





*La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit.
Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :*

Université Saint-Esprit de Kaslik
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 651
Fax : +961 9 600 011
Mél. : fdroit@usek.edu.lb
usek.edu.lb

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

Comité scientifique :

Prof. Frank Emmert, Prof. Franck Violet, Prof. Thierry Rambaud, D^r Aref Fakhry,
D^r Céline Baaklini, D^r Reine Daou, D^r Bechara Karam.

La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.

ISSN 1026-3268

© **PUSEK, Kaslik, 2019**

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél. : +961 9 600 275
Fax : +961 9 600 273
Mél. : pusek@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Sommaire

ARTICLES

Catherine Maia

- Le Conseil de sécurité et l'usage de la force : entre puissance et impuissance
militaire 7

Élie Kallas

- Les menaces du blanchiment d'argent: défi d'un système juridique efficace 29

Éric Fongaro

- La notion de couple sous l'angle patrimonial 47

Éric Savaux

- Quelques difficultés majeures de mise en œuvre de la réforme du droit
des contrats 61

Francisco Salvador Barroso Cortés

- The challenge of the non-circulation norms in the management of the Syrian
refugees in Lebanon 89

Pascal Rubellin

- La protection du domicile de l'entrepreneur individuel en droit français 115

Rodny Daou

- Le droit libanais au croisement des civilisations méditerranéennes 129

Rose-Noëlle Schütz

- Le bail entre la réforme du droit commun des contrats et l'avant-projet de
réforme des contrats spéciaux 143

Christian Salameh

الموجّب بين مرتجى التنفيذ وعقبة مرور الزمن وأحكام السجل العقاري ٧

Joseph Rizkallab

تنفيذ قرارات القضاء الإداري: الغرامة الإكراهية ووسائل الإكراه الأخرى ٣١

JURISPRUDENCE

Cour de cassation, Chambre pénale 3, 26/1/2016, n° 2016-36 179

القاضي المنفرد المدني في بيروت الناظر في الدعاوى الإدارية، تاريخ ٢٠١٧/٥/٢٩ ٦٥

القاضي المنفرد المدني في دير القمر الناظر في قضايا الأمور المستعجلة، تاريخ ٢٠١٨/٦/٢٠ ٨٣

القاضي المنفرد المدني في بيروت الناظر في القضايا المالية والتجارية، تاريخ ٢٠١٨/٩/١٩ ٨٩

محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، رقم ٢٠١٨/٣، تاريخ ٢٠١٨/١/٣ ٩٧

محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، رقم ٢٠١٨/٥٩، تاريخ ٢٠١٨/٦/١١ ١٠٣

محكمة التمييز، الغرفة الثالثة الجزائية، قرار رقم ٢٠١٦/٣٦، تاريخ ٢٠١٦/١/٢٦ ١١٧

Le Conseil de sécurité et l'usage de la force : entre puissance et impuissance militaire¹ / The Security Council and the Use of Force: Between Military Power and Powerlessness

Catherine Maia, Professeure à l'Université Lusófona de Porto (Portugal), Professeure visiteuse à Sciences Po Paris (France) et à l'USEK (Liban)

Abstract

The principle of the prohibition of the use of force in international law stems from the central role of the United Nations Security Council as the guardian of world peace within a system of collective security. The lack of United Nations proper forces led the Council to develop the practice of *ad hoc* multilateral coalitions authorized to resort to armed force. Such practice shows the power, but also the military powerlessness in this area of the Security Council which, despite an indispensable global control of military operations, remains closely dependent on the will of States.

1 La présente étude s'inscrit dans la continuité des débats qui ont eu lieu lors du *workshop*, organisé par la Professeure Maria Luísa Duarte à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne le 26 octobre 2016, concernant « L'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* : 30 ans après, la communauté internationale et l'usage de la force ».

