse enquêter sur ces faits illicites. Cette loi donne à la mission EULEX les mêmes pouvoirs que ceux accordés au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), y compris la possibilité d'enregistrer un témoignage en dehors de la présence d'un magistrat ou d'un officier de police albanaise.

Qui plus est, le contrôle des frontières aux points de passage avec l'Albanie, le Monténégro, et la Macédoine exercé par la KFOR a certainement freiné le trafic d'armes et d'équipements militaires sans toutefois l'arrêter totalement.

Toutefois, certains révèlent que le désintérêt de la communauté internationale pour le trafic de drogues conduit à une expansion des relations internationales illicites dont le Kosovo est le centre névralgique. Ainsi, selon Imer Mushkolaj, « *l'indifférence de l'administration internationale vis-à-vis du problème de la drogue crée les conditions idéales pour un trafic prospère. La province*

*est accablée par une économie précaire et la loi n'est pratiquement pas appliquée. C'est pourquoi pour la mafia de la drogue, le Kosovo est un endroit idéal pour son trafic. Une fois cette culture implantée, elle sera très difficile à déraciner* »<sup>18</sup>.

D'autant plus que par le passé, les sanctions de la communauté internationale et notamment l'embargo et l'interdiction du commerce des armes qui ont pesé sur les pays de l'ex-Yougoslavie durant le conflit ont grandement contribué à l'expansion des trafics par le crime organisé albanophone notamment.

Plus encore, il est frappant de constater que la prostitution explose dans les zones militarisées où sont implantés des membres des administrations internationales (Kosovo, Macédoine, Bosnie-Herzégovine pour ne citer qu'eux). Ainsi, depuis la guerre du Kosovo, de nouvelles dynamiques sont à l'œuvre dans les réseaux régionaux en la matière. Nombreuses sont les prostituées qui ont été transférées d'Albanie au Kosovo et, il existe même des cas où « *des prostituées entretenues par des albanophones en Europe occidentale ont accompagné leurs souteneurs de retour au Kosovo* »<sup>19</sup>. Les opérations de maintien de la paix ou les missions de sécurisation d'une zone, parce qu'elles font se concentrer en un espace réduit des contingents militaires parfois peu rémunérés et mal encadrés, engendrent des lors le développement d'activités illégales (drogue, êtres humains, prostitution).

Force est donc de constater que la transition démocratique du Kosovo sous supervision internationale répond à des dynamiques antagonistes. D'une part, au travers de son action, la communauté internationale tend à lutter contre l'expansion de la criminalité transnationale. D'autre part, sa présence même sur le sol kosovar contribue à développer cette dernière. D'autant plus que le fait que la communauté internationale soit dépendante, dans la mise en œuvre des mécanismes de démocratisation et de lutte contre les trafics ainsi que de la mise à disposition de spécialistes, étrangers, pose un problème de viabilité d'un tel système à terme.

## **B) Une construction inachevée**

La démocratisation est souvent considérée « *comme la méthode la plus efficace pour assurer la transition des États en sortie de conflit* »<sup>20</sup>. Mais

<sup>16</sup> Rapport Dick Marty publié en Décembre 2010.

<sup>17</sup> Résolution 1 782 du 25 janvier 2011.

<sup>18</sup> Imer MUSHKOLAJ, « La drogue menace le Kosovo : Rapport sur la crise des Balkans » The Institute for War & Peace Reporting, n°142, 23 mai 2000, p. 45.

<sup>19</sup> Philippe CHASSAGNE et Kolë GJELOSHAI, « La corruption, condition essentielle du trafic des êtres humains », *Confluences Méditerranée*, n°42, été 2002, p. 139.

<sup>20</sup> Matthew LEATHERMAN, « Democracy as a Tool for Stabilizing Peace : The Case of Kosovo », The Cornwallis Group XI : Analysis for Civil-Military Transitions, Workshop

l'ampleur et l'ambition qui caractérisent ce nouvel interventionnisme international ont nécessité la synergie de multiples acteurs, pour couvrir les divers espaces d'activités impliqués. Et cette « *multiplicité des parties prenantes* »<sup>21</sup> a pu parfois être préjudiciable car engendrant une nébuleuse institutionnelle complexe dont ont su profiter certains acteurs illégaux. Il en va ainsi dans le détournement de l'aide publique attribuée par les bailleurs de fond dans le cadre du state-building.

De surcroît, il est nécessaire de souligner que la faiblesse de l'architecture institutionnelle kosovare et l'incapacité du gouvernement et des autorités internationales à contrôler la situation et faire appliquer les lois ont transformé le Kosovo en zone de « *criminalité hybride* »<sup>22</sup>. Les groupes criminels agissent donc avec la bénédiction du pouvoir local : contrôle de l'économie, coopération avec les autorités politiques, gouvernement et police qui se livrent ouvertement aux trafics.

Qui plus est, la corruption, les liens mafieux et la participation de certains responsables politiques à des trafics d'organes et de drogue, entravent la consolidation de l'appareil gouvernemental, laissant donc subsister des doutes quant à la problématique qui secoue la région, à savoir celle de la qualité Étatique du Kosovo. D'autant plus que les violences interethniques dans le nord mettent en exergue combien il est aisé de retomber dans les méandres des années 90.

Concernant la corruption, Shpend Ahmeti, le maire de Pristina et membre de l'opposition a d'ailleurs déclaré que « la corruption est le cancer de la société kosovare ». Pourtant, il paraît manifeste que la corruption et la criminalité ne pourraient persister sans les opportunités créées par la faiblesse du gouvernement de la province, lequel fait désormais face à un phénomène inexorable qui est celui de l'interpénétration croissante de la criminalité avec l'espace politique et économique.

Du reste, il est possible d'observer un désaveu flagrant de la population kosovare pour la vie politique. En cause, le fait que les règles du jeu inhérentes à la démocratie ne paraissent pas avoir été intériorisées de manière absolue par les gouvernants ce qui engendre une perte de confiance de la part de l'électorat. En effet, corruption, clientélisme, alliance entre sphère politique et criminalité transfrontalière (trafic d'armes, d'êtres humains, d'organes) ou encore *mafieurisation* de la société, perdurent. A cet égard, la mission de l'UE a fait de la lutte contre la corruption et contre les trafics

illégaux une priorité, la transparence de l'action des autorités kosovares étant une condition *sine qua non* de la consolidation de la démocratie.

De surcroît, la structuration de la société kosovare répond à un phénomène de polarisation entre serbes d'un côté et albanais du Kosovo de l'autre. Et ces antagonismes ethniques ne font que s'accroître avec la situation économique. L'implication de ces divisions au sein de la société kosovare ont été déterminantes pour la nature de l'intervention internationale et les modes de transitions que le Kosovo a mis en œuvre. Pourtant, le volet économique de l'intervention ne semble pas avoir été privilégié. Le pays demeure l'un des plus pauvres d'Europe et la paupérisation paraît endémique. Nombreux sont ceux qui se tournent alors vers le crime et la corruption. Les criminels et les personnes corrompues sont « *traditionnellement reliées à des groupes radicaux qui ont pour assises l'entourage familiale – institution fondamentale au Kosovo – créant de ce fait des blocs fondés sur l'identité ethnique* »<sup>23</sup>. Ainsi, un grief économique, la concurrence pour les ressources rares et partagée par toute la population, contribue à exacerber les antagonismes sociétales et exalte encore le manque d'unité nationale déjà partiellement à l'origine des échecs de démocratisation du Kosovo.

Enfin, les relations internationales illicites qui se développent au Kosovo ont un impact majeur sur la reconnaissance de sa qualité étatique. En effet, aussi bien la Russie, que la Serbie ont condamné à plusieurs reprises la « *dangereuse internationale du Kosovo* ». En 2009, lors d'une session du Conseil de sécurité, l'ancien Président serbe, Boris Tadic, a déclaré que « *la Serbie, comme tous les pays de l'UE, doit faire face à de terribles problèmes du fait de la mafia albanaise du Kosovo, laquelle s'est spécialisée dans le trafic des narcotiques, des êtres humains et des armes* ». Il a été aussitôt appuyé par le Représentant de la Russie, qui a ajouté « *depuis la déclaration d'indépendance, les problèmes du Kosovo ont été exacerbés par une criminalité croissante et par un extrémisme qui relève la tête* ». Le lien semble donc manifeste, bien que certainement quelque peu instrumentalisé, entre la criminalité transnationale qui est à l'œuvre au Kosovo et son manque de crédibilité sur la scène internationale en tant qu'entité étatique avérée.

Il a été régulièrement relevé que les conditions du type d'intervention internationale étant intervenue au Kosovo reviennent à promouvoir la « *démocratie en kit* », selon les termes d'Odile Perrot, réduisant ainsi la

2006, p. 68.

<sup>21</sup> Jean-Christian CADY, « Établir l'État de droit au Kosovo : succès et échecs des Nations-Unies », IFRI, Focus stratégique n°34, Novembre 2011, p. 12.

<sup>22</sup> Nicolas MILETTICH, *Trafics et crimes dans les Balkans*, PUF, 1998, p. 56.

<sup>23</sup> LEATHERMAN Matthew, « Democracy as a Tool for Stabilizing Peace : The Case of Kosovo », The Cornwallis Group XI :Analysis for Civil-Military Transitions, Workshop 2006, p. 9.

démocratisation à un savoir-faire technique aboutissant à une certaine dépolitisation de la démocratie et un renforcement « *des relations État-société préexistantes, et donc des États faibles caractérisés par des politiques patrimoniales et un développement asymétrique* »<sup>24</sup>. Le Kosovo semble en effet répondre à un tel schéma : gouvernement faible, corruption accrue, conditions économiques précaires. Et le manque de volonté politique pour lutter contre ces trafics a ainsi transformé la province en véritable repère des acteurs illégaux.

acteurs évoluent donc hors du cadre légal et tissent des liens internationaux illicites. Toutefois, et contrairement à ce qu'affirme Jean-François Bayart, le crime vient ici remettre en cause les dynamiques de *state-building* et de démocratisation tendant ainsi à annihiler toute tentative pour le Kosovo de s'ériger sur la scène internationale en tant qu'État crédible, viable et légitime.

### Conclusion

Le Kosovo constitue donc l'un des épicycles criminels les plus actifs au monde, phénomène à la fois régional et transnational. Guerre, effondrement de l'économie légale, manque de ressources économiques de base, les sanctions internationales imposées contre l'ex-Yougoslavie ont offert les conditions idéales pour l'émergence du marché noir, de la corruption, de la contrebande et d'une certaine forme de prise de contrôle du crime organisé sur les structures politiques locales, lesquelles participent largement à l'expansion des trafics. La corruption mafieuse des forces de sécurité et des autorités politiques continue donc de compromettre les processus de transition démocratique dans la province kosovare.

L'examen du cas kosovar renvoie donc à plusieurs caractéristiques indissociables de la construction inachevée de l'État. La polarisation sociale, les lacunes dans l'instauration d'un contrat social, la corruption des élites et la violence contribuent ainsi à faire du Kosovo une véritable zone grise au sein de laquelle les processus de transition démocratique ne semblent pouvoir s'ancrer. Les institutions kosovares sont donc minées de l'intérieur par le vers mafieux qui paraît étendre son assise. Jean-François Bayart déclarait que « *là où le crime est à l'œuvre, il ne sape point forcément l'État* »<sup>25</sup>. Jamais affirmation n'aura subi un démenti aussi flagrant qu'à travers l'étude de la situation au Kosovo. Certes, des alliances sont possibles entre les élites politiques et les élites mafieuses dans la province. Ces

<sup>24</sup> Michael BARNETT et Christoph ZURCHER, « The Peacebuilder's Contract: How External Statebuilding Reinforces Weak Statehood », in PARIS Roland et SISK Timothy D., *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, Novembre 2011, p. 3.

<sup>25</sup> Jean-François BAYART, « Le crime transnational et la formation de l'Etat », *Politique Africaine*, n°93, 2004, p.100.

# *L'évènement*

## *Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI – 25 ans de droit à l'Institut de droit des affaires internationales*

*Le Caire, le 25 mars 2015*

L'année universitaire 2014/2015 a marqué les 25 ans d'existence de l'Institut de droit des affaires internationales, issu d'une convention signée à la fin de l'année 1988 et appliquée dès la rentrée universitaire 1989 avec la création d'un magistère francophone.

Que de chemin parcouru depuis lors, d'objectifs concrétisés, de progrès enregistrés, d'obstacles surmontés... pour atteindre la réussite que connaît aujourd'hui cette magnifique institution qui peut prétendre constituer la meilleure formation juridique en Egypte et dont profitent près de 400 étudiants, préparant les diplômes nationaux égyptiens (Licence en droit de l'Université du Caire) et français (Licence en droit, Master en droit international et européen des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Doctorat).

Cette réussite doit beaucoup à Philippe Neau-Leduc, qui a su voir l'exigence d'excellence académique comme ferment de l'attractivité et de la pérennité de l'IDAI. L'organisation et la tenue de ce colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI en ont constitué une belle illustration.

Moment de partage, scientifique et amical, entre les communautés égyptienne et française de juristes, dont rendront compte les contributions publiées.

Plus personnellement, ce colloque m'aura permis d'être associé, une dernière fois, à Philippe Neau-Leduc ; j'en garde et j'en garderai la nostalgie des réflexions profondes, des convictions fortes, des traits d'humour et des regards complices d'une personnalité peu commune ; la nostalgie d'un moment de bonheur.

**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

# 25 ans de l'Institut de droit des affaires internationales – IDAI

## 10h30 à 12h – Première partie : 25 ans de l'Institut de droit des affaires internationales, le mot des institutionnels

**M. Ibrahim Mahlab**, Premier ministre d'Égypte et **M. Al-Sayed Ahmed Abdelkhaleq**, Ministre de l'enseignement supérieur d'Égypte

**S. E. M. André Parant**, Ambassadeur de France en R.A.E.

**M. Gaber Gad**, Président de l'Université du Caire, Professeur à l'Université du Caire

**M. Jean-Marc Bonnisseau**, Vice-président aux relations internationales de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**M. Omar Salem**, Doyen de la Faculté de droit de l'Université du Caire, Professeur à l'Université du Caire

**M. Philippe Neau-Leduc**, Doyen de la faculté de droit des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du Conseil National des Universités section droit privé et sciences criminelles, Responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**M. Stéphane Brena**, Directeur de l'IDAI (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Expert technique international du MAEDI, Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier

**M. Samy Abdel Baki**, Directeur de l'IDAI (Université du Caire), Directeur de la section de droit commercial de l'Université du Caire, Professeur à l'Université du Caire

**M. Asser Hamza**, Représentant de l'association des anciens de l'IDAI, Avocat au barreau du Caire

## 12h à 13h – Pause – Salle de la Coupole

## **13h à 17h – Deuxième partie : 25 ans de droit à l'Institut de droit des affaires internationales, le mot des universitaires**

**13h à 14h15 – Séance I/ 25 ans de droit fondamental et de droit commun**  
**Modérateur de séance : Philippe Neau-Leduc**

**25 ans de culture française en matière de liberté d'expression – Rifaat Fouda**  
Professeur à l'Université du Caire, Ancien directeur de l'IDAI (Université du Caire)

**25 ans de constitutionnalisme de crise en Afrique francophone – Fabrice Hourquebie**  
Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur de l'école doctorale de droit de l'Université de Bordeaux, Secrétaire général de l'Association française de droit constitutionnel, Professeur invité à l'IDAI

**25 ans de Droits de l'homme et procédures civile et commerciale – Ousama El Miligi**  
Professeur à l'Université du Caire

**25 ans de droit commun des contrats – Stéphane Brena**  
Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier, Directeur de l'IDAI (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

**Questions/Discussions : 15'**

14h15 à 14h30 – Pause – Salle de la Coupole

**14h30 à 17h – Séance II/ 25 ans de droit des affaires**

**Modérateur de séance (1/2) : Stéphane Brena**

**25 ans de droit du travail – Christine Neau-Leduc**  
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Professeur invité à l'IDAI

**25 ans de financement de grands projets d'infrastructure par le mécanisme du BOT – Samy Abdel Baki**  
Professeur à l'Université du Caire, directeur de la section de droit commercial de l'Université du Caire, Directeur de l'IDAI (Université du Caire)

**25 ans de droit fiscal – 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 section droit privé et sciences criminelles, Responsable de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Questions/Discussions : 15'**

15h30 à 15h45 – Pause – Salle de la Coupole

**Modérateur de séance (2/2) : Samy Abdel Baki**

**25 ans de droit de l'arbitrage international – Mohamed El Gohary**  
Professeur à l'Université du Caire

**25 ans en matière d'ordre public international – Ismail Selim**  
Docteur en droit (Université de Dijon), avocat associé Al Tamimi, Professeur invité à l'IDAI

**Questions/Discussions : 15'**

**16h30 – Mot de la fin – Samy Abdel Baki et Stéphane Brena**

**Echanges entre les participants – Salle de la Coupole**

الجزء الأول : 25 عاما على معهد قانون الأعمال الدولية ،

كلمة المؤسسين - من 10,30 حتى 12 صباحا

معالي رئيس مجلس الوزراء/ ابراهيم محلب

معالي وزير التعليم العالي/ السيد أحمد عبد الخالق

الأستاذ أندري باران - سفير فرنسا في جمهورية مصر العربية ( تقدم باللغة الفرنسية)

الأستاذ الدكتور جابر جاد - رئيس جامعة القاهرة ، أستاذ القانون العام بجامعة القاهرة

الأستاذ جان مارك بونيسو ، نائب رئيس مكتب العلاقات الدولية في جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون (تقدم باللغة الفرنسية)

الأستاذ الدكتور عمر سالم ، عميد كلية الحقوق، جامعة القاهرة، أستاذ القانون الجنائي بجامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور فيليب نوليديك ، عميد كلية الحقوق قسم قانون الأعمال في جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون ، رئيس المجلس الوطني للجامعات - قسم قانون خاص و علوم جنائية، مسؤل عن معهد قانون الأعمال الدولية لجامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون ، أستاذ في جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون (تقدم بالفرنسية).