Élaborée alors que la Seconde Guerre mondiale – encore plus sanglante que la Première – était en cours, la Charte des Nations Unies a posé la prohibition de tout recours à la force dans les relations interétatiques en des termes généraux allant au-delà du seul recours à la guerre. Conformément à l’objectif de maintien et de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales fixé par l’article 1^{er}, l’article 2, § 4, dispose que : « *Les membres de l’Organisation s’abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l’emploi de la force, soit contre l’intégrité territoriale ou l’indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ». Cette règle, qui met un terme à la reconnaissance d’un droit subjectif à la guerre du modèle westphalien, est la « *pierre angulaire de la Charte des Nations Unies*² ». Elle est étroitement liée à l’obligation corollaire pour les États, déjà précédemment contenue dans le Pacte de la Société des Nations de 1919 et dans le Pacte Briand-Kellogg de 1928, de résoudre pacifiquement leurs litiges. En ce sens, l’article 2, § 3, de la Charte proclame que : « *Les Membres de l’Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger* », ces moyens pacifiques étant indiqués de manière non exhaustive à l’article 33³.

-
- 2 Cour Internationale de Justice, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 déc. 2005, *CIJ Recueil* 2005, § 148. La CIJ a précisé, en 1986, que cette règle avait acquis une nature coutumière [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Recueil* 1986, § 193]. Eu égard à son importance dans la société internationale, la Commission du droit international avait indiqué, lors de ses travaux de codification ayant conduit à l’adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qu’il s’agissait d’un « *exemple frappant d’une règle de droit international qui relève du jus cogens* » (*Ann. CDI* 1966, II, p. 270). Cette position est amplement soutenue en doctrine [N. SCHRIJVER, « Article 2, paragraphe 4 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article* (dir. J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU), *Economica*, 2005, vol. 1, p. 442 ; P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 2002, p. 967].
- 3 L’article 33, qui s’insère dans le chapitre VI de la Charte des Nations Unies consacré au « *Règlement pacifique des différends* » prévoit que : « 1. *Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d’enquête, de médiation, de conciliation, d’arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d’autres moyens pacifiques de leur choix.* 2. *Le Conseil de sécurité, s’il le juge nécessaire, invite les parties à régler leur différend par de tels moyens* ».

Les deux seules exceptions admises sont un usage de la force déployée dans le cadre soit de la légitime défense, individuelle ou collective⁴, récemment invoquée par certains États pour justifier leur action militaire en Syrie contre le groupe terroriste État islamique⁵, soit d'une autorisation du Conseil de sécurité⁶. Organe de l'ONU sur lequel repose « *la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales*⁷ », il revient au Conseil de sécurité, en vertu du chapitre VII de la Charte qui pose les jalons du système de sécurité collective et publique, de constater l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et de décider quelles mesures devront être prises – impliquant ou non l'usage de la force armée – en vue de maintenir ou rétablir la paix mondiale⁸.

Face à l'impossibilité de mettre en place le mécanisme initialement prévu d'une force militaire permanente qui aurait permis à l'organe détenteur du monopole de la force publique internationale de disposer d'un bras armé⁹, celui-ci a su faire preuve d'inventivité depuis la fin de la Guerre

4 Charte des Nations Unies, article 51.

5 V. notamment : O. CORTEN, « L'argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l'«État islamique» en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *Revue belge de droit international* 2016, vol. 49, p. 31-68 ; P. URS, « The role of the Security Council in the use of force against the 'Islamic State' », *Max Planck yearbook of United Nations law* 2015, vol. 19, p. 65-99.

6 V. notamment : J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de direito internacional público*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 774 et s. ; P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, p. 993 et s.

7 Charte des Nations Unies, article 24.

8 Si l'ordre des dispositions contenues dans la Charte des Nations Unies, notamment l'articulation des chapitres VI et VII entre coercition économique et coercition militaire, suggère l'idée d'une progressivité des mesures prises par le Conseil de sécurité, ce dernier demeure libre de décider discrétionnairement l'adoption de mesures graduées ou non. V. notamment sur ce point D. BONDÍA GARCÍA, « Quelques réflexions théoriques à propos de la progressivité dans l'adoption de mesures pour donner effet aux décisions du Conseil de sécurité : des sanctions économiques au recours à la force », in *Droit, liberté, paix, développement. Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, Pedone, 2011, p. 210 et s.

9 Jusqu'à aujourd'hui, les dispositions de l'article 43 de la Charte des Nations Unies sont restées lettre morte. Selon cet article : « *Tous les membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales* » (§ 1). L'objectif était d'accorder au Conseil de sécurité la possibilité d'agir de manière efficace en ayant à tout moment des forces militaires à sa disposition.