الأستاذ الدكتور ستيفن برينا ، المدير الفرنسي لمعهد قانون الأعمال الدولية (جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون ) ، الخبير الفني الدولي لوزارة الخارجية و التنمية الدولية الفرنسية ، دكتور و مشرف على الرسائل العلمية في جامعة مونبليه (تقدم بالفرنسية)

الأستاذ الدكتور سامي عبد الباقي ، المدير المصري لمعهد قانون الأعمال الدولية ، مدير قسم القانون التجاري بجامعة القاهرة ، أستاذ القانون التجاري بجامعة القاهرة (تقدم بالفرنسية)

الأستاذ الدكتور/ أثر حمزة ، ممثلي جمعية قدماء الدارسين بمعهد قانون الأعمال الدولية، محامي

إستراحة في قاعة الاحتفالات الكبرى من الساعة 12 حتى الساعة 1 ظهرا

**الجزء الثاني : 25 عاما على معهد قانون الأعمال الدولية ، كلمة الأكاديميين**

**من الساعة 1 ظهرا الى الساعة 5 مساء**

**جلسة الأولى : 25 عاما من القانون العام و القانون الأساسى تحت رئاسة الاستاذ الدكتور/ فيليب نوليديك**

25 عاما من الثقافة الفرنسية في مجال حرية الرأي، الأستاذ الدكتور رأفت فودة، أستاذ ورئيس قسم القانون العام بجامعة القاهرة والمدير السابق لمعهد قانون الأعمال الدولية

25 عاما من القانون الدستوري للأزمات ( حالة أفريقيا فراوكوفونية)- فابريس أركوبي، أستاذ القانون ، أستاذ في جامعة بوردو ، رئيس قسم رسائل الدكتوراه في جامعة بوردو ، السكرتير العام للجمعية الفرنسية للقانون الدستوري ، أستاذ زائر في معهد قانون الأعمال الدولية (تقدم بالفرنسية)

25 عاما من حقوق الانسان والمرافعات المدنية والتجارية، الأستاذ الدكتور اسامة المليجي، استاذ ورئيس قسم قانون المرافعات بجامعة القاهرة

25 عاما من قانون الالتزامات - العقود- الدكتور ستيفن برينا ، المدير الفرنسي لمعهد قانون الأعمال الدولية (جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون) تقدم بالفرنسية

**أسئلة \ مناقشة**

**إستراحة في قاعة الأحتفالات الكبرى من الساعة 2.15 حتى الساعة 2.30 مساء**

**جلسة الثانية (1) : 25 عاما من قانون الأعمال - من الساعة 2.30 حتى الساعة 5 مساء**

**تحت رئاسة الدكتور /ستيفن برينا**

25 - عاما من قانون العمل- الأستاذة الدكتورة/ كرسيتين نوليديك ، أستاذة في جامعة باريس 1 بانتيون - سوربون ، أستاذة زائرة بمعهد قانون الأعمال الدولية (تقدم بالفرنسية)

25 عاما من تمويل المشاريع الكبرى للبنية التحتية بالية BOT -الأستاذ الدكتور سامي عبد الباقي، أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري بجامعة القاهرة ، والمدير المصري لمعهد قانون الأعمال الدولية (تقدم بالفرنسية)

25 عاما من قانون الضرائب - فيليب نوليديك ، عميد كلية الحقوق قسم قانون الأعمال في جامعة باريس 1 - بانتيون - سوربون ، رئيس المجلس الوطني للجامعات - قسم قانون خاص و علوم جنائية، مسؤول عن معهد قانون الأعمال الدولية بجامعة باريس 1- بنتيون - سوربون (تقدم بالفرنسية)

**أسئلة \ مناقشة**

**إستراحة في قاعة الأحتفالات الكبرى من الساعة 3.30 حتى الساعة 3.45 مساء**

**الجلسة الثانية (2) : تحت رئاسة الدكتور سامي عبد الباقي**

**25 عاما من قانون التحكيم الدولي - الأستاذ الدكتور/محمد الجوهري**

استاذ بجامعة القاهرة

**25 عاما من النظام العام الدولي- الأستاذ الدكتور/ اسماعيل سليم**

دكتور في القانون (جامعة ديجون)- محام مشارك في مكتب التميمي

واستاذ زائر بمعهد قانون الأعمال الدولية

**أسئلة \ مناقشة**

**4.30 مساء : كلمة النهاية**

**الأستاذ الدكتور/ سامي عبد الباقي والدكتور/ ستيفن برينا**

**تبادل الآراء بين المشاركين في قاعة الأحتفالات الكبرى**

# 25 ans de droit commun des contrats\*

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



## Stéphane BRENA

Maître de conférences en droit privé – HDR  
Directeur de l'IDAI

Chers collègues, chers participants, qu'il est difficile de prendre la parole après tant de qualité, déjà, à cette tribune ! Cela est d'autant plus difficile qu'il me revient de présenter, en quinze minutes, vingt-cinq ans d'évolution du droit des contrats... Je me demande d'ailleurs qui a bien pu avoir cette idée, saugrenue s'il en est, de limiter les temps d'intervention à une durée si courte, imposant un véritable exercice d'équilibriste dans le choix de ce qui sera dit et, surtout, de ce qui ne le sera pas.

D'équilibriste à équilibre il n'y a qu'un pas, en forme de syllabe, un pas qui, une fois franchi, me paraît conduire à ce qui caractérise les vingt-cinq années écoulées en droit des contrats : à savoir la recherche de l'équilibre.

La philosophie contractuelle initiale du Code civil français ne laissait guère de place à cette question de l'équilibre du contrat. Cette philosophie avait en effet pour fondement l'égalité abstraite des contractants qui, à travers l'acte contractuel, étaient censés accéder à un accord nécessairement protecteur sinon promoteur de leurs intérêts respectifs : qui disait contractuel disait dès lors juste et au « laisser faire, laisser passer » des économistes faisait écho le « laisser faire, laisser contracter » des juristes. Cette conception se traduit notamment par un interventionnisme législatif et judiciaire très limité dans le contrat et par une application très rigoureuse de ses effets obligatoire et relatif, y compris en cas de déséquilibre dans la relation. Deux exemples, bien connus, l'illustrent parfaitement :

Au stade de la formation du contrat, la lésion – c'est-à-dire le déséquilibre entre les prestations respectives des parties – est considérée comme un défaut spécial, qui ne peut être invoqué que dans les hypothèses et les conditions posées par le législateur.

Au stade des effets du contrat, il n'est que de rappeler le rejet, dans le célèbre arrêt Canal de Craponne du 6 mars

1876, de la théorie de l'imprévision et ce, en des termes très clairs : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ».

Cependant, à cette conception abstraite a progressivement été substituée une vision plus concrète de la relation contractuelle, admettant l'inégalité potentielle de puissance des contractants, donc la possible injustice contractuelle ; traduction de cette injustice, le déséquilibre mériterait traitement.

Le traitement du déséquilibre – dit autrement, la recherche d'un équilibre non obtenu spontanément – a pu reposer sur un développement de droits spéciaux du contrat, droits spéciaux dont l'objet est (en tout ou partie) d'écarter le droit commun et de s'adapter à des situations considérées comme déséquilibrées.

Le droit du travail en est sans doute le meilleur exemple ; mais chacun aura noté que le Professeur Christine Neau-Leduc se saisira un peu plus tard de cette question.

C'est alors le droit de la consommation – droit essentiellement contractuel – qui vient à l'esprit. Ce droit a en effet pris un essor considérable au cours des vingt-cinq dernières années.

Des contrats de consommation aux contrats de distribution il n'y a qu'un pas et l'on pourrait aussi penser à évoquer le mouvement de rééquilibrage de la relation entre producteurs et distributeurs, parfois au profit du distributeur (avec par exemple la limitation dans le temps des engagements d'approvisionnement exclusif) plus fréquemment au profit du producteur (l'interdiction de rompre brutalement les relations commerciales établies en est un bon exemple).

Dans l'ensemble de ces hypothèses, le traitement du déséquilibre s'est opéré sur la base de droits spéciaux, amendant le droit commun des contrats : en droit du travail, l'encadrement – et c'est un euphémisme – de la faculté de l'employeur de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée tranche avec le principe de liberté quasi-totale que garantit le droit commun ; en droit de la consommation, la faculté de se rétracter offerte au consommateur dans les contrats conclus à distance ou à la suite d'un démarchage jure avec la force obligatoire des conventions ; en droit de la distribution, l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur, pénalement sanctionnée, va bien au-delà de ce que le droit commun impose...

Mais le développement de ces droits spéciaux ne doit pas occulter le fait qu'au cours des 25 dernières années, le droit commun des contrats a lui aussi participé à ce mouvement de recherche d'équilibre ; et c'est à cet aspect que je souhaite consacrer cette présentation. En effet, les mécanismes sur lesquels ce droit commun repose ont été utilisés, adaptés, afin de traiter les situations soit dans lesquelles le contrat s'est dès l'origine formé de manière déséquilibrée, soit dans lesquelles la stricte application de ses effets ne permet pas d'atteindre l'équilibre souhaité entre les différentes personnes concernées par le contrat. Le droit commun des contrats s'est ainsi orienté, d'un côté, vers le traitement de déséquilibres résultant de la formation du contrat (I) et, d'un autre côté, vers le traitement de déséquilibres révélés par ses effets (II).

Ce sont ces deux aspects que j'essaierai de mettre successivement en évidence.

### **I/ Le traitement de déséquilibres résultant de la formation du contrat**

La jurisprudence, en dehors de la lésion, a mobilisé des mécanismes de droit commun des contrats permettant de traiter les déséquilibres considérés comme inopportuns. Le traitement appliqué a pu tantôt être radical et emporter élimination du contrat dans sa totalité (A) ; tantôt, ce traitement a pu être plus ciblé et n'avoir pour objet que de supprimer les clauses contractuelles à l'origine du déséquilibre (B).

#### **A/ Le traitement de déséquilibres par élimination de l'accord déséquilibré**

A cet effet, ce sont les vices du consentement (1) et la cause (2) qui ont été mobilisés.

1/ La jurisprudence a d'abord utilisé **les vices du consentement** à fin d'élimination du contrat déséquilibré. Le vice de violence a ainsi été exploité et quelque peu modernisé. En effet, la Cour de cassation a pu admettre, aux côtés de la violence portant sur la personne ou sur les biens du contractant ou de l'un de ses proches, la notion de violence économique, sanctionnant (en marge du droit de la concurrence) l'exploitation abusive d'un état de dépendance, forme économique de l'état de nécessité. Après avoir affirmé, dans une décision du 30 mai 2000 (Bull. civ. I, n° 169, pourvoi n° 98-15242), que la contrainte économique se rattache à la violence, la première Chambre civile de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 3 avril 2002 (Bull. civ. I, n° 108,

pourvoi n° 00-12932), qu'une menace de licenciement peut constituer une violence économique dès lors qu'elle est utilisée pour obtenir du salarié, en situation de dépendance, la conclusion d'un contrat (de cession de droits d'auteurs en l'espèce). Cette menace sera cause de nullité de la convention dès lors qu'elle aura déterminé le consentement du partenaire, dont la preuve pourra résulter du déséquilibre de l'accord extorqué à la partie en situation de dépendance.

Aux côtés de ce vice de violence, la jurisprudence récente a également fait un usage renouvelé du vice d'erreur. La lésion n'étant pas une cause générale de remise en question des conventions, la position traditionnelle de la Cour de cassation, consistant à rejeter l'erreur sur la valeur en tant que cause de nullité du contrat et d'y assimiler l'erreur sur la rentabilité économique, est parfaitement logique. Et il est également logique de voir assimilée à l'erreur sur la valeur, l'erreur sur la rentabilité économique d'une opération, la rentabilité participant incontestablement de la valeur. Pourtant, une décision récente paraît assouplir voire contredire cette approche. Le 4 octobre 2011 (pourvoi n° 10-20956, statuant sur l'hypothèse d'un contrat de franchise ayant donné des résultats très inférieurs à ceux contenus dans les documents prévisionnels fournis par le franchiseur, la Chambre commerciale de la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* ». Voilà sans doute une alternative (bien que probablement limitée au contrat de franchise) à l'utilisation du mécanisme de la cause objective lorsque l'exploitation projetée, compte tenu du marché, est vouée à l'échec.

2/ C'est précisément sur **la cause objective** que la jurisprudence s'est par ailleurs appuyée pour éradiquer des conventions considérées comme déséquilibrées.

J'évoquais à l'instant une formule en réalité utilisée par la Cour de cassation dans le désormais célèbre arrêt *Point club vidéo* du 3 juillet 1996 (Bull. civ. I, n° 286, pourvoi n° 94-14800), arrêt dans lequel la Cour de cassation a procédé à ce que l'on désigne par la subjectivisation de la cause objective. Rappelons brièvement que la cause – et je profite des quelques semaines ou quelques mois pendant lesquels je peux encore utiliser légalement ce terme – est une notion polysémique : aux mobiles personnels poursuivis par les parties lors de la conclusion du contrat correspond la cause subjective qui doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; aux raisons abstraites, systématiquement identiques, pour lesquelles un contractant assume ses obligations, correspond la cause objective, qui doit exister. Or, dans les contrats synallagmatiques, la cause objective de l'engagement d'une des parties consiste dans l'engagement réciproque de l'autre. Dans l'arrêt *Point club vidéo*, la Cour de cassation se prononçait sur un contrat de location de cassettes vidéos que le preneur souhaitait lui-même louer : or, au regard du marché, cette activité était vouée à l'échec. Bien que l'obligation du bailleur existât, la Cour de cassation approuve l'annulation du contrat considérant que « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par*

*les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* ». Nous retrouvons ici la question de la rentabilité de l'opération et une volonté claire de la Cour de cassation de sanctionner un déséquilibre entre l'engagement pris par le locataire et les avantages retirés de l'opération. Et dans une décision du 27 mars 2007 (pourvoi n° 06-10452), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a paru cantonner cette solution aux contractants inexpérimentés : on ne peut ici s'empêcher de penser au caractère inexcusable de l'erreur...

On peut cependant s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence *Point club vidéo* puisque la Chambre commerciale semble être revenue à plus d'orthodoxie dans une décision non publiée du 9 juin 2009 (pourvoi n° 08-11420) dans laquelle la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel ayant fait application de la solution de 1996, en rappelant que « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* ».

C'est précisément cette approche très classique de la cause objective qui fonde la solution retenue depuis 2002 en matière d'engagement de non concurrence post-contractuelle souscrite par un salarié, solution selon laquelle l'engagement doit comporter une contrepartie financière. Dans une série d'arrêts rendus le 10 juillet 2002 (Bull. civ. V, n° 239, pourvois n° 99-43334, 99-43336, 00-45387 et 00-45135) la Chambre sociale de la Cour de cassation avait ajouté à la liste, déjà longue, des conditions de validité de tels engagements de non concurrence, l'existence d'une contrepartie financière. Même si ces décisions sont fondées sur le principe de libre exercice d'une activité professionnelle et sur l'ancien article L. 120-2 (désormais L. 1121-1) du Code du travail prohibant les restrictions « *aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives [...]* qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », l'esprit de la cause plane... D'ailleurs, alors que la Chambre sociale continue de rendre ses décisions en la matière sur ce double fondement (voir en dernier lieu Soc. 11 mars 2015, pourvoi n° 13-23866), la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt publié du 15 mars 2011 (Bull. civ. IV, n° 39, pourvoi n° 10-13824), pour annuler l'engagement de non concurrence non rémunéré d'un salarié actionnaire, vise le principe de libre exercice d'une activité professionnelle et l'article 1131 du Code civil : l'exigence d'une cause contrepartie... Cette solution est néanmoins limitée aux salariés, travailleurs subordonnés, comme l'a clairement affirmé la Chambre commerciale dans un arrêt du 8 avril 2013 (pourvoi n° 12-25984), toujours au visa de l'article 1131 du Code civil ; cela est quelque peu incohérent, cette disposition étant de droit commun.

Voilà donc des accords déséquilibrés, totalement éliminés de la scène juridique. Dans une approche plus nuancée, ce sont parfois les seules clauses à l'origine du déséquilibre qui sont supprimées.

## **B/ Le traitement de déséquilibres par suppression de clauses qui en sont à l'origine**

Certaines stipulations peuvent être particulièrement « déséquilibrantes » pour un contrat isolé (1) voire pour un groupe de contrats (2).

1/ Au titre des **clauses déséquilibrant le contrat d'abord**, c'est évidemment le traitement des clauses limitatives de responsabilité contractuelle qui vient à l'esprit.

Au cours de la période qui nous intéresse, la Cour de cassation a appréhendé ces clauses en utilisant une nouvelle fois la théorie de la cause. On se souvient – et si ce n'est pas le cas je vais le rappeler brièvement – que la jurisprudence *Chronopost* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1996 (Bull. civ. IV, n° 261, pourvoi n° 93-18632), a posé en principe de solution, au visa de l'article 1131 du Code civil et au sujet d'un transporteur rapide n'ayant pas respecté le délai contractuel d'acheminement du courrier, « *qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ». Par la suite, la Cour de cassation a tendu à considérer, avec l'arrêt *Faurécia 1* du 13 février 2007 (Bull. civ. IV, n° 43, pourvoi n° 05-17407) et l'arrêt *Extand* du 5 juin 2007 (Bull. civ. IV, n° 157, pourvoi n° 06-14832), que toute clause limitative de responsabilité applicable à une obligation essentielle du contrat contredit la portée de l'engagement : sans doute était-elle allée trop loin, dans la mesure où l'équilibre n'était pas nécessairement rompu à l'excès dans ce cas, comme lorsque le créancier soumis à la clause bénéficie d'un prix plus faible la prenant en considération. Finalement, dans l'arrêt *Faurécia 2* du 29 juin 2010 (Bull. civ. IV, n° 115, pourvoi n° 09-11841), elle revient à la jurisprudence *Chronopost 1* : une révolution copernicienne donc au terme de laquelle la clause ne sera éliminée qu'en cas de contradiction effective avec la portée de l'engagement. Au-delà de la recherche du seuil de déséquilibre, la technique utilisée par la Cour de cassation est tout à fait remarquable : la théorie de la cause est en effet employée « à rebours ». Si la clause est éliminée, c'est parce que sa présence prive de cause l'engagement de celui qui y est soumis ; pour rétablir cet engagement dans sa cause, le juge supprime la clause... De l'annulation d'un contrat dépourvu de cause, la cause devient un instrument d'élimination de la source de cette absence de cause !

Cette technique très originale avait d'ailleurs déjà été employée dans d'autres domaines et notamment pour supprimer les clauses réclamation dans les contrats d'assurance (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1993, pourvoi n° 90-13141) ou encore les « dates de valeur » dans les contrats bancaires (Cass. com., 6 avril 1993, Bull. civ. IV, n° 138, pourvoi n° 90-21198).

2/ Certaines clauses peuvent également avoir pour effet de **déséquilibrer tout un groupe de contrats**.

La Cour de cassation a récemment eu à connaître du sort de clauses d'indépendance stipulées dans le cadre d'opérations de financement. Se prévalant d'une telle clause, un bailleur financier réclamait l'exécution de la location financière en dépit de la résiliation, pour inexécution, du contrat de prestation de service

permettant l'utilisation du bien objet du bail (matériel informatique ; contrat de télé-sauvegarde de données). Visant l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation censure les juges du fond d'avoir fait jouer cette clause et affirme, dans deux arrêts rendus en Chambre mixte le 17 mai 2013 (Bull. ch. mixte, n° 1, pourvois n° 11-22927 et 11-22768), que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ». Autrement dit, lorsque la location financière s'accompagne d'un second contrat permettant d'utiliser le bien, la disparition de ce second contrat – et donc la perte, en fait, de l'utilité du bien – emporte disparition, pour l'avenir, de la location. Cette disparition garantit l'équilibre de l'opération et les clauses y faisant échec doivent être éliminées.