Froide à travers une exploitation extensive de ses pouvoirs implicites¹⁰. Le Conseil de sécurité a ainsi autorisé, sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹¹, des coalitions *ad hoc* d'États membres de l'Organisation, voire des États agissant seuls, à prendre « *toutes les mesures nécessaires*¹² » pour atteindre certains objectifs plus ou moins clairement définis, en vue du maintien, du rétablissement ou de l'imposition de la paix dans le monde. Cette technique de délégation s'est durablement inscrite dans la pratique internationale¹³. À la confluence de la tension dialectique traversant le droit international contemporain cristallisée¹⁴,

10 La théorie des « *pouvoirs implicites* », sur laquelle repose la pratique du Conseil de sécurité consistant à autoriser le recours à la force, est acceptée depuis longtemps par la CIJ. V., à cet égard, son avis concernant les opérations de maintien de la paix de l'ONU, *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juill. 1962, *CIJ Recueil* 1962, p. 167-168.

11 Si quelques doutes concernant la licéité des opérations autorisées sur la base du chapitre VII ont pu être exprimés au début des années 1990, à une époque où la pratique en était encore à ses balbutiements, depuis lors, les résolutions du Conseil de sécurité accordant une autorisation expresse et *ex ante* de recourir à la force armée sont fréquemment adoptées à une large majorité, les États invoquant principalement des raisons politiques pour justifier leur vote contre ou leur abstention. V. sur cette question, N. BLOKKER, « Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by "coalitions of the able and willing" », in *Law on the use of force and armed conflict* (éd. R. CRYER et C. HENDERSON), Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, p. 162-189.

12 Bien que la formulation exacte de l'autorisation diffère d'une résolution à l'autre, l'expression « *toutes les mesures nécessaires* », qui englobe la menace et l'emploi de la coercition militaire, est très largement utilisée dans la grande majorité des résolutions pertinentes. V. : L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *Recueil de l'Académie de droit international de La Haye* 2009, vol. 339, p. 29, note 20.

13 V. notamment : *Le recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité : droit et responsabilité* (dir. K. BANNELIER et C. PISON), Pedone, 2014 ; A. NOVOSSELOFF, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée : dialectique du politique et du militaire en matière de paix et de sécurité internationales*, Bruylant, 2003. V. également la Résolution de 2007 de l'Institut de droit international sur les « *Problèmes actuels du recours à la force en droit international* ».

14 Au-delà des particularités de chacune d'entre elles, « *toutes ces opérations se situent à mi-chemin entre la coercition militaire institutionnalisée – telle que prévue par les rédacteurs de la Charte – et le recours décentralisé à la force armée* » (L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme », p. 37), ce qui en fait « *un compromis acceptable entre la paralysie et l'impuissance d'une part, l'unilatéralisme sauvage d'autre part* » (A. PELLET, « Le recours à la force, le droit et la légitimité : notes sur les problèmes posés par le principe du recours à la force armée en cas de carence du Conseil de sécurité »,

d'un côté, par le multilatéralisme, avec notamment une prolifération des juridictions internationales ou internationalisées¹⁵, d'un autre côté, par l'unilatéralisme, avec notamment des réactions individualistes aux menaces terroristes accrues depuis le 11 septembre 2001¹⁶, cette pratique illustre tout à la fois la puissance et l'impuissance militaire de ce « *gendarme du monde* » étroitement dépendant des États (paragraphe 1), mais sur lesquels il exerce un indispensable contrôle (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Entre puissance et impuissance militaire du Conseil de sécurité dans son étroite dépendance des États

La pratique des résolutions du Conseil de sécurité autorisant l'usage de la force au cas par cas aux États membres, bien que non prévue explicitement par la Charte des Nations Unies, est ancienne. Elle débute dès la période de la Guerre Froide, encore que les exemples soient alors très limités en raison de la fréquente paralysie dans laquelle l'usage du droit de veto plonge

in Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag, Nomos, 2008, p. 254-255).