Cette solution rappelle évidemment celle adoptée par une Chambre mixte le 23 novembre 1990 (Bull. ch. mixte, n° 3, pourvois n° 88-16883 et 86-19396 - et je flirte avec les limites des vingt-cinq ans ! ) en matière de crédit bail et selon laquelle, au visa de l'article 1184 du Code civil, la Cour de cassation avait décidé que la résolution du contrat de vente emporte nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail.

Dans ces hypothèses, la suppression de la clause entravant la résiliation du contrat de financement, permet d'empêcher que ce dernier ne développe ses effets. Voilà qui nous amène, dans le second temps de cette intervention, à envisager le traitement des déséquilibres révélés par les effets du contrat.

## **II/ Le traitement de déséquilibres révélés par les effets du contrat**

Ce sont tantôt les résultats de la stricte application de l'effet obligatoire du contrat (A) tantôt ceux de l'application de l'effet relatif (B) qui ont été considérés comme insuffisamment équilibrés et ont appelé traitement.

### **A/ Le traitement de déséquilibres résultant de l'application de l'effet obligatoire du contrat**

C'est à un mouvement dialectique de rééquilibrage des résultats de l'application de l'effet obligatoire du contrat dans les relations entre les parties auquel nous avons assisté. En effet, l'effet obligatoire a pu être atténué au profit du débiteur (1) mais aussi promu au bénéfice du créancier contractuel (2).

1/ Nous trouvons trace, d'abord, **d'une atténuation de l'effet obligatoire du contrat** dans la loi et en jurisprudence.

Quant à la loi, certaines modifications du Code civil limitent les conséquences de la stricte application de l'effet obligatoire. C'est ainsi qu'une loi du 9 juillet 1991 est venue créer un article 1244-1 du Code civil, a permis au juge d'accorder au débiteur des délais de paiement, dans la limite de deux années, et de réduire le taux de l'intérêt applicable (dans la limite du taux de l'intérêt légal). Même si cette disposition ne se limite pas aux obligations contractuelles, elle y trouve évidemment un terrain privilégié d'application, notamment quant aux intérêts.

La jurisprudence a, à cet égard, été plus active. L'exemple le plus emblématique en est sans doute celui du contrôle de l'abus dans la fixation du prix des contrats d'application d'une convention cadre à la suite des décisions d'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995 validant la fixation unilatérale du prix dans ces contrats d'application. Rappelons brièvement que la Cour de cassation y a considéré que l'exigence de détermination ou de déterminabilité de la chose, prévue par l'article 1129 du Code civil, ne s'appliquait pas au prix, notamment dans les contrats cadres de distribution (très clairement Bull. ass. plén., n° 9, pourvoi n° 93-13688). Validant la possibilité pour le fournisseur de fixer unilatéralement le prix des contrats d'application, la Haute juridiction s'est néanmoins réservé la faculté de sanctionner le fournisseur qui abuserait de ce pouvoir.

De la même manière, dans l'arrêt *Huard* du 3 octobre 1992 (Bull. civ. IV, n° 338, pourvoi n° 90-18547), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a atténué le rejet de la théorie de l'imprévision en exigeant du créancier, sur le fondement de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat (article 1134 alinéa 3 du Code civil), qu'il permette à son partenaire de pratiquer des prix concurrentiels. Bien que restée quelque peu isolée – réserve faite d'un arrêt du 24 novembre 1998 (Cass. com., Bull. civ. IV, n° 277, pourvoi n° 96-18357) – cette jurisprudence traduit parfaitement l'objectif de rééquilibrage des relations entre les parties.

La jurisprudence a également été innovante en cas d'inexécution du contrat en ouvrant la voie, dans un arrêt du 24 novembre 2011 (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, Bull. civ. II, n° 217, pourvoi n° 10-25635, à une exigence de minimisation du préjudice, au moins patrimonial, subi par le créancier contractuel. En effet, une obligation de minimisation du préjudice subi par le créancier insatisfait semble émerger, au moins lorsque le préjudice est d'ordre patrimonial. Tel est le sens qu'il faut, semble-t-il, donner à cette décision : le créancier ne peut, à juste titre, se retrancher derrière l'effet obligatoire du contrat pour justifier son attentisme et laisser se développer le préjudice pris en charge par le débiteur défaillant.

**2/ Cette atténuation de l'effet obligatoire du contrat n'est néanmoins pas exclusive, ensuite, de sa promotion, promotion qui résulte ici encore de la loi et de la jurisprudence.**

Le législateur a, modestement, améliorée la situation du créancier, toujours par l'intermédiaire de cette loi du 9 juillet 1991 que j'évoquais il y a quelques instants. L'exécution aux frais du débiteur a été facilitée par la modification de l'article 1144 du Code civil, autorisant le juge à condamner le débiteur d'une obligation de faire à avancer les sommes nécessaires à l'exécution de la prestation par un tiers. De la même manière, l'assouplissement des conditions prévues par l'article 1146 du Code civil de la mise en demeure faisant courir les intérêts moratoires – mise en demeure qui peut depuis lors être faite par simple lettre missive – participe de ce renforcement de l'effet obligatoire.

Mais là encore, c'est la jurisprudence qui a fait preuve de plus d'audace. En effet, dans un arrêt du 13 octobre 1998 (Bull. civ. I, n° 300, pourvoi n° 96-21485), la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis l'efficacité de la résolution unilatérale pour inexécution, en dépit de l'article 1184 du Code civil. La solution renforce incontestablement la position du

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI**

créancier et l'effet obligatoire du contrat, particulièrement dans les contrats à durée déterminée ; les intérêts du débiteur ne sont en outre pas totalement sacrifiés puisque la résolution se fait aux risques du créancier, qui engagera sa responsabilité si cette résolution se révèle injustifiée.

La recherche d'équilibre entre les parties par correction des conséquences de l'effet obligatoire s'est prolongée à l'égard des tiers par la correction de celles de l'effet relatif.

**B/ Le traitement de déséquilibres résultant de l'application de l'effet relatif du contrat**

Nous assistons en effet et enfin – puisqu'il s'agira du dernier point de cette présentation – à un mouvement de traitement des résultats de l'application de l'effet relatif du contrat dans les relations entre les parties et les tiers.

L'effet relatif des conventions laisse les tiers en dehors de la sphère contractuelle : il ne peut être exigé d'eux qu'ils exécutent un contrat auquel ils n'ont pas consenti ; inversement, ils ne peuvent réclamer l'exécution d'un contrat auquel ils ne sont pas partie. L'application de ce principe a été adoucie en faisant reculer l'effet relatif, parfois de manière directe (1), parfois de manière indirecte (2).

**1/ C'est à une limitation directe de l'effet relatif du contrat que la jurisprudence a procédé en matière d'actions directes en responsabilité.**

En effet, dans les chaînes de contrats – homogènes et hétérogènes – translatives de propriété, l'action du sous-contractant contre le contractant initial est, selon la Cour de cassation, de nature nécessairement contractuelle. Avec cette solution, stabilisée depuis le début des années 1990, la Cour de cassation permet au sous-contractant de bénéficier des droits dont son auteur était titulaire, avec ses forces (par exemple l'automaticité de la garantie contre les vices cachés) et ses faiblesses (notamment l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité). Elle parvient ainsi à un équilibre entre la protection du sous-contractant et celle du contractant initial.

**2/ Ce même effet relatif a récemment fait l'objet d'une limitation indirecte – à la portée considérablement plus large – à travers l'assimilation automatique d'une inexécution contractuelle à une faute délictuelle à l'égard des tiers.**

Depuis un arrêt rendu en Assemblée plénière le 6 octobre 2006 (Bull. ass. plén., n° 9, pourvoi n°05-13255) – et après bien des tâtonnements – la Cour de cassation a clairement affirmé que *« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »*. Réaffirmée par la suite, y compris en matière de violation d'une clause de non concurrence (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juillet 2010, Bull. civ. III, n° 146, pourvoi n° 09-67516), cette solution paraît excessive : en améliorant encore la situation de la victime non contractante, la Cour de cassation a sans doute rompu un équilibre assuré par la possibilité reconnue aux tiers de démontrer que le contractant à l'origine de l'inexécution avait commis une faute à son égard selon les canons de la responsabilité civile extracontractuelle...

La critique est aisée ; l'art est difficile. J'ai tenté, d'abord, de m'en souvenir en présentant ces développements du droit commun des contrats, sans insister sur les incohérences dont ils se sont parfois accompagnés. Souvenez-vous-en, ensuite, lorsqu'il me sera reproché de ne pas avoir abordé le déficit d'efficacité des avant-contracts, les contrats conclus par voie électronique, les évolutions de la cause subjective ou encore le projet de réforme par ordonnance du droit des contrats ... Tâchons enfin de nous en souvenir dans notre appréciation des efforts déployés, depuis vingt-cinq ans, pour que l'IDAI trouve, lui aussi, son équilibre.

# 25 ans de droit du travail\*

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

**Christine NEAU-LEDUC**

*Professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le droit du travail, le droit social de manière plus large, est sans doute l'une des disciplines juridique, en tout cas en droit français, qui est la plus changeante, la plus évolutive, la plus complexe, peut-être aussi dans ses sources. J'ai essayé de qualifier ces évolutions.

En moyenne sur vingt-cinq ans, il y a deux grandes lois par an, des décrets, des arrêtés, des circulaires ministérielles qui sont malheureusement innombrables. J'ai comparé le Code de 1989 au Code du travail de 2015 : il fait quasiment le double. Donc en vingt-cinq ans, il y a eu une production législative mais aussi une production jurisprudentielle considérables en droit du travail. Elle n'est pas que quantitative, bien entendu, elle est aussi qualitative.

Autre exemple très parlant, la moitié du contentieux de la Cour de cassation française résulte du travail de sa Chambre sociale, les autres chambres gérant l'autre partie du contentieux. Donc, c'est un contentieux là aussi qui est considérable et il est donc difficile de faire un bilan de ces vingt-cinq ans, d'autant plus qu'en préparant cette intervention, je me suis demandé : est-ce que ces vingt-cinq ans (1990-2015) sont très différents des vingt-cinq ans précédents (1965-1990) ? Est-ce que le droit du travail a vraiment évolué, a beaucoup changé, par rapport au passé ?

En définitive, le constat est le suivant : matériellement, dans ses perspectives, dans son contenu, dans les lois, la jurisprudence qui a été élaborée, le droit du travail, au fond, n'est guère différent. Il l'est en revanche, et là on pourrait parler d'évolution très sensible – je n'ose pas dire de révolution –, dans ses acteurs : le rôle du législateur, des partenaires sociaux ainsi que le rôle du juge s'est profondément transformé durant ces vingt-cinq dernières années. Ces deux points vont nous guider dans une description très rapide de l'évolution du droit du travail des vingt-cinq dernières années.

I/ Quand je dis qu'en France **le droit du travail n'a pas évolué**, je veux signifier que s'il a changé dans son contenu matériel, il l'a fait de façon assez linéaire par rapport au passé. On retrouve les mêmes lignes force de son évolution, de son contenu matériel, que l'on parle des années 1960-1990 ou des années 1990-2015. La ligne de force centrale, et au fond inhérente au droit du travail, c'est celle de la protection renforcée du salarié. Cette protection, on la retrouve dans des aspects très divers ; je vais en donner quelques exemples jetés pêle-mêle.

Par exemple, durant ces vingt-cinq ans, s'est construit tout **le droit du licenciement pour motif économique**. Le droit du licenciement s'est bâti sur une protection renforcée du salarié. Pourquoi cet exemple ? Tout simplement parce qu'en 1986 en matière de licenciement, il y a eu une grande nouveauté : celle de la suppression de l'autorisation administrative du licenciement. Toute entreprise qui licencierait devait demander l'autorisation de l'inspecteur du travail. On a estimé, sous la pression des entreprises, que c'était un contrôle trop important, car privant l'employeur de souplesse. On a donc supprimé cette autorisation administrative de licenciement. Mais le législateur comme le juge ont construit un droit du licenciement, notamment du licenciement pour motif économique lorsque les entreprises se restructurent, protecteur du salarié notamment par le biais d'une procédure renforcée, d'obligations supplémentaires, soit découvertes par le juge soit imposées par le législateur, et au fond, un encadrement très fort du licenciement pour motif économique a vu le jour, à tel point qu'à l'heure actuelle se pose la question de retrouver une certaine souplesse. Très paradoxalement, lorsqu'en 2013 la réforme du licenciement a été engagée, le patronat français regrettait presque le « bon vieux temps » de l'autorisation administrative de licenciement ! Pourquoi ? Tout simplement parce que l'administration du travail étant sous dotée (vous savez que nous n'avons que 1200 inspecteurs du travail pour contrôler toutes les

entreprises françaises) les autorisations administratives étaient finalement données facilement.

Le droit qui s'est construit entre temps est devenu un droit législatif très fortement contrôlé par la jurisprudence et donc se posait, à nouveau, la question de savoir si plus de souplesse ne passait pas, paradoxalement, par l'intervention de l'administration. Ce n'est pas la solution qui a été choisie : on a choisi d'alléger les procédures, d'essayer d'introduire plus de souplesse, de changer de juge aussi. Il y avait une certaine défiance à l'égard du juge civil, du juge judiciaire, qu'on estimait trop protecteur à l'égard des salariés et donc on a dévié le futur contentieux vers le juge administratif plus sensible peut-être à certains impératifs ou, en tout cas, supposé moins protecteur pour les salariés. Cette évolution est donc une évolution forte du droit du travail français.

Autre évolution, toujours dans le sens de protection du salarié, c'est **la construction particulièrement intéressante d'un vrai droit de la santé au travail**. L'impulsion est européenne mais le législateur français et les gouvernements successifs s'y sont beaucoup intéressés, notamment depuis la fin des années 1990 tout simplement parce que nous avons été confrontés – les entreprises françaises, les travailleurs français – à des risques nouveaux : les risques psycho-sociaux. On s'est non seulement intéressé à la santé physique des salariés mais aussi à leur santé psychologique. C'est, notamment, lutter contre le stress au travail, c'est lutter contre des hypothèses de harcèlement moral, et/ou sexuel dans l'entreprise. Ainsi, tous ces mécanismes là sont venus bâtir un vrai droit de la santé pour le salarié. Sur ce point, l'impulsion de la jurisprudence a été très forte : le juge français a découvert – on y reviendra lorsqu'on parlera des acteurs et au fond de leur rôle, de l'évolution de leur rôle – ou plus précisément la Chambre sociale de la Cour de cassation, a découvert à l'encontre de l'employeur une obligation de sécurité de résultat dont bénéficient les salariés. Très simplement, il s'agit d'une obligation très forte dans la mesure où elle implique une responsabilité de plein droit de l'employeur. Que cela signifie-t-il ? Cela signifie tout d'abord que l'employeur est tenu d'obligations de prévention à l'égard des salariés mais surtout que, dès lors qu'un dommage touche la santé du salarié, sa santé physique ou psychologique, dès lors que ce dommage se réalise, la responsabilité de l'employeur est immédiatement engagée. Il ne peut pas se défendre et amoindrir sa responsabilité en prouvant au fond qu'il a fait tout ce qu'il a pu pour prévenir le dommage, qu'il a vraiment mis en œuvre tous les moyens possibles et que donc on peut ou on devrait amoindrir sa responsabilité. Ce n'est pas le cas, c'est une obligation de sécurité de résultat : le dommage est arrivé, la responsabilité entière de l'employeur est engagée. Ce qui

est pour les entreprises une obligation fondamentale et très importante en termes de coût bien entendu.

Autre grand point fort sur le contenu matériel du droit du travail, c'est **la construction d'un véritable droit des libertés dans l'entreprise**. Ces libertés fondamentales du salarié dans l'entreprise, elles existaient déjà, mais sous une forme un peu particulière. Depuis l'origine, le droit du travail s'est intéressé aux libertés du salarié en tant que salarié c'est-à-dire aux libertés sociales – la liberté syndicale, le droit de faire grève par exemple – mais ce sont des libertés qu'il tenait en sa qualité de salarié et qu'il mettait en œuvre dans le cadre de l'entreprise. En revanche, depuis les années 1990, et davantage encore depuis le début des années 2000, tout un mouvement de la jurisprudence et du législateur a eu pour objectif de faire respecter les libertés fondamentales du salarié en tant que personne dans l'entreprise (et hors de l'entreprise). Par exemple, le législateur et les magistrats se sont attachés à faire respecter la vie privée du salarié lorsqu'il est à l'extérieur de l'entreprise. On a combattu toute possibilité d'intrusion de l'employeur dans la vie privée du salarié. Ainsi, les magistrats ont affirmé la liberté de choix du domicile du salarié. En effet, l'employeur ne peut pas interférer dans le choix que pourrait faire le salarié du lieu de son domicile. S'il souhaite habiter à 100 km de son lieu de travail, à lui d'assumer l'aller-retour et cette charge, mais ce n'est pas à l'employeur de lui imposer de trouver son domicile dans un périmètre proche de l'entreprise. Il s'agit donc non seulement de faire en sorte qu'il ne puisse pas y avoir d'intrusion de l'employeur dans la vie privée du salarié (sa vie personnelle/sa vie familiale), mais aussi - et là c'est un stade encore supérieur - permettre au salarié d'avoir une vie personnelle dans l'entreprise. L'apport fondamental de cette jurisprudence (jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation), c'est de permettre au salarié d'avoir quand même une part de vie personnelle au travail. La révolution est assez importante car au travail, on est dans le cadre d'une collectivité et il n'était pas du tout acquis que l'on doive encore respecter la vie personnelle du salarié sur son lieu de travail. C'est notamment toute la jurisprudence relative aux mails personnels du salarié, ces fameux arrêts Nikon et ceux qui ont suivi. Lorsque le salarié utilise des outils informatiques de l'entreprise – que ce soit un mail, un ordinateur – l'idée est très simple : dès lors qu'il identifie un de ses mails ou fichiers comme lui étant personnel (donc lorsqu'il affirme le caractère personnel du fichier ou de l'outil, une clé USB par exemple), s'il a affiché et revendiqué le caractère personnel de l'outil, à ce moment là, l'employeur ne peut pas l'ouvrir seul.

Ce sont simplement quelques exemples que je voulais vous exposer, mais c'est aussi l'occasion de remarquer que cette jurisprudence s'est développée lors de la confrontation de

l'entreprise aux nouvelles technologies. Le fait que les nouvelles technologies portent atteintes ou sont susceptibles de porter atteinte aux libertés fondamentales est une vraie question dans l'entreprise. J'ai évoqué les mails, l'utilisation de l'ordinateur ; bien entendu, cela va beaucoup plus loin maintenant, notamment avec toutes les hypothèses de géo-localisation, d'espionnage des salariés dans leurs déplacements. Les techniques de géo-localisation sont des techniques intrusives à l'égard des salariés et la jurisprudence s'est attachée à protéger les salariés dans l'exercice de leur métier, à protéger leur liberté de mouvement également dans le cadre de l'entreprise.

Pour clore la liste des exemples, on pourrait évoquer **la construction du droit à la formation professionnelle** tout au long de la vie, le renforcement des prérogatives des institutions représentatives du personnel, du comité d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions du travail. Il y a aussi un phénomène très marquant : le développement de la négociation collective au niveau national mais surtout au niveau de l'entreprise et je vais y revenir lorsque j'aborderai la question des acteurs du droit du travail.

Sur ce contenu matériel, je pourrais évoquer beaucoup d'autres questions mais qui auraient toujours pour fil directeur la protection accentuée du salarié. Au fond, c'est inhérent au droit du travail. On se retrouverait dans vingt-cinq ans, je crois que l'on ferait le même constat, peut être un peu atténué. J'aurais pu aussi, peut-être l'attendiez-vous trop, évoquer tout ce qui a trait à **la réforme du temps de travail**, le fameux passage aux 35 heures qui a marqué le début des années 2000. Il nous coûte toujours entre 11 et 13 milliards d'euros par an d'aides aux entreprises qui sont passées des 39 heures aux 35 heures, il y a maintenant une vingtaine d'années.

**Le constat s'impose aussi, au bout de ces vingt-cinq ans, de la complexité, de la lourdeur d'un droit du travail qui est devenu quasiment illisible.** Il faut le reconnaître, la vraie problématique du droit du travail est qu'il est conçu pour de grands groupes, qu'il est conçu pour de grandes entreprises qui peuvent avoir des services juridiques et des directions des ressources humaines capables d'analyser des textes et capables de remplir l'ensemble des obligations imposées. Il n'est certainement pas fait pour des PME et pire pour le petit commerçant qui a deux ou trois salariés et qui, *a priori*, n'ouvrira jamais un Code du travail. L'outil n'est pas en lui-même adapté à la réalité économique, à la réalité des entreprises françaises. En résultent des critiques classiques, mais toujours d'actualité : absence d'attractivité, de compétitivité de notre système juridique. La critique est aisée, elle est souvent faite par les représentants des gouvernements ou par ceux des entreprises. L'heure

actuelle est à la réforme. Il y a des petites évolutions qui déjà transparaissent : par exemple, la rupture conventionnelle est un nouveau mode de rupture, mais là encore, c'est une toute petite évolution. En 1986, à Montpellier, se tenait un colloque sur « *Faut-il brûler le Code du travail ?* » ; donc vous voyez que l'idée de la réforme radicale est loin d'être neuve. Je pense aussi que dans vingt-cinq ans, on l'évoquera à nouveau.

**II/ La véritable évolution est celle du rôle de des acteurs,** pas forcément du contenu matériel, mais bien celui du rôle des acteurs du droit du travail. Le droit du travail est l'œuvre du législateur mais aussi des partenaires sociaux parce que les partenaires sociaux, par les accords collectifs, bâtissent le droit du travail. Ce sont de « petits législateurs » et le mot « petit » n'est pas péjoratif. Enfin, le dernier acteur est le juge français. Or ces trois acteurs (législateur, partenaires sociaux, juge français) ont vu soit leur rôle modifié, soit leur rôle concurrencé. Disons quelques mots sur ces trois acteurs qui ont subi des transformations dans leur action ou une certaine concurrence.

**Le législateur français subit la concurrence du droit européen.** Le droit français se situe dans l'espace de l'Union européenne et subit donc la concurrence du droit européen. Dans le même temps, le droit européen du travail est issu de directives qui supposent une transposition en droit français. Et c'est le législateur qui permet cette transposition. Donc une concurrence existe mais, en même temps, au fond, c'est simplement l'idée que, si le droit français peut être issu du droit européen, il n'en demeure pas moins un droit national.

Mais surtout, le point le plus intéressant, c'est que le législateur français voit son rôle contrôlé par le Conseil constitutionnel. C'est classique mais, depuis l'apparition de la QPC – la question prioritaire de constitutionnalité qui permet un contrôle, *a posteriori*, de la loi – ce contrôle a pris une dimension particulièrement importante.

Dans une autre perspective, le législateur a fait un constat d'échec. Quels que soient les gouvernements, l'idée est la suivante : nous sommes incapables de faire la moindre réforme d'ampleur puisque politiquement les gouvernements successifs n'ont pas la capacité politique à construire de vraies réformes. Le choix a donc été fait de « **donner la main** » **aux partenaires sociaux.** Ainsi, depuis 2007, lorsque le gouvernement décide d'un projet de loi en matière sociale, il a l'obligation de demander aux partenaires sociaux s'ils souhaitent négocier sur ce thème. Si les partenaires sociaux décident de négocier sur ce thème, le gouvernement retire son projet le temps de la négociation. Si les partenaires sociaux aboutissent – ce qui est arrivé assez fréquemment – à un texte, ce dernier

deviendra un projet de loi, passera au parlement, sera le cas échéant modifié et deviendra la loi. Les partenaires sociaux se voient reconnaître un vrai rôle de législateur, ce qui ne va pas sans difficulté en cas d'échec lors de la négociation au niveau national ; le législateur va devoir intervenir mais l'action est très délicate. Quelle position adopter lorsqu'il y a eu un échec des partenaires sociaux ?

Les partenaires sociaux, au-delà du rôle de « législateur », ont aussi un rôle accru en raison de la même idée selon laquelle une réforme par voie législative classique est trop difficile. Il s'agit de leurs pouvoirs très importants en matière de négociation collective au niveau de l'entreprise. Bien entendu, l'affichage médiatique, qui consiste à dire qu'au fond, si l'employeur et les syndicats dans l'entreprise négocient, les règles qui vont s'appliquer à l'entreprise sont plus proches des réalités économiques, sociales, sont mieux adaptées à ces réalités et seront mieux acceptées par les salariés puisqu'ils connaîtront les personnes qui ont adopté la règle, à une réalité. C'est vrai, tout ceci est très juste, bien que relevant parfois un peu du mythe. L'idée qui sous-tend véritablement l'évolution est qu'en réalité la réforme « d'en haut » est impossible. Il n'est pas certain que cela fonctionne bien et que cela ne fonctionne pas au détriment des salariés puisque cela suppose que les syndicats aient une vraie représentativité.

Enfin, en deux mots, **le rôle du juge**. Je crois que le mythe du juge qui ne crée pas la loi est un mythe qui n'existe plus en droit du travail : le juge est créateur du droit du travail, a un véritable rôle de création de la règle. On peut s'en réjouir ou le regretter mais c'est un constat. Il crée des obligations nouvelles : je parlais de l'obligation de sécurité de résultat qui est une pure découverte du juge. L'obligation de reclassement en matière de licenciement est aussi une découverte du juge qui a ensuite été intégrée dans le Code du travail par le législateur. Il découvre des principes généraux comme « à travail égal, salaire égal » qui a permis de bâtir une jurisprudence forte de l'égalité dans l'entreprise. Paradoxalement, la Cour de cassation ayant découvert le principe « à travail égal, salaire égal », il n'est pas possible de poser de QPC sur ce principe. Ce qui signifie que le juge est moins contrôlé que le législateur par le Conseil constitutionnel, ou encore par les juges européens. Ainsi, les libertés sociales ne sont guère évoquées dans la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme. Pour autant, la jurisprudence européenne portant sur les libertés fondamentales a eu un impact indirect sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Sous un autre angle, la Cour de justice de l'Union européenne, en assurant l'harmonisation de l'interprétation des textes européens, influence le juge social français. C'est une influence tout à fait intéressante parce qu'elle est parfois un

peu paradoxale pour le juge français car ce peut être une influence importante pour la protection des travailleurs. Je pense notamment à la jurisprudence de la CJUE en matière d'égalité de traitement, de non discrimination, une jurisprudence protectrice et, parfois, dans le même temps, une jurisprudence plus déconcertante pour le juge français lorsque sont en concurrence des libertés économiques et des libertés syndicales par exemple. Le juge européen fera parfois prévaloir la liberté économique sur la liberté syndicale par exemple ou encore sur la grève, ce qui est difficilement compréhensible pour les juges français.

Vingt-cinq ans d'évolutions. Quelles seront celles des vingt-cinq prochaines années ? Les tendances actuelles vont, sans doute, se renforcer sous d'autres formes : la protection du travailleur et, parce que l'on a besoin d'une certaine souplesse, d'une adaptabilité, d'une compétitivité renouvelée, je pense que le rôle des acteurs sera particulièrement fort dans l'avenir !

# 25 ans de droit fiscal\*

\* Le style oral de la présentation a été conservé



## Philippe NEAU-LEDUC †

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Responsable du programme de l'IDAI pour l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Directeur de l'UFR 05 de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Président de la section 01 du CNU

Le droit fiscal : la matière concerne les finances publiques, le budget de l'Etat, c'est ce qui permet à un Etat de fonctionner avec, on le sait, une relation assez psychologique entre l'Etat et le contribuable sur cette obligation fiscale et sur cette nécessité de consentir à l'impôt. On sait qu'en France, notamment, la plupart des révolutions se sont passées sur des questions fiscales : l'Etat avait trop tendu la relation avec le contribuable et le contribuable s'est révolté ; et au-delà des famines, au-delà des questions sociales, la fiscalité a toujours été le signe d'une tension entre l'Etat et le contribuable et on va voir, à cet égard, l'évolution de ces dernières années, en tentant de redéfinir ce lien entre l'Etat et le contribuable.

Je pense que nous sommes aujourd'hui à une étape. C'est l'étape de la redéfinition de la relation entre l'Etat et le contribuable parce que, réellement, nous sommes au bout, peut-être, d'un système. Si je me projette vingt-cinq ans en arrière, je suis dans les années 1990 et l'actualité des années 1990, en France, c'est l'actualité européenne. Vous savez que le droit français comme le droit de tous les Etats membres de l'Union européenne est impacté par ces règlements ou directives et en 1990, deux grandes directives ont été adoptées concernant des opérations de restructuration. Alors, sans entrer dans le détail technique (cela concernait un régime mère/fille au demeurant) c'est une perspective qui a failli, qui s'est révélée contre productive pour deux motifs au moins (et j'essaie de faire au plus simple au regard du temps qui m'est imparti). L'arrivée des crises financières dans le courant des années 2006, 2007, 2008 (que l'on a très bien vu arriver) qui a impacté la base taxable fiscale. Et puis, de l'autre côté, le

constat de la mécanique fiscale mise en œuvre, c'est-à-dire ce jeu sur le *dumping* fiscal, sur la répartition du droit d'imposer, sur la volonté individuelle des Etats d'attirer les entreprises et d'attirer l'impôt indirectement. En baissant les taux pour être attractif, cela a été totalement contre-productif : c'est-à-dire que l'on a vu l'impôt baisser même si les entreprises arrivaient.

La conjonction de ces deux effets – la mécanique sur la technique fiscale, la volonté d'attraction des entreprises en baissant l'impôt, accompagnée d'un effondrement de la base taxable avec les crises financières de 2007 et 2008 (crise bancaire/crise financière et crise de liquidités) – a fait que l'assiette fiscale, l'économie sous-jacente qui génère l'impôt, s'est totalement effondrée dans les années 2007/2008. On est arrivé à une crise bancaire, à une crise de liquidités mais aussi à une crise fiscale sans réponse de l'Union européenne en l'occurrence.

Sans réponse pourquoi ? Vous vous souvenez certainement du projet de Constitution européenne, dont l'un des objectifs fondamentaux était d'intégrer la question fiscale au cœur de la construction européenne, notamment en prévoyant le vote et l'adoption de la règle fiscale à la majorité. Même si cette majorité était qualifiée, la grande évolution du projet était de passer d'un débat fiscal à l'unanimité (quasi-impossible d'ailleurs), à un débat fiscal à la majorité. Or, le projet de Constitution européenne a été rejeté par un certain nombre de pays... On sait qu'on est arrivé à une forme de synthèse avec le traité de Lisbonne et le traité de Lisbonne a repoussé la question fiscale aux « calendes grecques », en restant sur l'état du droit

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI**

antérieur, c'est-à-dire sur une question fiscale qui ne sera traitée qu'à l'unanimité. Autant dire qu'on rejetait la question fiscale ; c'est l'état des lieux que j'ai fait antérieurement. Alors s'est greffée la question des crises financières et j'ai encore en mémoire l'affirmation, la formulation du président Sarkozy au G20 de Londres, en décembre 2008 me semble-t-il, qui disait que la cause de la crise financière, ce sont les paradis fiscaux ; et un lien a été fait, à ce moment là, entre les paradis fiscaux, la question fiscale et la question financière.

Je ne veux pas m'inscrire en faux de manière définitive, mais je pense réellement que le lien n'est pas aussi évident et qu'il a été instrumentalisé. Mais il est certain qu'il fallait sortir des crises financières, il est certain qu'il fallait un électrochoc. Il y a eu une forme de prise de conscience des Etats sur un plan international.

Au-delà des G20, il y a eu tout une série de conférences qui ont commencé à Séoul dans les années 1990 pour envisager la question fiscale sur un plan mondial et pour se dire qu'il n'était plus possible de laisser les questions fiscales dans un champ national. C'est une question où l'on s'aperçoit que si on laisse la concurrence fiscale nationale s'exercer, on arrive globalement à une perte de recettes fiscales et le constat de tous les Etats était celui-ci. On joue chacun chez nous, chacun dans son camp et on y perd tous. Et sur l'argument du paradis fiscal responsable des crises financières, la prise de conscience a été faite et l'argument était sans doute à utiliser ; il permettait de construire l'avenir. L'avenir, c'était les années postérieures à ce G20, les années 2008/2010, où tous les ans, tous les deux ans, à la fois les chefs d'Etats se retrouvaient dans des G20, ou des G à géométrie variable, mais également, et c'est une nouveauté, dans des conférences de directeurs d'administrations fiscales : la première à Séoul, puis en Afrique du sud. Chaque année, les directeurs nationaux des services fiscaux se retrouvent dans un pays du monde avec une conférence et l'on s'aperçoit que c'est l'administration qui a pris le pouvoir et qui fait avancer les textes fiscaux en discutant entre administrations. On sait que les pouvoirs politiques sont précaires, on sait que la règle fiscale est extrêmement complexe et que le débat parlementaire n'est pas toujours le meilleur débat ou la meilleure enceinte. L'on s'aperçoit néanmoins, et c'est une critique démocratique (je regrette que mon ami Raafat Fouda soit parti) que la règle fiscale est d'essence fondatrice de l'Etat et c'est peut-être la dernière règle régaliennne s'il y en a une puisqu'on s'est aperçu en Europe que le fait de battre monnaie avait disparu. Et bien, cette dernière règle régaliennne tend à être intégrée dans une discussion, dans une appréhension mondiale, pour ne pas dire mondialiste, qui aujourd'hui transparait de manière tout à fait évidente parce que l'OCDE, qui n'a pas de pouvoir normatif en soi,

est une enceinte de réflexion qui est très efficace en matière fiscale. C'est l'OCDE, après les Nations Unies, qui a proposé et rédigé les premiers projets de conventions fiscales internationales ; il y a donc une cellule fiscale importante à l'OCDE. L'OCDE réfléchit en parallèle des Etats, des G20, des administrations fiscales, pour proposer une nouvelle vision de la fiscalité mondiale, en essayant de déterminer la manière dont on peut fixer une assiette fiscale mondiale, là où est la richesse, la production de richesse et, dans un deuxième temps, quelle est la clé de répartition. On arrive à un point de réflexion où on se dit que si la fiscalité n'est plus une relation entre un contribuable et un Etat au sens physique, territorial du terme, la fiscalité doit être une prise en considération internationale où les Etats doivent s'accorder sur la répartition du droit d'imposer et sur la répartition de la base taxable et de la matière taxable.

En 2015, nous en sommes réellement là. On est sur cette réflexion qui a bien évolué et qui va aboutir car un certain nombre d'outils ont été mis en place avec l'instrument de la lutte contre les paradis fiscaux. En effet, l'amalgame entre la fiscalité, la fiscalisation, l'évasion fiscale, le paradis fiscal a été fait dans l'esprit des gens et on se dit dès lors que si l'on ne paye pas d'impôt, et bien nécessairement – c'est une relation pavlovienne quasiment qui a été faite - nécessairement s'il n'y a pas d'impôt, c'est qu'il y a fraude. Pourtant, on pourrait se dire aussi, de manière plus simple, que s'il n'y a pas d'impôt, c'est qu'il n'y a pas d'économie, il n'y a pas de base taxable tout simplement. Mais le lien s'est établi, en disant : s'il n'y a pas d'impôt, il y a fraude et s'il y a fraude, il faut trouver les fraudeurs ; et pour cela, tous les moyens sont bons.

On a vu une évolution des textes de loi, des outils juridiques en France comme dans tous les pays du monde à l'occasion de ces crises financières, à l'occasion de la stigmatisation de ces paradis fiscaux en disant : il faut une transparence, il faut une totale transparence sur le terrain fiscal et il faut que l'échange d'informations, le secret bancaire, le secret fiscal, il faut que tout cela tombe et tombe au plus vite, en étant à la fois à l'écoute du droit bancaire, du droit financier et du droit fiscal. On se souvient évidemment des affaires UBS à New York, il y a quelques années (fin du secret bancaire Suisse), plus récemment des affaires HSBC. En France, une affaire énorme – l'affaire Jérôme Cahuzac dans laquelle le ministre de l'économie et des finances est un fraudeur – a permis de faire évoluer les textes dans un sens tout à fait paradoxal. Le droit français disait, le seul qui a la compétence juridique pour déclencher des poursuites pénales contre le contribuable fraudeur, c'est le ministre des finances. Quand c'est le ministre des finances qui est fraudeur, le système bloque et on a eu une évolution avec

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI**

une pression internationale, un environnement international de recherche de fraudeur par une transparence avec un électrochoc en France sur l'affaire Jérôme Cahuzac.

Toute une série de textes, de lois, ont assuré cette transparence ; des textes que l'on retrouve dans d'autres pays du monde. L'exemple de la loi FATCA aux Etats-Unis portant sur le transfert automatique d'informations. Les lois françaises de transparence qui ont été prises récemment, notamment sur les possibilités de lutte contre les blanchiments de fraude fiscale, ont amené à une nouvelle dimension dans la relation entre le contribuable et l'Etat, une relation dite de transparence, une relation qui pourrait être décrite comme attentatoire aux libertés individuelles. Je suis contribuable, je ne suis pas présumé fraudeur, cela me semble être la base. Pour autant une loi de 2013 a, après l'affaire Cahuzac, indiqué que tout un chacun doit pouvoir justifier de l'origine licite des sommes dont il dispose. La loi opère un renversement de la charge de la preuve. Ce n'est pas l'administration fiscale qui doit prouver que vous avez des sommes dont l'origine est illicite, c'est à vous, de par la loi actuelle, de démontrer, si on vous pose la question, d'où viennent ces sommes. Pour moi, c'est totalement attentatoire à la liberté individuelle ; pour autant c'est passé devant le Conseil constitutionnel et le Conseil constitutionnel avait anticipé la critique ; ce texte est passé parce que l'on est dans une période où dès lors que vous affichez le chiffon rouge de la fraude fiscale et bien, tout peut passer.