- 15 Sur ce phénomène en général, V. Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003.
- 16 Sur la résurgence du concept de « *juste cause* », qui renvoie à la vieille théorie de la « *guerre juste* », et la notion de recours « *préventif* » à la force en cas de menace latente ou non imminente, V. parmi une abondante littérature : G. J. ARIAS, « ¿Están las reglas del derecho a la legítima defensa obsoletas para solucionar conflictos actuales como ataques de agentes no-estatales y ciberataques? », *Revista tribuna internacional* 2017, vol. 6, p. 1-19 ; R. VAN STEENBERGHE, “State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate”, *Journal on the use of force and international law* 2015, vol. 2, p. 81-96 ; D. AKANDE et T. LIEFLÄNDER, “Clarifying, necessity, imminence, and proportionality in the law of self-defense”, *American journal of international law* 2013, vol. 107, p. 563-570 ; J. C. YOO, *Point of attack: preventive war, international law, and global welfare*, Oxford University Press, 2014 ; *The ethics of preventive war* (éd. D. K. CHATTERJEE), Cambridge University Press, 2013 ; T. WAISBERG, *War on terror and the new international order: shaping international law use of force discourse at the 21st century*, CreateSpace, 2012 ; A. COLONOMOS, *Le pari de la guerre : guerre préventive, guerre juste ?*, Denoël, 2009 ; R. KOLB, “Self-defence and preventive war at the beginning of the millenium”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2004, vol. 59, p. 111-134. Les évolutions factuelles et conceptuelles observées ces dernières années en droit international ont parfois induit chez quelques auteurs, minoritaires, l'idée d'une impossible domestication de la violence par le droit, d'où découle une contestation de la positivité actuelle du principe d'interdiction du recours à la force armée (M. J. GLENNON, “Why the Security Council failed”, *Foreign affairs* 2003, vol. 82, p. 16-35).

le Conseil de sécurité. On peut néanmoins mentionner le conflit coréen, en 1950¹⁷, ainsi que le blocus de la Rhodésie du Sud, en 1966¹⁸. La fin de la Guerre Froide, en permettant lors de la crise du Golfe une réaction immédiate et décisive du Conseil de sécurité, symbolisée par l'adoption de la fameuse Résolution 678 (1990), avait suscité l'espoir d'un renouveau du système de la sécurité collective plus conforme à la lettre de la Charte onusienne. Cet espoir a toutefois rapidement été déçu du fait de l'opposition des États, spécialement des membres permanents, à tout contrôle direct du Conseil de sécurité ou du Comité d'état-major des Nations Unies¹⁹. Depuis lors, les opérations militaires autorisées, évoluant empiriquement en fonction des besoins circonstanciels de chaque cas d'espèce, se sont banalisées. Devenues un élément essentiel de la pratique du Conseil de sécurité, ces opérations militaires mettent en lumière son impuissance militaire, d'une part, en raison de l'absence de forces militaires onusiennes (A), d'autre part, en raison du fondement volontaire de la participation des États aux opérations militaires autorisées (B).

-
- 17 V. Conseil de sécurité, Résolution 83 (1950) du 27 juin 1950 et Résolution 84 (1950) du 7 juill. 1950. Concernant le cas de la Corée, V. notamment M.-F. LABOUZ, *L'Organisation des Nations Unies et la Corée : recherches sur la fiction en droit international public*, Publications Universitaires de Paris, 1980.
- 18 V. Conseil de sécurité, Résolution 221 (1966) du 9 avr. 1966. Concernant le cas de la Rhodésie du Sud, V. notamment : V. GOWLLAND-DEBBAS, *Collective responses to illegal acts in international law: United Nations action in the question of Southern Rhodesia*, Nijhoff, 1990 ; P. M. EISEMANN, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pedone, 1972.
- 19 Article 47 de la Charte des Nations Unies : « 1. Il est établi un Comité d'état-major chargé de conseiller et d'assister le Conseil de sécurité pour tout ce qui concerne les moyens d'ordre militaire nécessaires au Conseil pour maintenir la paix et la sécurité internationales, l'emploi et le commandement des forces mises à sa disposition, la réglementation des armements et le désarmement éventuel. 2. Le Comité d'état-major se compose des chefs d'état-major des membres permanents du Conseil de sécurité ou de leurs représentants. Il convie tout membre des Nations Unies qui n'est pas représenté au Comité d'une façon permanente à s'associer à lui, lorsque la participation de ce membre à ses travaux lui est nécessaire pour la bonne exécution de sa tâche. 3. Le Comité d'état-major est responsable, sous l'autorité du Conseil de sécurité, de la direction stratégique de toutes forces armées mises à la disposition du Conseil. Les questions relatives au commandement de ces forces seront réglées ultérieurement. (...) ». Appelé à jouer un rôle central dans le cadre du système de sécurité collective, ce Comité d'état-major est aujourd'hui constitué par un groupe de conseillers militaires placés auprès des diplomates de leurs Gouvernements respectifs. V. à son propos : A. NOVOSSELOFF, *Le Comité d'état-major des Nations Unies : histoire d'une institution en sommeil*, LGDJ, 2008 ; J. C. MARTINEZ, « Article 47 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article* (dir. J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU), p. 1283-1294 ; B.-O. BRYDE et A. REINISCH, « Article 47 », in *The Charter of the United Nations : a commentary* (éd. B. SIMMA), Oxford University Press, 2002, p. 769-775.