Sur un plan qui concerne plus directement le contribuable, je voudrais évoquer deux exemples pour attester de cette démonstration.

Premier exemple, la fraude à la loi. La loi de finances 2013 est venue incriminer le délit de blanchiment de fraude fiscale. La fraude fiscale, seul le ministre pouvait la poursuivre et on a vu que c'était en vain ; le blanchiment de fraude fiscale, avec un parquet nouveau qui a été créé (le parquet financier) permettait de poursuivre tout le monde, sans l'autorisation du ministre, voire même le ministre. Cette loi a considéré que le contribuable est suspecté de blanchiment de fraude puisque le blanchiment est une notion extrêmement ténue et que dès lors que vous avez des sommes, vous devez les justifier. Dans un deuxième temps, la répression porte sur les libertés individuelles : la loi a prévu, en écho à la loi « Perben II », que la fraude et le blanchiment de fraude pouvaient être passibles du régime des délits en bande organisée et que vous êtes passible de 96 heures de garde à vue, que vous êtes susceptible d'être écouté, que vous êtes susceptible d'être suivi, d'être soumis à toute une série de mesures intrusives dans la liberté individuelle. C'est aujourd'hui l'état du droit français : on vous suspecte de fraude, vous êtes mis en examen, éventuellement quatre jours de garde à vue et vous risquez

d'être poursuivi devant une chambre correctionnelle. Pour les gros fraudeurs, je n'ai aucun souci, ils doivent tomber, ils doivent être punis, ce sont des pertes fiscales manifestes. Mais on s'aperçoit que dans les contrôles fiscaux actuels, l'administration fiscale qui dispose de cet outil, qui n'est pas mesuré, s'en sert comme moyen de pression sur les contribuables qui, rapidement, en viennent à transiger. Pour l'Etat, qui a besoin de ressources rapides, il vaut mieux prendre quelque chose tout de suite que d'attendre un procès dont l'issue est incertaine (ou tout au moins lointaine) et ces moyens de pression au plan pénal permettent à l'administration de parvenir à ses fins.

Deuxième exemple, la notion d'abus de droit qui est soit la simulation, un acte fictif, soit la volonté de poursuivre un but « exclusivement » fiscal. Je fais quelque chose de tout à fait licite sauf que ma seule motivation c'est l'objectif fiscal. Jusque-là, cela était réglé de la sorte. Depuis quelques années, le législateur pousse pour que le critère de l'exclusivisme fiscal devienne un but « essentiellement » fiscal. L'exclusivisme est assez difficile à démontrer ; le caractère essentiel beaucoup moins...

En synthèse, il apparaît que la nouvelle qualité de la norme fiscale française, ou la dégradation de la norme fiscale, s'opère sur deux plans.

Premier plan, le plan normatif : la matière fiscale c'est une matière qui relève aujourd'hui des circulaires et instructions administratives. Le parlement tranche, le parlement fait une loi, le gouvernement prépare ses décrets, le ministère prépare ses arrêtés. On a une pyramide des sources classique mais la vraie source en matière de droit fiscal ce sont les circulaires du ministère des finances : c'est la production normative du ministre des finances et c'est l'administration qui a pris le pouvoir sur la matière. D'un point de vue démocratique, ce n'est pas le bon point d'entrée...

Deuxième plan, le travail du parlement et le contrôle du Conseil constitutionnel : le travail du Conseil constitutionnel qui, depuis qu'il a été créé, a largement évolué. Aujourd'hui, on a un Conseil constitutionnel créateur de normes. La technique des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel dans toutes les matières, mais notamment en matière fiscale, lui permet de dominer réellement la loi fiscale et de renvoyer le parlement à ses chères études.

L'avenir sur ces vingt-cinq ans est un peu noir, il n'est pas très éclairé, très éclairant. On a ce chiffon rouge d'agité sur la répression des paradis fiscaux. Ce qu'il faut voir c'est que l'actualité c'est la transparence voulue ; ce qui me fait peur en tant qu'individu, universitaire, et défenseur des libertés individuelles et du respect de la vie privée. Je

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI**

comprends les enjeux étatiques, on est dans une situation où les Etats vont échanger des informations de manière automatique sans appel, sans autorisation, sans procédure. La France a évidemment abondé dans ce système aussi et il y a un certain nombre de conventions qui sont déjà entrées en vigueur sur l'échange automatique d'informations. Cela doit aboutir, dans les quelques années à venir, de manière globale, mondiale. Transfert d'informations ; il y a des comptes bancaires, mais il y a des informations individuelles aussi et le vrai débat va être aujourd'hui sur le transfert de données personnelles où l'on s'aperçoit qu'il y a une lutte entre deux ambitions : l'ambition étatique, fiscale, avec un échange automatique d'informations et puis de l'autre côté néanmoins, le fait que les individus forment la collectivité et donc une défense des données personnelles, des libertés individuelles à travers la matière fiscale qui est une matière de liberté fondamentale. Nous verrons dans les quelques semaines ou quelques années qui l'emportera.

# *25 ans de jurisprudence égyptienne en matière d'ordre public en droit de l'arbitrage*

**Ismail SELIM**

*Docteur en droit*

*Avocat au Barreau du Caire*

*Associé au Cabinet Al Tamimi le Caire*

*Chargé d'enseignement à l'IDAI (Le Caire)*

## INTRODUCTION

Il est important de rappeler que la jurisprudence égyptienne sur le droit de l'arbitrage fut l'un des facteurs du rayonnement du droit égyptien. Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux rédigés par des enseignants et anciens étudiants de l'IDAI.

A cet égard, il convient de citer l'article rédigé par le Professeur Bernard Fillion Dufouleur (qui fut le premier Directeur de l'IDAI) et Maître Philippe Leboulanger, qui a souvent enseigné à l'IDAI et a accueilli de nombreux stagiaires issus de cette belle institution. Le titre de cet article est « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage ». Cet article a été publié à la revue de l'arbitrage<sup>1</sup>.

Ultérieurement, en 2004, Maître Philippe Leboulanger, Professeur Hadi Slim, le Docteur Mohamed Abdelraouf et Docteur IngyBadawi ont publié à la revue de l'arbitrage une chronique sur la jurisprudence égyptienne en droit de l'arbitrage<sup>2</sup>.

Dans une logique de continuité de la chronique précédente, Dr. Dalia Hussein, Dr. Sally El Sawah et moi-même avons publié une chronique passant en revue une sélection des principaux arrêts postérieurs qui ont permis d'élucider l'évolution du droit égyptien de l'arbitrage (entre les années 2004 et 2012). Cette dernière chronique a paru au premier volume de la revue de l'arbitrage en 2013.<sup>3</sup>

Je suis certain que cette dernière chronique de jurisprudence égyptienne ne sera pas la dernière et que

certain parmi vous, jeunes avocats issus de l'IDAI, prendront le relais et rédigeront leur propre chronique commentant notre jurisprudence pour que nous puissions en parler lorsque l'IDAI fêtera sa trentième année.

Suite à cette brève introduction sur l'interférence entre l'IDAI et la jurisprudence égyptienne en droit de l'arbitrage, j'ai le plaisir d'aborder, dans la limite du temps qui me reste, un des aspects de cette jurisprudence, à savoir celle qui appliqua les articles 53 (2) et 58 (2) (b) de la loi sur l'arbitrage. Ces deux articles régissent le contrôle judiciaire du respect de l'ordre public par les sentences arbitrales, prévoyant respectivement l'annulation et le refus d'exequatur des sentences arbitrales contraires à l'ordre public égyptien.

Jusqu'en 1994, le droit égyptien de l'arbitrage était régi par certaines dispositions du Code de procédures civile et Commerciale (CPCC). En 1994, le législateur égyptien décide d'adopter sa première loi moderne sur l'arbitrage, la loi n° 27 /1994 ou la loi sur l'arbitrage<sup>4</sup>, qui s'inspire du modèle de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. L'objectif poursuivi était de faire de l'Égypte un siège d'arbitrage attractif au même titre que Paris, Genève, Londres, et New-York, comme cela ressort des travaux préparatoires de cette loi<sup>5</sup>. Cela a fait écho auprès des juridictions étatiques

<sup>4</sup>V. la traduction de cette loi par Bernard Fillion Dufouleur, le premier directeur de l'IDAI *Rev. arb.*, 1994.763 ; Adde, Bernard Fillion Dufouleur et Philippe Leboulanger, « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », *ibid.*, p. 665 et s.

<sup>5</sup>Selon le Député E. El Dahabi, « [...] si ce projet de loi est adopté, le Caire et Alexandrie seraient des sièges de l'arbitrage commercial international comme Paris, Londres, Genève et New York... ». V. « Les débats sur le Rapport de la Commission paritaire du Comité des affaires constitutionnelles et législatives et du Bureau du Comité des affaires économiques à propos du projet de Loi sur l'arbitrage commercial international à

<sup>1</sup>*Rev. arb.*, 2004, p. 665.

<sup>2</sup> « Chronique de Jurisprudence étrangère, Égypte », *Rev. arb.*, 2004, p. 941.

<sup>3</sup> V. D. Hussein, I. Selim et S. El Sawah, « Chronique de jurisprudence étrangère, Égypte », *Rev. arb.*, 2013.191.

égyptiennes qui, à l'exception de quelques décisions malencontreuses, adopte une jurisprudence favorable à l'arbitrage interne et international, y compris la jurisprudence sur l'ordre public.

La présente intervention abordera premièrement quelques généralités sur la notion de l'ordre public selon la jurisprudence égyptienne du contentieux post-arbitral (I) pour passer ensuite à une sélection de quelques célèbres séries d'arrêts qui permettent d'élucider le contenu de l'ordre public égyptien en droit de l'arbitrage (II)

### **I.- La notion d'ordre public selon la jurisprudence égyptienne du contentieux post-arbitral**

#### 1) La définition de l'ordre public

En matière d'arbitrage, la Cour de cassation égyptienne a réitéré la même définition jurisprudentielle de l'ordre public. Il s'agit toujours *des valeurs sociales, politiques, économiques ou morales de l'Etat qui sont liées à l'intérêt supérieur de la société.*

#### 2) Un ordre public restreint

Le droit égyptien de l'arbitrage, contrairement à son homologue français, n'a pas consacré une dichotomie entre l'ordre public interne et l'ordre public international<sup>6</sup>. Néanmoins, en matière de conflits de lois, le *mémorandum* explicatif du code civil et la jurisprudence égyptienne distinguent entre les règles impératives d'une part et l'ordre public en tant qu'exception à l'application de la loi étrangère d'autre part. Cette distinction se manifeste en restreignant le contenu de cet ordre public de manière à ce qu'il soit uniquement composé de règles et de valeurs intangibles, et non de toutes les règles impératives. Par cette distinction, la Cour de cassation égyptienne a mis fin à l'application de la règle impérative prévue par l'ancien article 502 (3) du CPCC exigeant la désignation nominale des arbitres au sein de la convention d'arbitrage lorsque l'arbitrage a lieu à l'étranger<sup>7</sup>. A cet égard, la Cour de cassation égyptienne a soutenu que la règle impérative édictée par l'ancien article 502(3) du CPCC n'est pas d'ordre public<sup>8</sup>.

Sous l'empire de la Loi sur l'arbitrage de 1994, cette distinction entre les règles impératives et l'ordre public est tantôt adoptée, tantôt ignorée par le juge de contrôle des sentences. Un arrêt récent de la Cour de cassation égyptienne en date du 22 mars 2011 (12790/75) a confirmé que toute règle impérative n'est pas forcément

une règle d'ordre public. En l'espèce, la demanderesse avait soutenu que la sentence arbitrale était contraire à l'ordre public car elle a donné effet à un contrat entre commerçants mais dont l'une des parties n'était pas inscrite au registre commercial (la règle impérative invoquée est celle prévue par l'article 3/4 de la loi n°34 de l'année 1976). La Cour de cassation a rejeté cet argument en précisant qu'il ne suffit pas pour annuler une sentence arbitrale qu'elle ait violé une règle impérative et que si une société étrangère conclut un contrat sans être inscrite au registre commercial, elle viole une règle impérative sans pour autant violer l'ordre public puisque le législateur ne prévoit pas l'annulation du contrat mais uniquement une peine d'amende.

#### 3) La distinction entre l'ordre public procédural et l'ordre public au fond

En outre, la Cour de cassation égyptienne distingue entre l'ordre public procédural qui est méconnu « *lorsque les principes fondamentaux du procès ont été méconnus par l'arbitre* » et l'ordre public substantiel qui est méconnu « *lorsque la solution apportée par la sentence arbitrale concernant le fond du litige transgresse un principe ou une règle faisant partie des valeurs fondamentales du for* »<sup>9</sup>.

#### 4) Un contrôle minimaliste de la conformité de la sentence à l'ordre public

Enfin, la réaction de l'ordre public à l'égard des sentences internes et des sentences internationales ou étrangères est la même. Le contenu de l'ordre public ne se restreint pas davantage vis-à-vis des sentences internationales ou étrangères. En réalité, l'objectif d'efficacité des sentences arbitrales est réalisé, dans la grande majorité des cas, par le biais d'un contrôle minimaliste de la conformité de la sentence, interne ou internationale, à l'ordre public<sup>10</sup>. Le juge de l'annulation ne contrôle pas la solution au fond apportée par la sentence.

Dans une affaire où la demanderesse en annulation avait fondé son recours sur l'erreur en droit et la dénaturation du contrat, la Cour d'appel du Caire a, dans son arrêt du 29 septembre 2003<sup>11</sup>, rejeté ce grief au motif que « *le recours en annulation de la sentence n'est pas un appel contre celle-ci, elle ne permet pas de rejurer le fond du litige ou de critiquer la décision de l'arbitre. Le juge de l'annulation n'est pas habilité à réviser la sentence afin de vérifier son bien-fondé ou l'exactitude de l'appréciation des arbitres et leur qualification des faits ou leur interprétation et application du droit, cela relevant de la compétence du juge d'appel* ».

### **II.- Le contenu de l'ordre public en droit de l'arbitrage**

Les juridictions égyptiennes se sont à plusieurs reprises prononcées quant au contenu de l'ordre public d'annulation et de refus d'exécution des sentences

*l'Assemblée nationale* », in *La loi sur l'arbitrage et les travaux préparatoires y afférents*, Le Caire, Ministère égyptien de la Justice, Administration de la législation, 1995, p. 82 (en arabe).

<sup>6</sup> Sur la nécessité de consacrer une telle dichotomie, v. I. Selim, *L'ordre public international in favorem arbitrandum, étude de droit comparé, op. cit.*

<sup>7</sup> Cass. civ. ég., 26 avril 1982, *Mabrouk Trading Import and Export c/ C. Arab Continental Navigation Co*, n° 714/47 ; sur cette jurisprudence, v. M.I.M. Aboul-Enein, « *Reflexions on the New Egyptian Law on Arbitration* », *ArbInt'l*, 1995, Vol. 11, n° 1, p. 75, spéc. p.79.

<sup>8</sup> Voir l'arrêt du 23 décembre 1991<sup>8</sup> rendu dans l'affaire *Amon*, où la Suède était choisie comme siège de l'arbitrage. La loi suédoise n'imposait pas la désignation nominale des arbitres au sein de la clause compromissoire

<sup>9</sup> V. Cass. Eg. 22 mars 2011.

<sup>10</sup> V. *infra*, VI-G) « L'étendue du contrôle de la conformité à l'ordre public ».

<sup>11</sup> Le Caire, Ch. com., n° 91, 29 septembre 2003, *Sté Al-Raouf Hotels International c/ Hassan Al-Roubi*, n° 6/120, inédit ; dans le même sens, v. Le Caire, Ch. com., n° 63, 23 avril 1997, n° 32/113, inédit.

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDAI**

arbitrales. L'examen de la jurisprudence égyptienne sur les 25 dernières années révèle que les cas de censures basées sur le grief de la violation de l'ordre public sont assez rares. Il s'agit principalement des thèmes suivants : *L'interdiction de l'arbitrage forcé*(1), L'imparité du tribunal arbitral (2), Les actions foncières (3), Les actes de souveraineté (4), La prohibition de l'usure(5) La fraude par l'arbitrage (6) et enfin, la réouverture des débats en cas de démission, révocation ou décès d'un arbitre suite à la clôture (7).

1) L'interdiction de l'arbitrage forcé

Le droit égyptien contenait une série de législations qui imposait le recours à l'arbitrage forcé pour résoudre les litiges découlant du type de relations juridiques qu'elles réglementent. C'était le cas de certains litiges surgissant entre l'administration des douanes et les importateurs,<sup>12</sup> la Banque islamique Fayçal et tout autre personne de droit public ou de droit privé y compris ses actionnaires,<sup>13</sup> l'administration fiscale et les contribuables en matière de TVA de certains différends en matière boursière entre les sociétés anonymes et leurs actionnaires<sup>14</sup> et enfin en matière de sociétés coopératives de construction et d'habitat.<sup>15</sup> Au nom de l'autonomie de la volonté, la Cour constitutionnelle suprême a rendu une série d'arrêts<sup>16</sup> insistant sur la nature conventionnelle de l'arbitrage et qualifiant d'inconstitutionnelle toute loi adoptant « l'arbitrage obligatoire » en tant que seul moyen de résolution des litiges entre les personnes soumises à ces lois.<sup>17</sup> D'après la Cour suprême, l'arbitrage obligatoire contrevient à l'article 68 de la Constitution égyptienne qui prévoit le droit pour chaque citoyen de saisir son juge naturel qui est exclusivement apte à trancher le litige qui lui est soumis. Elle a ajouté que l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage est une règle bien établie en droit comparé. Il s'agit notamment de la loi de l'arbitrage commercial international adopté par la CNUDCI, la convention européenne de l'arbitrage commercial international de 1961, la convention de New York de 1958 et de la convention conclue entre les pays membres de l'organisation des pays américains de 1975. De même, la Cour suprême égyptienne a précisé que le droit interne dans de nombreux pays prévoit que l'accord est la source de l'arbitrage. Suppose t'elle implicitement que la nature consensuelle du recours à l'arbitrage est un principe d'ordre public véritablement international ? La position de la Cour suprême égyptienne sur l'arbitrage forcé était déjà partagée en Italie où la Cour constitutionnelle s'était

appuyée sur les mêmes motifs pour déclarer inconstitutionnelle cette institution.<sup>18</sup>

En se basant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle suprême, la Cour d'appel du Caire a rendu une série d'arrêts d'annulation de sentences arbitrales rendues par des tribunaux pratiquant l'arbitrage forcé.<sup>19</sup> Ces arrêts ont soutenu qu'il n'y avait pas d'accord d'arbitrage et que l'arbitrage forcé, déclaré inconstitutionnel, est contraire à l'ordre public égyptien. L'attendu de principe indique que la règle est d'ordre public de direction : « ...la Cour prononce la nullité de cette sentence arbitrale de sa propre initiative conformément à l'article 53 de la loi sur l'arbitrage n°27 de l'année 1994, car la sentence susmentionnée comporte une violation à l'ordre public de la République arabe d'Egypte car elle ne repose pas sur un accord d'arbitrage. En effet, l'arbitrage est un mode exceptionnel de résolution des litiges dont on ne peut y recourir initialement que s'il découlait de la volonté libre de ses parties. Par conséquent, une sentence rendue par un Tribunal arbitral dans un litige quelconque sans reposer, à ce propos, sur un accord d'arbitrage comporte nécessairement une violation du droit d'accès à la justice en privant les intéressés de recourir à leur juge naturel sans qu'ils le consentent volontairement. De même, il comporte, en même temps et sans fondement légitime, une violation à la compétence de l'autorité judiciaire titulaire de la compétence générale. Tout cela est contraire à l'ordre public ». A l'exception de ce qui précède, l'arbitrage forcé prévu au sein de la loi n°60 de l'année 1971 relative aux établissements publics et aux sociétés du secteur public est encore autorisé en droit égyptien. Evidemment, il s'agit de litiges qui naissent entre les différents organes et unités économiques de l'Etat. Par conséquent, il s'agit de litiges qui naissent entre des personnes morales publiques sans qu'il existe un réel conflit d'intérêt entre elles.