A. Une absence de forces militaires onusiennes

Les dispositions de la Charte des Nations Unies organisent la centralisation du système de sécurité collective. En ce sens, les articles 42 à 48 forment un ensemble dont les dispositions sont indissociablement liées les unes aux autres. Selon l'article 43, il était prévu que : « *Tous les membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales* » (§ 1). Depuis 1945, le refus persistant des États de signer de tels accords spéciaux a conduit à la marginalisation d'une importante partie du chapitre VII de la Charte et, en conséquence, à la nécessité de créer des mécanismes substitutifs au système de sécurité collective initialement envisagé en vue de pallier l'infirmité structurelle du Conseil de sécurité.

D'un côté, se sont développées des opérations de maintien de la paix. Expressément qualifiées d'opérations des Nations Unies²⁰, celles-ci s'insèrent dans le cadre institutionnel de ce qui a été désigné comme le chapitre VI *bis* de la Charte²¹. Ces opérations décidées par le Conseil de sécurité ont pour objectifs d'assurer la sécurité et d'apporter le soutien politique nécessaire à la consolidation de la paix dans des pays en phase de transition, ce qui se traduit sur le terrain par un éventail de tâches multidimensionnelles, menées sous le drapeau de l'ONU et placées sous son commandement direct, et pouvant impliquer, entre autres, la surveillance de l'application d'un cessez-le-feu, le maintien de l'ordre, la protection de la population civile, une assistance

20 Contrairement aux opérations autorisées et exécutées par des forces multinationales *ad hoc*, le rattachement institutionnel des opérations de maintien de la paix à l'ONU découle d'un ensemble de facteurs, qu'il s'agisse de leur qualification, de leur personnel, de l'utilisation du drapeau de l'Organisation, de leur structure de commandement, ainsi que de leur financement qui est intégré dans des dépenses de l'ONU.

21 Nées de la pratique de l'ONU, ces opérations de maintien de la paix ont connu un développement extraordinaire, au point d'être dorénavant l'une des actions les plus importantes de l'Organisation. En fonction de leur mandat, celles-ci se rattachent soit au chapitre VI, soit au chapitre VII de la Charte, voire à un chapitre VI *bis* (inexistant), lorsqu'il existe des éléments mixtes tirés de ces deux chapitres. Comme l'a indiqué Linos-Alexandre SICILIANOS, « *cette approche en souplesse est un reflet fidèle de l'ensemble de la pratique récente très riche du Conseil de sécurité, qui évite systématiquement de rattacher telle ou telle opération à une disposition concrète de la Charte* » (« Entre multilatéralisme et unilatéralisme », p. 123).

humanitaire, le désarmement et la démobilisation des combattants. Les casques bleus qui composent ces opérations rassemblent des militaires mis à disposition de l'ONU par des États membres ainsi que, dans certains cas, des civils œuvrant dans la police ou l'administration. Leur action de prévention des conflits, rétablissement, maintien, voire imposition de la paix doit être guidée par trois principes fondamentaux : le consentement des parties en cause, l'impartialité face aux diverses forces en présence et, en principe, la non-utilisation de la force armée à l'exception du cas de légitime défense. Les plus récentes opérations de maintien de la paix de l'ONU dites de « *troisième génération* » autorisent toutefois un usage de la force en dehors d'une circonstance de légitime défense en vue de l'accomplissement de leur mandat²².