2) L'imparité du tribunal arbitral

En droit égyptien de l'arbitrage, la règle de l'imparité du tribunal arbitral relève de l'ordre public de direction. Elle est prévue par l'article 15(2) de la loi de 1994 qui énonce que « s'il y a plusieurs arbitres leur nombre doit être impair, à peine de nullité de l'arbitrage ». Conformément à cet article, la Cour d'appel du Caire, par un arrêt du 27 juillet 2003,<sup>20</sup> a annulé une sentence arbitrale rendue par un tribunal composé de quatre arbitres au motif que la règle de l'imparité du tribunal arbitrale est obligatoire « afin de pouvoir aboutir à la majorité requise ... Cette règle est d'ordre public car elle relève des garanties procédurales fondamentales qu'il convient de respecter,

<sup>12</sup> Loi n° 66/1963 relative à l'administration des douanes.

<sup>13</sup> Art. 18 de la loi n° 48 de l'année 1977 constitutive de la Banque islamique Fayçal.

<sup>14</sup> Loi sur les marchés des capitaux n° 95 de l'année 1992.

<sup>15</sup> Art. 10 du décret du ministre du Logement n° 46 de l'année 1982.

<sup>16</sup> Cour const. eg., 17 déc. 1994, *JOE*. 12 janv. 1995 ; Cour const. eg., 2 juillet 1999, *JOE*. 15 juillet 1999 ; Cour const. eg., 6 janv. 2001, *JOE*. 18 janv. 2001 ; Cour const. eg., 13 janv. 2002, *JOE*. 24 janv. 2002 ; Cour const. eg., 11 mai 2003, *JOE*. 29 mai 2003 ; sur le caractère anticonstitutionnel de l'arbitrage forcé en droit égyptien, v. Ph. LEBOULANGER et H. SLIM, « Chronique de jurisprudence étrangère – Egypte », *Rev. arb.*, 2004, p. 941, spéc. pp. 943 et s.

<sup>17</sup> Note B. ATALLAH, « Dix ans de l'application de la loi égyptienne de 1994 relative à l'arbitrage », *BullCIA. CCI*, Vol. 14, n° 2, 2<sup>e</sup> semestre 2003, p. 14.

<sup>18</sup> Cour const. italienne, 14 juillet 1977, cité par Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 15, n° 20.

<sup>19</sup> CA Le Caire, ch. com. n° 91, 30 déc. 2002, *Aicha AtiatAllah c/ Commercial International Bank*, inédit; CA Le Caire, ch. com. n° 91, 29 janv.2003, *Saladin El Tanani c/ Banque du Caire Extrême Orient* ; CA Le Caire, ch. com. n° 91, 29 janv. 2003, *Samia Israël c/ Société Amon pour l'industrie pharmaceutique* ; CA Le Caire, ch. com. n° 91, 28 avr. 2004, *Osman Ahmed Osman c/ Ministre des finances*.

<sup>20</sup> CA Le Caire, 27 juill. 2003, n° 97, 119, *Banque de la construction et de l'habitat c/ Sté des entrepreneurs arabes et Ministre de la justice*, cité par Ph. LEBOULANGER et H. SLIM, « Chronique de jurisprudence étrangère, Egypte », *Rev. arb.*, 2004, p. 941, spéc. pp. 968 et 969.

**L'événement**  
**Actes du colloque de célébration des 25 ans d'existence de l'IDA**

*sa violation entraînant la nullité de la sentence, cette nullité étant d'ordre public ».*

3) Les actions foncières

Les actions foncières sont soumises, en droit égyptien, à une réglementation judiciaire spécifique<sup>21</sup> et impérative qui en fait une matière relevant de la compétence exclusive des juridictions de lieu où l'immeuble est situé. Cette compétence est une compétence d'ordre public qui exclut de manière absolue le recours à l'arbitrage. Ceci est essentiellement dû, comme nous l'avons vu, à la multiplication des procédures d'arbitrage frauduleuses qui n'ont eu pour but que de contourner ladite réglementation et d'acquérir indûment des propriétés immobilières. Dans le but de lutter contre ces procédures frauduleuses, la Cour d'appel du Caire a jugé que les actions immobilières soumises à publicité ne sont pas arbitrables. Il s'agit de *l'action en réalisation de la vente*<sup>22</sup> et des *actions réelles immobilières*<sup>23</sup>.

(i) *L'action en réalisation de la vente* : En vertu de l'article 63 du CPCC, l'action civile est intentée dès lors que le demandeur remet l'acte introductif d'instance au greffe de la juridiction compétente. Mais s'agissant de l'action en réalisation d'un contrat concernant un droit réel immobilier, l'article 65 (3) du CPCC<sup>24</sup> exige, en outre et à peine d'irrecevabilité, que l'acte introductif d'instance soit publié<sup>25</sup>. Cette irrecevabilité est d'ordre public et le juge doit la relever d'office même si elle n'est pas invoquée par la partie adverse<sup>26</sup>. Le *mémoire explicatif* du projet de la loi n°6 de l'année 1991 a clarifié la *ratio legis* de l'exigence de la publicité de l'acte introductif d'instance en tant que condition de recevabilité de cette action. Ainsi, le défaut d'enregistrement des contrats de vente de biens immobiliers aboutit au non-paiement des taxes dues au Trésor public, à l'ébranlement du fondement de la propriété immobilière et à l'engorgement des tribunaux par ce type d'action<sup>27</sup>. Par ailleurs, l'article 24 bis de la loi n° 70 de l'année 1964 relative aux taxes d'authentification et de publicité impose au demandeur de verser à la trésorerie de la juridiction une somme équivalente à un quart de la taxe due sur la publicité de

l'acte. Cette somme est ultérieurement déduite des taxes dues au moment de la publicité du jugement rendu dans l'affaire.

En vertu de l'article 103 (3) du CPCC, l'action en réalisation de la vente est susceptible de transaction, sous réserve de la publicité de l'accord des parties ou du procès-verbal de l'audience dans lequel l'accord fut établi<sup>28</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation égyptienne a décidé que les parties doivent être exemptées de la publicité de l'accord ou du procès-verbal si l'acte introductif d'instance a déjà été publié et l'accord ne contenait pas d'autres demandes que celles incluses dans l'acte introductif<sup>29</sup>.

Bien que l'action en réalisation de la vente soit susceptible de transaction, le droit égyptien semble s'orienter vers l'exclusion de l'arbitrage en la matière. Ceci est dû au fait que de nombreux individus ont eu recours à l'arbitrage en matière de réalisation de la vente afin d'obtenir une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'issue d'une procédure confidentielle et beaucoup moins coûteuse. Dans ces affaires, les arbitres nommés n'avaient pas exigé la publicité de la demande d'arbitrage au bureau de publicité foncière territorialement compétent. Pis encore, certaines de ces procédures arbitrales étaient frauduleuses, basées sur des accords d'arbitrage falsifiés ou conclus par des mandataires ayant excédé leur pouvoir. Ces procédures se déroulaient à l'insu du véritable propriétaire du terrain faisant l'objet de la vente dont la réalisation était demandée. Elles avaient pour but la transgression des droits réels immobiliers dudit propriétaire. La Cour d'appel du Caire a décidé, à plusieurs reprises<sup>30</sup>, que « *l'accord d'arbitrage concernant la réalisation d'une vente d'un bien immobilier est nulle en raison de l'illicéité de sa cause [...]; cette nullité est d'ordre public et la sentence est nulle en vertu de l'article 53(1)(a) et 53(2) de la loi sur l'arbitrage* ». Les juges cairotes ont fondé l'annulation des sentences sur la violation des règles d'ordre public prévues par les articles 65 (3) CPCC et 24 bis de la loi n° 70 de l'année 1964 relative aux taxes d'authentification et de publicité<sup>31</sup>. Ils ont jugé que « [...] *la publicité de l'acte introductif d'instance relative à l'action en réalisation de la vente d'un immeuble est une règle d'ordre public ; qu'elle ne peut être enfreinte sans que la Cour déclare, d'office, l'action irrecevable ; que, dès lors, la convention d'arbitrage relative à la réalisation d'un contrat de vente d'un immeuble ou à l'établissement de sa propriété ou toute autre action réelle immobilière est entachée de nullité en raison de sa contrariété à l'ordre public [...]* en ce qu'elle contrevient

<sup>21</sup> A. El-Kosheri, « Panorama de jurisprudence égyptienne », *Gaz. Pal., Les cahiers de l'arbitrage*, n° 2006/2, 15-17 oct. 2006, p. 46, spéc. p. 47.

<sup>22</sup> L'action en réalisation de la vente a été créée par la pratique afin de faire face à la carence du vendeur d'un bien immobilier qui, après avoir signé un compromis de vente, manque à son obligation d'effectuer les actes nécessaires à la transcription du contrat, tels que la signature de l'acte authentique. Lorsque l'acheteur obtient satisfaction par une décision judiciaire définitive, il peut transcrire ladite décision sans l'intervention du vendeur. V. A. Al-Sanhouri, *Al-Wassit - Traité de droit civil*, t. 9, Alexandrie, Monchaat Al-Maaref, 2004, p. 388, n° 144.

<sup>23</sup> En droit égyptien, l'action réelle immobilière est celle qui tend à sauvegarder un droit réel sur un bien immobilier, comme l'action en revendication d'un droit de propriété immobilière.

<sup>24</sup> Depuis sa modification par la Loi n°6 de l'année 1991, l'article 65 (3) CPCC énonce que « *l'action de validité contractuelle concernant tout droit réel immobilier n'est recevable que si l'acte introductif d'instance a été publié* ».

<sup>25</sup> Cette publicité s'opère par l'enregistrement de l'acte introductif d'instance au bureau de publicité foncière compétent.

<sup>26</sup> M. Al-Khodari, *L'application de la loi dans les actions civiles*, Nadi Al-Qodah, Le Caire, 2<sup>e</sup> éd., 2003, p. 40.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>28</sup> Sur la transaction dans l'action en réalisation de la vente, v. M. Al-Khodari, *op. cit.*, pp. 367 et s.

<sup>29</sup> Cass. civ. ég., 18 mai 2000, n° 4685/67, *Bull. tech.*, t. 51, p. 694.

<sup>30</sup> Le Caire, ch. com., n° 91, 27 avril 2005, n° 95/120, *Mohamed Khalifa & autres, c/ Mohamed Salama & Al-Sayed Zein*, inédit ; Le Caire, Ch. com., n° 91, 29 janvier 2006, affaires n° 13 et 14/121, *Ahmed Maari c/ Sté YougoEgypt & Le Ministre de la Justice*, inédit ; Le Caire, ch. com. n° 91, 30 mai 2006, n° 43 et 89/122, *Saad Ibrahim & autres c/ Fayza Hanna & Milad Adelmalak*, inédit ; Le Caire, ch. éco. n° 7, 2 juillet 2007, n° 68/123, *Ali Attia & Abdelwahab Youssef c/ Hossam Eldine Khalil & Fouad Sayed*, inédit.

<sup>31</sup> V. I. Selim, *L'ordre public international in favorem arbitrandum, étude de droit comparé*, *op. cit.*, p. 281.

*aux règles de droit impératif, aussi bien celles ayant trait à la protection de la propriété foncière et sa stabilité, ou à la sauvegarde des droits du Trésor public ou, encore, à l'organisation des procédures judiciaires* ». On déduit, donc, avec la Cour d'appel du Caire, que la prohibition du recourir à l'arbitrage pour ce type d'action trouve sa justification dans la sauvegarde des intérêts du Trésor public égyptien ainsi que dans la protection des droits des tiers et ce, par le truchement de la publicité de l'acte introductif d'instance.

Dans cette série de décisions, l'arrêt *YougoEgypt*<sup>32</sup> fut le seul à avoir expressément mentionné dans ses motifs que ladite action est exclue de l'arbitrage : « *il est juridiquement établi qu'on ne peut compromettre dans les litiges relatifs aux droits réels immobiliers, y compris les actions en réalisation de la vente des biens immobiliers ou relatives à l'établissement de leur propriété et que la convention d'arbitrage y afférente est nulle en raison de l'illicéité de son objet et de sa cause* ». Ce même arrêt nous enseigne également que cette interdiction de compromettre persiste *a fortiori* lorsque ce type d'action foncière concerne des terrains désertiques. En effet, pour des raisons stratégiques et économiques, la propriété et l'exploitation des terrains désertiques sont encadrées par des règles impératives prévues par la loi n°143 de l'année 1981 relative aux territoires désertiques. Cette loi prévoit que la propriété, la fertilisation et la mise en valeur des terrains désertiques sont sujettes à des autorisations préalables du Ministère de la défense et de l'établissement public compétent en matière d'aménagement desdits territoires. Enfin, l'article 22 de ladite loi prévoit la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire pour connaître des litiges qui naissent de son application<sup>33</sup>.

Nous estimons que pour les motifs d'ordre public cités ci-dessus, ladite compétence exclusive est en même temps une compétence qui exclut l'arbitrage de manière absolument si la demande d'arbitrage est publiée.

(ii) Tout comme les actions en réalisation de la vente, les *actions réelles immobilières* sont soumises à des conditions formelles de publicité<sup>34</sup>.

A l'occasion d'un litige relatif à la propriété d'un terrain, un compromis fut conclu entre les deux parties. Les arbitres n'ont pas exigé la transcription de la demande d'arbitrage. La sentence rendue fut attaquée devant la Cour d'appel du Caire. Par un arrêt du 13 février 2008<sup>35</sup>,

<sup>32</sup>Préc. *supra* note 79.

<sup>33</sup> Sur la Loi n°143 de l'année 1981 relative aux territoires désertiques, v. A. Al-Sanhouri, *Al-Wassit - Traité de droit civil, op. cit.*, pp. 152 et s, n° 89.

<sup>34</sup> Cette publicité diffère selon le régime de publicité auquel est soumis le bien immobilier en question. Tout d'abord, il existe le régime de publicité de droit commun prévu par la loi sur la publicité immobilière. Mais certaines zones du territoire égyptien sont soumises au régime du registre foncier. Les biens immobiliers qui ne sont pas soumis au régime du registre foncier sont réglementés par le régime de droit commun prescrit par la Loi n°114 de l'année 1946 relative à la publicité foncière. L'article 15 (2) de ladite loi impose la transcription des actions en revendication de tout droit réel immobilier auprès du bureau de publicité foncière territorialement compétent.

<sup>35</sup> Le Caire, ch. com., n°91, 13 février 2008, n° 110/124, *Mohamed Mokbel & autres c/ Mohamed Moussa & autres*, inédit.

les conseillers cairotes ont annulé la sentence en raison de sa contrariété à l'ordre public égyptien. A ce propos, ils ont jugé que la sentence attaquée a statué sur le litige concernant la propriété du terrain litigieux en dérogeant aux procédures judiciaires qui imposent la publicité de l'acte introductif d'instance et le versement du quart de la taxe due sur la publicité de cet acte juridique portant sur un droit réel immobilier.

#### 4) Les actes de souveraineté

Il est légitime de soutenir, nous semble-t-il, qu'un litige qui n'est pas susceptible d'être tranché par le juge naturel ne peut, *a fortiori*, l'être par un arbitre. Tel est le cas de l'acte de souveraineté qui entre dans la sphère de la compétence exclusive du pouvoir exécutif quant à l'exercice de la souveraineté et qui exclut l'arbitrage de manière absolue. Cette règle de bon sens fut consacrée par la Cour d'appel du Caire dans son arrêt en date du 28 mai 2003<sup>36</sup>. Ainsi que cela a été mentionné dans la chronique publiée en 2004, la sentence attaquée a donné gain de cause à une société de droit privé qui avait acheté au Ministère du tourisme un terrain occupé par les forces navales et les gardes-frontière égyptiens. Dans ses motifs, la Cour d'appel du Caire avait décidé que « *les actes de souveraineté se distinguent des actes administratifs ordinaires par leur caractère politique manifeste, compte tenu des considérations qui les justifient, en ce qu'ils émanent du pouvoir exécutif auquel revient, dans le cadre de ses compétences politiques, le soin de veiller à l'intérêt général et au respect de la Constitution, de surveiller ses relations avec les autres Etats et d'assurer la sécurité intérieure. Il s'ensuit que les actes de cette nature ne sont pas susceptibles d'être jugés compte tenu des considérations politiques qui les caractérisent et qui donnent au pouvoir exécutif le droit de prendre les décisions qui lui semblent nécessaires dans l'intérêt de la patrie et de sa sécurité, sans que la justice puisse les contrôler [...]. Ainsi, le compromis d'arbitrage mentionné doit être considéré comme nul, [...] dès lors que l'occupation de la parcelle du terrain objet de l'arbitrage par le Ministère de la défense constitue un acte de souveraineté dont la connaissance échappe aux juridictions étatiques et a fortiori aux tribunaux arbitraux* ». La Cour d'appel du Caire annula donc la sentence pour contrariété à l'ordre public.

La société privée a, en conséquence, introduit un pourvoi en cassation, au motif que le terrain litigieux faisait partie du domaine privé de l'Etat et qu'il était situé dans une zone susceptible d'être consacrée à l'investissement touristique. Elle ajouta que le terrain lui avait été vendu par le Ministère du Tourisme. Par un arrêt du 27 décembre 2007<sup>37</sup>, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel au motif que « *les juridictions sont compétentes, [...] pour déterminer la qualification juridique de l'acte émanant de l'autorité publique et s'il constitue un acte de souveraineté; dans ce cas, elle n'aurait aucune compétence pour en connaître [...]; les actes de souveraineté se distinguent par leur caractère politique manifeste en ce qu'ils sont entourés de*

<sup>36</sup>Sur cette arrêt, v. Ph. Leboulanger et H. Slim, « Chronique de jurisprudence étrangère, Egypte », préc., pp. 974 et 975.

<sup>37</sup>Cass. civ. ég., 27 décembre 2007, *Sté Mogamaa Al-Amal Al-Siyahi, c/ Ministère du Tourisme, Journal de l'arbitrage arabe*, 2009, n° 12, p. 133, chron. MAbdel Raouf.

*considérations politiques ; ils émanent du pouvoir exécutif en tant qu'autorité de gouvernement qui est dotée dans le cadre de sa fonction politique d'une autorité supérieure afin de réaliser l'intérêt de la communauté entière, veiller au respect de sa Constitution, superviser ses relations avec les autres Etats et sécuriser son intégrité et sa sécurité à l'intérieur et à l'extérieur ; les actes de cette nature ne sont pas susceptibles d'être jugés compte tenu des considérations politiques qui les caractérisent et qui donnent au pouvoir exécutif le droit de prendre les décisions qui lui semblent nécessaires dans l'intérêt de la patrie, sa sécurité et son intégrité, sans que la justice puisse les commenter ou les contrôler [...] ».* La Cour ajouta que la sentence arbitrale établit que la parcelle de terrain litigieuse faisait partie du terrain vendu à la société et que cette vente était faite sur la base d'un accord antérieur entre le Ministère du Tourisme et le Ministère de la Défense prévoyant le retrait des forces armées de cette parcelle, mais que ce dernier a manqué à son obligation d'évacuer ladite parcelle en vertu de l'accord susvisé. La Cour en tira la conclusion que la parcelle de terrain n'était pas affectée aux besoins de la sécurité nationale et que son occupation par l'armée ne constituait pas un acte de souveraineté dont la connaissance échappait aux juridictions étatiques. Elle jugea que le litige portait sur la demande de la société tendant à obliger le Ministère du Tourisme à lui livrer la parcelle de terrain occupée par les forces navales et les gardes-frontière en tant qu'effet d'une vente valable entre les deux parties. Un tel litige était donc arbitral selon la Cour qui cassa l'arrêt d'appel et rejeta le recours en annulation contre la sentence.

Il est néanmoins difficile de déduire de cette décision que la Cour de cassation admette l'arbitrage pour les actes de souveraineté. La cassation de l'arrêt d'appel résulte tout simplement d'une divergence entre la Cour d'appel et la Cour de cassation quant à la qualification juridique de l'acte litigieux. En tout état de cause, les actes de souveraineté relèvent de la compétence exclusive du pouvoir exécutif.

#### 5) La prohibition de l'usure

L'état de la jurisprudence égyptienne, en ce qui concerne la conformité des intérêts moratoires alloués par les arbitres à l'ordre public égyptien, fut longtemps insatisfaisant. Il n'existait pas d'uniformité en la matière. Il existait, en effet, une incertitude quant au champ d'application respectif des articles 226 et 227 du Code civil, d'une part, et de l'article 50 (3) du Nouveau Code de commerce (ci-après, NCC), d'autre part. L'examen de la jurisprudence des trente dernières années nous permettra de comprendre l'état du droit égyptien en la matière.

L'incertitude remonte à l'affaire *Harbottles*, qui s'était déroulée sous l'empire de l'ancien droit sur l'arbitrage. Une sentence arbitrale, rendue à Londres en 1978, avait donné gain de cause à la société britannique *Harbottles* dans son différend qui l'avait opposé à une société égyptienne du secteur public. Le tribunal arbitral a condamné la partie égyptienne à verser à *Harbottles* une indemnité en dollars américains, pour manquement à ses obligations contractuelles, avec des intérêts moratoires au taux de 8%. La société *Harbottles* a sollicité l'exequatur de la sentence en vertu de la Convention de New York. La partie égyptienne a alors invoqué la contrariété du taux de 8% à l'ordre public égyptien. L'affaire est arrivée devant la Cour

de cassation qui, par un arrêt du 21 mai 1990<sup>38</sup>, décida que « si la violation de l'ordre public se limite uniquement à une partie de la sentence, le juge est tenu d'ordonner l'exécution de la partie qui ne contient pas de violation si elle est susceptible d'être séparée de l'autre partie. Le juge ne déroge pas ainsi à son domaine de compétence puisqu'il s'agit ici d'une exécution partielle de la sentence imposée par les exigences de l'ordre public sans réviser le fond de la sentence étrangère [...]. Considérant cela et qu'il est établi que la sentence arbitrale qui a tranché le litige a condamné la partie défenderesse à des intérêts à un taux de 8%, excédant donc le taux légal maximal d'intérêts en matière commerciale qui est de 5% [...]. Ce taux est d'ordre public. En conséquence, l'exécution de cette sentence est interdite au-delà de ce taux. Cependant, ce qui est en deçà de ce taux doit faire l'objet d'une ordonnance d'exécution ».

La Cour de cassation a mis en œuvre l'exception d'ordre public à l'égard de la condamnation aux intérêts moratoires de 8% qu'elle a baissée à 5%, taux légal prévu par l'article 226 du Code civil égyptien pour les matières commerciales. Le seul mérite de cette décision est d'avoir consacré le principe de l'*exequatur* partiel qu'il convient d'appliquer lorsque la partie de la sentence qui viole l'ordre public est détachable du reste de la sentence<sup>39</sup>. Ce principe assure l'efficacité intégrale de la partie de la sentence qui ne viole pas l'ordre public du *for*. Néanmoins, la solution adoptée reste critiquable. En effet, le taux de 5% appliqué par la Cour régulatrice n'est pas une règle impérative en droit interne : le taux maximal des intérêts conventionnels est de 7% en vertu de l'article 227 du Code civil égyptien. Reste à savoir si ce taux maximal de 7% relève de l'ordre public en droit international privé égyptien. En l'espèce, l'objet du contrat litigieux était la fourniture par *Harbottles* à la société égyptienne de 25 mille tonnes de charbon américain. Le droit applicable au fond du litige était le droit anglais. La monnaie de paiement était le dollar américain. Ainsi, le taux d'intérêt maximal fixé par le droit égyptien n'avait lieu à s'appliquer, nous semble-t-il, qu'aux paiements effectués en livres égyptiennes si le lieu de paiement avait été l'Égypte. A défaut, le juge égyptien devrait faire preuve d'ouverture envers les normes étrangères et les accords des parties fixant les taux d'intérêts moratoires même lorsque ceux-ci excèdent le taux maximal de 7% fixé par le Code civil égyptien. La seule limite à cette solution serait pour les juges égyptiens d'ériger un concept de l'ordre public international égyptien qui modérerait les taux excessivement élevés dans les cas où les lois de police égyptienne ne seraient pas applicables. Il s'agit

<sup>38</sup>Cass. civ. ég. 21 mai 1990, *Harbottles Ltd. c/ sté égyptienne pour le commerce extérieur*, inédit.

<sup>39</sup> Dans ce sens, v. art. 1 (h) de la « Résolution de l'Association du droit international sur l'ordre public en tant que barrière à l'exécution des sentences arbitrales internationales », *Rev. arb.*, 2002.1066, et leur présentation par P. Mayer, p. 1061 ; v. aussi, P. Mayer et A. Sheppard, « Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Award », *Arb. Int'l*, 2003, Vol. 19, n° 2, p. 249, spéc/ p. 258 ; v. aussi, Paris, 30 septembre 1993, *Sté European Gas Turbines SA c/ sté Westman International Ltd*, *Rev. arb.*, 1994.359, où il a été décidé que « les manœuvres frauduleuses accomplies par l'une des parties au cours de la procédure arbitrale ayant déterminé pour partie la décision des arbitres entraînent par contrariété à l'ordre public international français l'annulation partielle de la sentence ».

notamment du cas où la monnaie de paiement est une devise étrangère. Si le taux LIBOR pour le dollar américain était de 8 %, un tel taux ne doit être considéré comme contraire à l'ordre public égyptien en droit de l'arbitrage international, dès lors que ce taux n'irait pas au-delà de la réparation intégrale du *lucrum cessans*<sup>40</sup>.

Sous l'empire de la loi sur l'arbitrage de 1994, l'attitude des juges égyptiens à l'égard des intérêts moratoires est devenue plus nuancée. La grande majorité des juges appliquèrent la notion d'ordre public de manière objective et firent preuve de libéralisme. Cette attitude libérale s'inscrit d'une part, dans la tendance législative de dérogation, en matière commerciale<sup>41</sup> et bancaire, aux dispositions des articles 226 et 227 du Code civil<sup>42</sup> et d'autre part, la politique de faveur envers l'arbitrage qui s'est concrétisée par la promulgation de la loi sur l'arbitrage de 1994.

Ainsi, à l'occasion d'une procédure d'*exequatur* d'une sentence arbitrale ayant condamné la défenderesse à verser à la demanderesse un montant en dollar américain ainsi que des intérêts moratoires à un taux de 5%, le Président du Tribunal du Sud du Caire ordonna l'*exequatur* de la sentence. La partie condamnée interjeta appel devant la Cour d'appel du Caire au motif, *inter alia*, que la sentence violait la règle d'ordre public prévue par l'article 50 (3) du NCC en ce qu'elle l'avait condamnée à des intérêts moratoires à un taux de 5% alors que le taux prévu par la Banque centrale égyptienne pour le dollar américain n'excédait pas 1%. Par un arrêt du 19 novembre 2003<sup>43</sup>, la Cour d'appel du Caire a refusé de suivre cet argument au motif que la demanderesse au recours n'avait pas démontré que le taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale égyptienne était inférieur au taux alloué par le tribunal arbitral. Elle a ajouté que le taux maximal de 7 % prévu par le Code civil n'était plus d'ordre public en matière commerciale, dès lors que les parties pouvaient y déroger dans la limite du taux fixé par la Banque centrale égyptienne en vertu de l'article 50 (3) du NCC, ne serait-ce que dans les deux cas prévus par l'article 50 (1) et (2). Cependant, cette solution si libérale qu'elle soit, semble confondre le champ d'application de l'article 227 du Code civil<sup>44</sup> et celui de l'article 50 (3) du NCC.

Par ailleurs, ainsi que cela a été expliqué dans la chronique de 2004, la Cour d'appel du Caire a rendu en la matière une décision assez malencontreuse. Dans l'affaire ayant donné lieu à cette décision, un litige avait opposé une société égyptienne du secteur public à deux sociétés allemandes et une société autrichienne. Ces dernières ont mis en œuvre la clause compromissoire qui prévoyait le recours à un arbitrage CCI. Le droit égyptien était applicable au fond du litige. Néanmoins, la sentence a calculé les intérêts sur la base du taux LIBOR + 3% pour le Deutsch Mark qui était la monnaie de paiement<sup>45</sup>. La partie égyptienne a exercé un recours en annulation contre la sentence devant la Cour d'appel du Caire. Elle a soutenu qu'en calculant les intérêts sur la base du taux LIBOR et non pas l'article 226 du Code civil égyptien, la sentence a écarté le droit choisi par les parties pour régir le fond du litige et a ainsi violé l'article 53 (1) (d) de la loi égyptienne sur l'arbitrage ainsi que l'ordre public égyptien. Par arrêt du 30 juillet 2001<sup>46</sup>, la Cour d'appel du Caire a annulé l'intégralité de la sentence.

Cet arrêt est très critiquable. M<sup>lle</sup> Najjar<sup>47</sup> l'a assimilé aux positions radicales du droit saoudien qui considère tout intérêt moratoire comme une manifestation de l'usure prohibée par l'Islam<sup>48</sup>. Le juge, en tant que gardien de l'ordre public, ne doit pas y substituer ses opinions subjectives sur la justice sociale, ou *a fortiori* sur la portée d'une règle religieuse. Au contraire, il doit objectivement appliquer une doctrine générale reflétant les principes fondamentaux de la communauté dans son ensemble<sup>49</sup>.

Il convient de faire le point sur la suite du litige.<sup>50</sup> La société autrichienne *Andritz* s'est pourvue en cassation. Par un arrêt du 25 janvier 2007, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif que « l'arrêt attaqué a annulé l'intégralité de la sentence arbitrale pour contrariété à l'ordre public égyptien lorsqu'elle a alloué des intérêts excédant le taux maximal prévu par l'article 227 du Code civil sans préciser le montant du taux LIBOR + 3 % et sans vérifier s'il excédait ou non le taux maximal prévu légalement afin de pouvoir affirmer qu'il contrevient à l'ordre public égyptien »<sup>51</sup>. Elle a également reproché à l'arrêt attaqué d'avoir annulé l'intégralité de la sentence alors que l'annulation partielle au nom de l'ordre public était possible. L'arrêt reconnaît implicitement que les intérêts moratoires alloués par les sentences arbitrales

<sup>40</sup> Sur cette question v. I. Selim, *L'ordre public international* in favorem arbitrandum, *étude de droit comparé*, op. cit., n° 204.

<sup>41</sup> Depuis l'entrée en vigueur du Nouveau Code de Commerce en 1999, l'article 50 (3) prévoit que, pour certaines matières commerciales, le taux d'intérêt est celui pratiqué par la Banque Centrale égyptienne. Cependant, il ne s'applique qu'aux deux cas prévus par les alinéas (1) et (2) de l'article 50, à savoir, respectivement : (1) « les prêts détenus par le commerçant ayant trait à ses affaires commerciales » et (2) « le métier du commerçant requiert le paiement de montants ou dépenses pour le compte de ses clients ».

<sup>42</sup> V. aussi A. El-Kosheri, « Panorama de jurisprudence égyptienne », préc., p. 3067.

<sup>43</sup> Le Caire, ch. n° 41, 19 novembre 2003, n° 4496/7, inédit, cité par R. E. Abdelhamid et Kh. H. Abdelrahman, « Le taux d'intérêt dans les transactions commerciales entre le Code civil et le Code du commerce », in *Quelques problèmes d'ordre pratique dans l'application du Code du commerce n°17 de l'année 1999*, Le Caire, Dar Al-Nahda Alarabia, 2004, pp. 151-164.

<sup>44</sup> Cet article 227 plafonne les intérêts moratoires en matière civile et commerciale à 7 %.

<sup>45</sup> Sentence CCI n° 9928, inédite.

<sup>46</sup> Le Caire, ch. n° 64, com., 30 juillet 2001, n° 15/117, *Sté Nationale du Ciment c/ sté Deutsche Babcock et autres, RLAAI*, n° 26, p. 73 ; adde Ph. Leboulanger et H. Slim, Chron. jurisprudence égyptienne, *Rev. arb.*, 2004, spéc/ p. 967.

<sup>47</sup> N. Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 352 et 353, n° 737.

<sup>48</sup> *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, op. cit., p. 350, n° 732 ; v. aussi sentence finale rendue à Dammam en Arabie saoudite, le 20 novembre 1987, *Y.B. Com. Arb.*, 1989, p. 47.

<sup>49</sup> *Recueil des travaux préparatoires du Code civil* (égyptien), p. 223, cité par A. Al-Sanhouri, *Al-Wassit-Traité de droit civil*, t. I, op. cit., p. 327, n° 228, note n° 1.

<sup>50</sup> Sur ce point, v. Chronique de jurisprudence étrangère, D. Hussein, I. Selim et S. El Sawah, op. cit. p. 220 et 221.

<sup>51</sup> Cass. civ. ég., 25 janvier 2007, n° 810/71, *Sté Andritz c/ sté Nationale du Ciment & autres, Journal de l'arbitrage arabe*, juin 2008, n° 11, p. 221.

internationales sont conformes à l'ordre public égyptien tant qu'ils n'excèdent pas le taux d'intérêt maximal prévu par l'article 227 du Code civil égyptien. Cet arrêt est certes moins critique que l'arrêt d'appel attaqué. Cependant, il consacre implicitement le taux maximal de 7% prévu par l'article 227 du Code civil en tant que règle internationalement impérative. Il aurait été souhaitable que le taux LIBOR sur une devise étrangère soit toléré par l'ordre public égyptien, ne serait-ce qu'en matière internationale.

Dans une autre affaire qui opposa le propriétaire de l'hôtel Zoser à son gestionnaire espagnol, le Tribunal arbitral a, par sentence rendue le 26 juillet 2004<sup>52</sup>, 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 alors exercé un recours en annulation en 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. Par un arrêt du 30 mai 2005<sup>53</sup>, la Cour d'appel du Caire a rejeté ce grief. Sa motivation fut abondante. Elle souligna, à juste titre, 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 donc soutenu 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 au fond 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. Elle jugea que, « *s'agissant des intérêts conventionnels, le législateur leur a fixé un seuil maximal dans l'article 227 du Code civil ; la jurisprudence constante considère ce seuil comme étant d'ordre public et annule tout excès allant au-delà ; cependant, depuis la moitié des années 70 du siècle dernier, l'opinion quant à l'appartenance du taux d'intérêts en matière commerciale 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 88 de l'année 2003 ont permis aux banques de déroger aux dispositions de l'article 227 du Code civil. Elle a expliqué que la libéralisation des taux d'intérêts en matière de crédits bancaires s'est étendue aux prêts conclus par les commerçants en ce qui concerne leurs transactions commerciales (art. 50 (3) NCC). Elle a conclu que, « *le regard du législateur vis-à-vis du seuil maximal des taux d'intérêts en matière commerciale a changé. Le taux d'intérêt en matière commerciale ne relève plus de l'ordre public ; 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 ; car il n'est pas logique qu'un débiteur tarde à s'acquitter de sa dette commerciale tout en conservant le taux de 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 porter gravement préjudice à l'activité commerciale dans la société entière. En conséquence, 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* ».

La solution de cet arrêt quoique favorable à l'efficacité des sentences arbitrales, semble confondre le champ d'application de l'article 227 du Code civil (qui prévoit un taux d'intérêt maximal de 7 %) et celui de l'article 50 (3) du Nouveau Code de Commerce. Certes, le taux prévu par l'article 50 (3) NCC ne s'applique qu'à deux cas limitativement prévus par la loi, d'une part, « *les prêts détenus par le commerçant ayant trait à ses affaires commerciales* » et, d'autre part, « *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 au taux maximal d'intérêts 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.

Le propriétaire de l'hôtel Zosers s'est pourvu en cassation en soutenant, *inter alia*, que la sentence l'ayant condamné à verser des intérêts moratoires au taux d'intérêts pratiqué par la Banque centrale égyptienne en vertu de l'article 50 (3) NCC violait la règle d'ordre public qui soumet les intérêts moratoires aux taux prévus par le Code civil. Par arrêt du 22 mars 2011<sup>54</sup>, la Cour de cassation a jugé que la violation d'une règle impérative n'est pas une cause d'annulation de la sentence pour contrariété à l'ordre public au sens de l'article 53 (2) de la loi sur l'arbitrage. Elle a ajouté que la Cour d'appel du Caire a confondu 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 : d'une part, les intérêts *compensatoires* préalablement consentis par le débiteur en contrepartie de sa jouissance d'une somme d'argent jusqu'à la date d'échéance, et d'autre part, les intérêts *moratoires* qui s'imposent au débiteur qui n'honore pas sa dette à la date d'échéance. Selon la Cour, les intérêts prévus par l'article 50 (3) du NCC sont uniquement des intérêts *compensatoires* qui s'appliquent aux sommes prêtées aux débiteurs, qu'ils doivent restituer à la date d'échéance ; ils ne s'appliquent pas en cas de retard de paiement. Dans ce dernier cas, s'appliquent plutôt des intérêts *moratoires*, lesquels ne peuvent excéder le taux maximal de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil, ce taux étant d'ordre public en Egypte. La Cour de cassation a enfin

<sup>52</sup> Sentence CRCACI, 26 juillet 2004, n°345/2003, *Sté Partner & N c/ Farouk Nakhla*, inédite.