La première force de maintien de la paix des Nations Unies créée en 1948 avait pour mission de surveiller l'application de l'Accord d'armistice entre Israël et ses voisins arabes²³. Depuis cette date, l'ONU a déployé partout dans le monde 71 opérations de maintien de la paix, dont 56 depuis 1988²⁴, la fin de l'affrontement Est-Ouest, dans un contexte d'augmentation des conflits internes et des guerres asymétriques, ayant permis un accroissement spectaculaire de ces opérations avec des succès variables, parfois entachés par des scandales de corruption ou d'abus sexuels²⁵.

D'un autre côté, se sont également développées des opérations militaires autorisées par le Conseil de sécurité, lesquelles, contrairement aux opérations de maintien de la paix conduites sous le drapeau de l'ONU, ne sont pas à proprement parler des opérations des Nations Unies en raison d'importants éléments extra-institutionnels les éloignant de la logique du système centralisateur de sécurité collective prévu par la Charte²⁶. En effet, le système de sécurité collective, tel qu'envisagé dans les articles 42 et suivants de la Charte, se caractérise essentiellement par la concentration

22 V. : O. THIELEN, *Le recours à la force dans les opérations de maintien de la paix contemporaines*, LGDJ, 2013.

23 Organisme des Nations Unies pour la surveillance de la trêve (ONUST).

24 V. le site de l'ONU : <<https://peacekeeping.un.org/en>>.

25 Pour éviter de telles dérives, le Rapport du groupe d'étude sur les opérations de paix de l'ONU de 2000 recommandait de clarifier les mandats, d'adapter les moyens déployés à chaque cas et de coordonner plus étroitement le siège de l'ONU à New York et les forces déployées sur le terrain (doc. ONU A/55/305-S/2000/809, 21 août 2000).

26 V. : L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme », p. 120.

du pouvoir de coercition militaire²⁷. Ainsi, si le Conseil de sécurité, conformément à l'article 41, « *peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les membres des Nations Unies à appliquer ces mesures* », lorsque de telles mesures s'avèrent inadéquates, il peut également, selon l'article 42, passer à l'étape de l'emploi de la force armée en « *entrepren[ant], au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales*²⁸ ». Cette disposition se réfère donc clairement à une action militaire décidée et assumée par le Conseil de sécurité lui-même.

En l'absence de forces militaires onusiennes, une distorsion s'est créée entre la lettre et l'esprit du chapitre VII de la Charte, conduisant le Conseil, pour échapper à l'inaction, à utiliser le palliatif du mécanisme de l'autorisation comme succédané du système de sécurité collective. Ne pouvant agir lui-même, il autorise donc explicitement²⁹ les États, voire des organismes régionaux³⁰, à utiliser la force armée dans le cadre de résolutions

27 À cet égard, la différence est radicale entre la Charte des Nations Unies et le Pacte de la Société des Nations dont l'article 16, § 2, ne permettait au Conseil que de recommander aux États intéressés les mesures militaires à prendre à l'encontre d'un pays recourant à la guerre contrairement à ses engagements découlant du Pacte. Les recommandations du Conseil étant dépourvues de force contraignante, lesdits États demeureraient libres d'apprécier l'opportunité et la nécessité de prendre ces mesures militaires.

28 S'il existe une idée de progressivité dans l'articulation entre les articles 41 et 42, qui se vérifie souvent en pratique (cas de l'Irak lors de la guerre du Golfe en 1990-1991 et d'Haïti en 1993-1994), il est admis que le Conseil de sécurité demeure seul juge de la pertinence d'échelonner sa réaction ou d'autoriser immédiatement le recours à la force lorsque les circonstances l'exigent (cas de l'Albanie en 1997, du Timor oriental en 1999 ou de la Côte d'Ivoire en 2003).

29 L'autorisation doit toujours être explicite et non implicite, comme cela a pu être avancé en certaines circonstances (cas du Kosovo en 1990 ou de l'Irak en 2003). En effet, la notion même d'une autorisation tacite serait contradictoire avec les trois éléments caractéristiques des opérations autorisées, à savoir : « *qualification de la situation selon l'article 39 de la Charte, initiative du Conseil de sécurité de déclencher une action militaire, contrôle global sur les opérations – sur la base desquels l'autorisation de recourir à la force s'intègre dans le cadre du système de sécurité collective, tel que celui-ci a été élaboré à travers la pratique de l'Organisation* » ; « *ce genre d'autorisation dynamiserait le système même de sécurité collective* » (L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme », respectivement p. 253 et 254).