<sup>53</sup> Le Caire, 30 mai 2005, n° 108 et 111/121, *Farouk Nakhla c/ Sté Partner & N*, inédit.

<sup>54</sup> Cass. civ. ég., 22 mars 2011, *Zoser c/ Sté Partner and In & autre*, n°12790/69, inédit.

élargi l'étendue du contrôle judiciaire du respect par les arbitres des règles d'ordre public relatives aux intérêts moratoires dans les termes suivants :

« *attendu que [...] la sentence arbitrale a condamné le requérant 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 elle comporte une violation de l'ordre public ; en refusant d'annuler la sentence arbitrale au motif que le taux d'intérêt en matière commerciale n'est plus d'ordre public, en jugeant que le recours contre la sentence pour ce motif sort du domaine de l'action en annulation et en s'abstenant 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* ».

Cet arrêt a le mérite de la clarté puisqu'il trace les frontières entre les intérêts *compensatoires* et les intérêts *moratoires*, d'une part, et entre le champ d'application des articles 226 et 227 du Code civil égyptien et celui de l'article 50 (3) du NCC, d'autre part. De même, il semble affirmer dans son dernier motif que le contrôle de la conformité des intérêts alloués par la sentence à l'ordre public égyptien ne constitue pas une révision au fond et ne doit pas se confondre avec celle-ci. Cependant, il est difficile d'admettre, comme la Cour semble le consacrer dans son dernier motif, que le taux légal de 5% prévu par l'article 226 du Code civil soit un taux maximal et d'ordre public. En effet, la Cour de cassation déclare de manière constante<sup>55</sup>, comme elle l'a d'ailleurs affirmé dans la même décision ici commentée, que c'est le taux maximal d'intérêt conventionnel de 7 % prévu par l'article 227 du Code civil qui est érigé en règle d'ordre public égyptien.

#### 6) La fraude par l'arbitrage

La fraude par l'arbitrage fut souvent le fondement de l'annulation des sentences arbitrales pour contrariété à l'ordre public égyptien. L'affaire suivante peut être citée à titre d'exemple. Un vendeur voulait se désengager de ses obligations à l'égard de ses trente acheteurs. Il conclut alors un compromis d'arbitrage avec son mandataire qui avait signé les contrats de vente en cette qualité. Le vendeur a simulé une notification des trente acheteurs les invitant à participer à la procédure arbitrale. Aucun des acheteurs n'a réellement pris connaissance de cette procédure arbitrale fictive. L'arbitre unique rendit une sentence annulant les contrats de vente. Un des acheteurs attaqua la sentence devant le juge d'annulation. Par arrêt en date du 30 mai 2006,<sup>56</sup> la Cour d'appel du Caire annula la sentence pour violation de l'ordre public égyptien en

raison de l'illicéité de la cause de la convention d'arbitrage et en application de la maxime *fraus omniacorrumpit*. Elle a jugé que la cause de la convention d'arbitrage était frauduleuse, le recours à l'arbitrage en l'espèce n'ayant eu pour finalité que de contourner les garanties procédurales de notification des parties et de porter atteinte aux droits des tiers à leur insu.

En outre, ainsi que cela a été expliqué plus haut, la jurisprudence égyptienne considère que le recours à l'arbitrage en matière de réalisation des ventes de biens immobiliers constitue une fraude qui vise à violer les règles d'ordre public relatives à la publicité de l'acte introductif d'instance et à éviter le versement des frais judiciaires sur les actions réelles immobilières. L'arbitrage fut aussi dans ces cas un moyen de s'emparer indûment de la propriété immobilière à l'insu du véritable propriétaire.<sup>57</sup>

#### 7) La réouverture des débats en cas de révocation, décès ou démission d'un arbitre

La réouverture des débats en cas de changement de la composition d'une chambre d'une juridiction étatique est une règle d'ordre public de direction. Cette règle trouve sa source dans l'article 167 CPCC<sup>58</sup> et la jurisprudence y afférente, qui exigent que le juge qui participe aux délibérations ait entendu les parties et suivi leurs débats. En cas de révocation, décès ou démission d'un juge, les procédures doivent être renouvelées devant la même chambre dans sa nouvelle composition.<sup>59</sup> Si un juge participe aux délibérations sans avoir participé aux plaidoiries, le jugement est entaché d'une nullité d'ordre public de direction que la Cour de cassation prononce d'office.<sup>60</sup> Pour éviter une telle nullité, la chambre, dans sa nouvelle formation, doit procéder à la réouverture des débats.<sup>61</sup>

La législation égyptienne en matière d'arbitrage ne contient pas de disposition analogue.<sup>62</sup> Toutefois, la jurisprudence égyptienne de contrôle des sentences arbitrales semble réitérer les règles prévues à l'article 167 CPCC. A cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel du Caire du 27 décembre 2006<sup>63</sup> mérite d'être cité. En l'espèce, le litige est né de deux contrats d'approvisionnement conclus entre une compagnie égyptienne, sous-traitante, et une compagnie roumaine, entrepreneur principal, à l'occasion de l'exécution d'un projet de construction d'une usine de ciment. Suite à un différend entre les deux cocontractants, la partie

<sup>57</sup> Le Caire 30 mai 2006, préc.

<sup>58</sup> L'article 167 CPCC énonce qu'« il n'est permis de participer aux délibérations qu'aux juges ayant entendu la plaidoirie sous peine de nullité du jugement ».

<sup>59</sup> Cass. civ. ég., 22 janvier 1970, n°339/35, *Bull. tech.*, t. 21 p. 149 ; Cass. civ. ég., 22 janvier 1970, n° 440/35, *Bull. tech.*, t. 21, p. 159.

<sup>60</sup> Cass. civ. ég., 27 avril 2004, n° 919/72, inédit.

<sup>61</sup> Cass. civ. ég., 19 novembre 1975, n° 19/43, *Bull. tech.*, t. 26, p. 1453.

<sup>62</sup> L'article 21 de la Loi de 1994 se borne à préciser que « si la mission de l'arbitre a pris fin par une décision de récusation ou de révocation ou par sa démission ou toute autre cause, son remplaçant sera choisi selon la procédure prévue pour le choix d'un arbitre dont la mission a pris fin ».

<sup>63</sup> Le Caire. 27 décembre 2006, ch. com. n° 91, *Sté Alobour pour le développement et la construction c/ Sté Uzin Export*, inédit.

<sup>55</sup> Cass. civ. ég., 9 mai 1940, n°49/9 ; Cass. civ. ég., 17 mai 1945, n° 91 et 96/14 ; Cass. civ. ég., 21 mai 1953, n° 190/20, cité par A. Dessouki, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile*, 3<sup>e</sup>, t. 2, p. 415, n° 1284, 1285 et 1289 ; Cass. civ. ég., 16 février 1956, n° 270/22, *Bull. tech.*, t. 7, p. 241.

<sup>56</sup> Le Caire, ch. com. n° 91, 30 mai 2006, *Emad Al-Dine Mahmoud c/ Sté MODCO SID & autres*, n° 95/122, *Journal de l'arbitrage arabe*, 2006, n° 9, chron. H Mostapha Fathi.

roumaine a saisi le CRCACI conformément aux clauses compromissaires insérées dans les deux contrats. Le siège de l'arbitrage était en Egypte et le tribunal arbitral était composé de trois arbitres. L'arbitre nommé par la partie égyptienne a démissionné après la clôture de l'instance arbitrale ; il fut remplacé par un autre arbitre. L'article 14 (2) du Règlement d'arbitrage CRCACI de 2007 (alors en vigueur)<sup>64</sup> n'exigeait pas la réouverture des débats en cas de démission d'un des membres du tribunal arbitral. En conséquence, le tribunal arbitral n'a pas procédé à la réouverture des débats et a rendu sa sentence le 16 septembre 2004, laquelle fut attaquée par la société égyptienne devant le juge de l'annulation. Cette dernière a soutenu que la sentence avait été rendue en violation de l'ordre public, faute de réouverture des débats après la nomination d'un nouvel arbitre à la suite de la démission de l'arbitre qu'elle avait nommé. Ainsi, le tribunal arbitral aurait dû, conformément à l'article 167 du CPCC, procéder à la réouverture des débats et permettre au nouvel arbitre d'entendre la plaidoirie. La Cour d'appel du Caire lui donna gain de cause et écarta les dispositions du Règlement d'arbitrage CRCACI dès lors qu'elles contrevenaient aux règles procédurales impératives du droit égyptien. Selon la Cour, *« si l'arbitrage est un mode exceptionnel de règlement des différends constituant une dérogation aux voies judiciaires normales et aux règles de procédure applicables auprès des juridictions, cette dérogation ne concerne pas les principes fondamentaux du procès. Ainsi, l'arbitre est tenu de respecter les fondements du système judiciaire et les principes généraux du droit de procédure, de sauvegarder les droits de la défense, de traiter les parties à pied d'égalité, de ne pas entreprendre une procédure à l'insu des parties ou de l'une d'entre elles [...] même si ces principes fondamentaux du procès ne sont pas [tous] mentionnés par la loi sur l'arbitrage n°27 de l'année 1994 en tant que droit commun de l'arbitrage en matière civile et commerciale en Egypte ou par les règlements d'arbitrage des organisations et institutions d'arbitrage. Attendu que la violation par les sentences arbitrales desdits fondements entache ces dernières de nullité absolue. Autrement dit, la sentence est inexistente. Font partie de ces fondements les dispositions de l'article 167 du CPCC qui énonce qu'il n'est permis de participer aux délibérations qu'aux juges ayant entendu la plaidoirie sous peine de nullité du jugement' [...] Cette règle est, selon une jurisprudence constante, une règle impérative du droit de procédure égyptien, en ce qu'elle relève du bon fonctionnement de la justice et de l'ordre public processuel. Il en résulte que cette règle impérative doit être appliquée à la procédure arbitrale dans l'affaire CRCACI n°303/2002 en priorité sur les dispositions procédurales de l'article 14 du Règlement d'arbitrage CRCACI et de l'article 25 de la loi sur l'arbitrage... »*. La Cour d'appel conclut que le nouvel arbitre nommé par la partie égyptienne a participé aux délibérations sans avoir entendu les plaidoiries orales et que la sentence était donc nulle dès lors qu'elle comportait une violation de l'ordre public en République arabe d'Egypte au sens de l'article 53 (2) de la Loi sur l'arbitrage n°27 de l'année 1994.

<sup>64</sup> Un nouveau Règlement d'arbitrage CRCACI est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2011 à la suite de la modification du Règlement d'arbitrage CNUDCI.

Cette jurisprudence tend à faire respecter le contradictoire et le principe de collégialité<sup>65</sup>. Un des arbitres qui a délibéré n'a pas entendu des plaidoiries orales. Il n'a donc pas pris connaissance de certains éléments de la défense des parties. Néanmoins, il existe d'autres approches beaucoup plus libérales comme les articles 12 (4) et (5) du Règlement CCI de 1998 qui autorisent dans ces cas les tribunaux tronqués.<sup>66</sup> La lecture de l'arrêt de la Cour d'appel du Caire laisse présager que la règle est d'ordre public de direction. La demanderesse au recours en annulation avait la possibilité de demander au tribunal arbitral dans sa nouvelle formation de procéder à la réouverture des débats mais elle ne l'a pas fait. Afin d'éviter les procédures dilatoires nuisibles à l'arbitrage, nous estimons que la réouverture des débats en cas de changement d'un arbitre doit être uniquement une règle d'ordre public de protection, ne serait-ce qu'en matière internationale.

La solution de cet arrêt diverge de celle d'un autre arrêt rendu à quelques jours près par la même chambre qui avait refusé l'annulation de la sentence au motif que la réouverture des débats en cas de changement d'un arbitre suite à leur clôture relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.<sup>67</sup>

Enfin, par un arrêt du 7 septembre 2011, la Cour d'appel du Caire<sup>68</sup> a adopté une solution tout à fait originale. Elle a considéré que la démission d'un arbitre après la clôture des débats signifiait que cet arbitre était dissident et refusait de signer la sentence. Afin d'éviter les manœuvres dilatoires visées par l'arbitre démissionnaire, il n'est pas nécessaire, nous semble-t-il, de nommer un nouvel arbitre ni de procéder à la réouverture des débats. Certes, un arbitre qui démissionne après avoir délibéré et connu l'avis de la majorité est de mauvaise foi. Cet arrêt récent ouvre donc la voie à l'arbitrage tronqué.

Cette divergence des différents juges caiotes incite la Cour de cassation à se prononcer sur la question. A cet égard, l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 2014 a mis fin à cette divergence en érigeant l'exigence de procéder à la réouverture des débats en règle d'ordre public dont la méconnaissance engendrerait l'annulation de la sentence<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Pour une référence expresse au principe de collégialité, v. Le Caire, 9 mars 2011, *Journal de l'arbitrage arabe*, juin 2011, n° 13, p. 195.

<sup>66</sup> L'article 12 du Règlement d'arbitrage CCI de 1998 énonçait dans ses alinéas 4) et 5) qu'« en cas de remplacement d'un arbitre [...], le tribunal décidera, après avoir invité les parties à soumettre leur observations, si et dans quelle mesure la procédure antérieure sera reprise. Après la clôture des débats, plutôt que de remplacer un arbitre décédé ou destitué par la Cour en application de l'article 12 paragraphes 1 et 2, la Cour peut décider, quand elle l'estime approprié, que les arbitres restant continueront l'arbitrage. Pour se décider, la Cour tient compte des observations des arbitres restant et des parties et de tout autre élément qu'elle considère pertinent dans les circonstances ».

<sup>67</sup> Le Caire, 22 novembre 2003, Ch. com., n°91, n° 26/120, *Sté EGOTH c/ stéStep Holding*, inédit.

<sup>68</sup> Le Caire, 7 septembre 2011, n° 67/124, inédit.

<sup>69</sup> Pourvoi n° 4083/77, inédit

### *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*

#### **Vincent HEUZE**

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

#### **Philippe NEAU-LEDUC †**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

#### **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 Paris 1 Panthéon-Sorbonne

#### **Béatrice GUILLAUMIN**

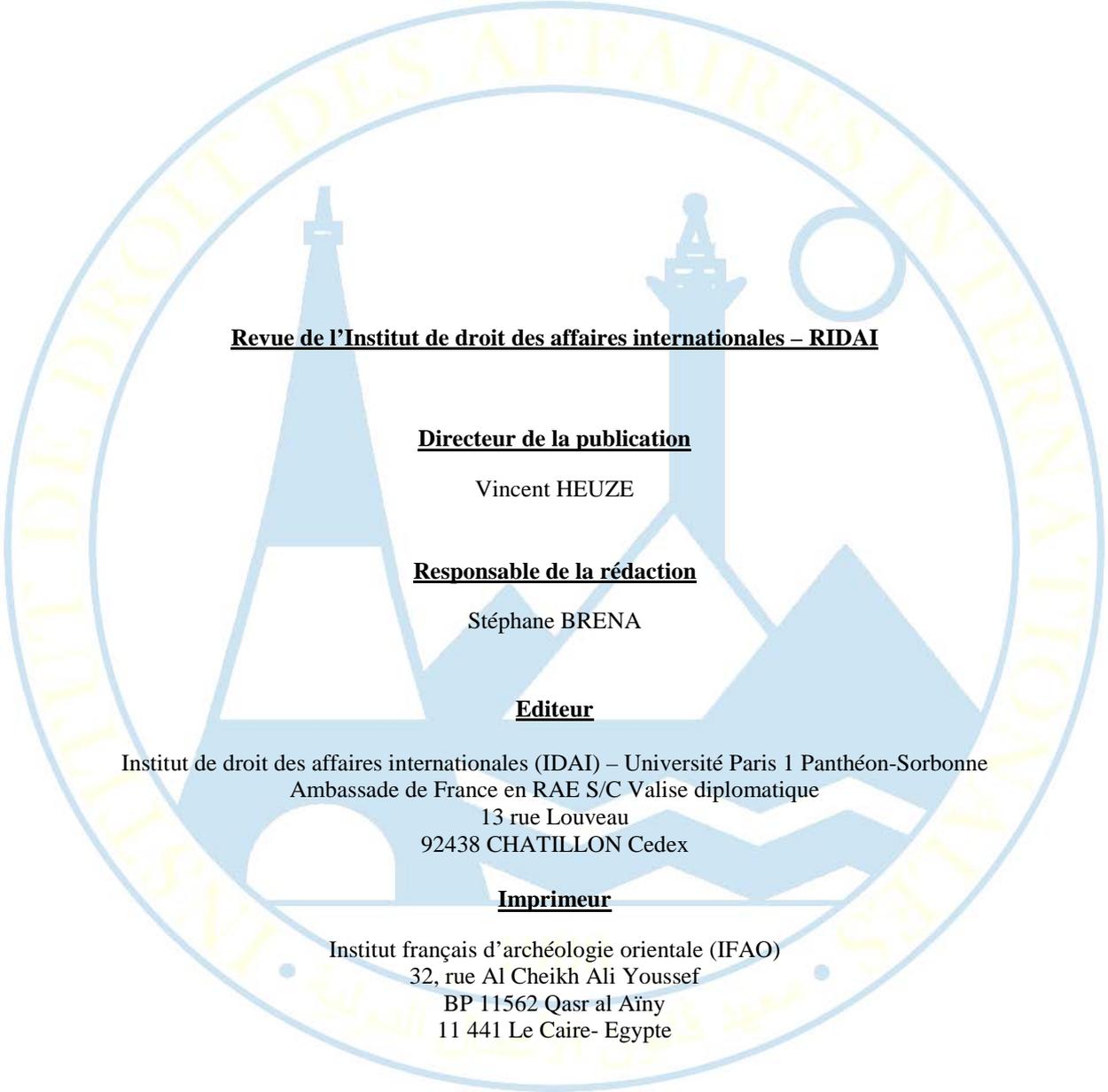
Assistante du Directeur  
Volontaire internationale en administration du MAEDI  
Chargée de cours en droit public

#### **Alaa ABD EL HAFIZ**

ATER Paris 1 Panthéon- Sorbonne – IDAI – Le Caire  
Chargée de cours en droit privé

#### **Albin ANDRIEUX**

Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
ATER Paris 1 Panthéon-Sorbonne – IDAI – Le Caire  
Chargé de cours en droit privé



**Revue de l'Institut de droit des affaires internationales – RIDAI**

**Directeur de la publication**

Vincent HEUZE

**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 Aïny  
11 441 Le Caire- Egypte

**Dépôt légal : février 2016**  
**Publication sans ISSN**

**La RIDAI est GRATUITE**