30 Cas de la CÉDÉAO, de l'Union africaine ou de l'Union européenne (*ibid.*, p. 273).

dans lesquelles il a qualifié une situation de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression³¹.

B. Une participation volontaire aux opérations militaires autorisées

Indépendamment des variations terminologiques pouvant exister entre les diverses résolutions, les États étant tour à tour autorisés, invités ou exhortés à prendre « *toutes les mesures nécessaires* » – y compris recourir à la force –, il ressort clairement que le Conseil de sécurité dépend entièrement de ceux qui acceptent de participer aux opérations militaires qu'il a décidées, en agissant à titre *uti singuli* et sous leur propre drapeau. On est ici loin de la logique de l'article 43 – disposition restée lettre morte – qui aurait permis au Conseil de sécurité d'exiger la participation des États conformément aux accords spéciaux conclus³². Pour qu'une opération se concrétise sur le terrain, il ne peut donc compter que sur la bonne volonté des États. Ainsi, en amont, il est fréquent qu'avant l'adoption d'une résolution d'autorisation de l'usage de la force, le Conseil s'assure de l'engagement politique d'un nombre suffisant d'États disposés à intervenir. Autre signe de cette dépendance, en aval, il est tout aussi fréquent que le Conseil exprime dans ses résolutions sa satisfaction à l'égard des États acceptant de participer ou se proposant pour assumer la direction d'une opération déterminée, tout en encourageant les autres États à contribuer eux aussi par des contingents militaires, ou bien se félicite de l'offre faite par des États ou des organismes régionaux ou

31 La qualification effectuée par le Conseil, conformément à l'article 39 de la Charte des Nations Unies, est une étape préalable avant l'adoption de toute mesure relevant du chapitre VII. La pratique montre que le Conseil évite d'utiliser le terme « *agression* » et n'a constaté une « *rupture de la paix* » qu'en de rares circonstances (Résolutions 83 (1950) et 84 (1950) relatives à la Guerre de Corée ; Résolution 660 (1990) concernant l'invasion du Koweït par l'Irak). *A contrario*, la « *menace contre la paix et la sécurité internationales* » est l'objet d'une très riche pratique, puisque c'est le qualificatif généralement utilisé pour autoriser le recours à la force. Depuis la fin de la Guerre Froide, marquée par une prolifération des opérations autorisées, la notion de « *paix et sécurité internationales* » a connu un élargissement notable, englobant non plus seulement un sens négatif – l'absence de conflit interétatique – mais également un sens positif lui permettant de prendre en considération des crises nationales. V. notamment sur ce point C. MAIA et A. AYISSI, « La paix par la Constitution : de la rupture de l'ordre constitutionnel comme menace contre la paix et la sécurité internationales », in *Paix et Constitutions* (dir. J. MEKHANTAR et R. PORTEILLA), Eska, 2014, p. 165-194.

32 Si les accords spéciaux de l'article 43 de la Charte avaient été conclus avec le Conseil de sécurité, conformément au système de sécurité collective initialement prévu, tout État partie aurait pu être contraint de fournir une assistance militaire.

sous-régionaux de fournir une contribution en forces militaires ou d'assumer le commandement d'une opération.

En raison de la nature volontaire de la participation aux opérations militaires autorisées, la pratique du Conseil de sécurité tend à éviter de nommer avec précision les États intervenants. Rares sont les résolutions faisant référence spécifiquement à un État, telle la Résolution 1546 (2004) désignant les États-Unis pour assurer le commandement de la coalition, ou réservant l'autorisation d'utiliser la force à une organisation régionale³³, telle la Résolution 1464 (2003) désignant la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CÉDEAO) pour intervenir en Côte d'Ivoire. Bien au contraire, sont privilégiées des formulations vagues et flexibles, telle celle utilisée dans la Résolution 665 (1990) par laquelle il est fait référence aux « États membres qui coopèrent avec le Gouvernement koweïtien et déploient des forces navales dans la région » (§ 1). D'un point de vue juridique, le Conseil ne dispose pas de la compétence pour contraindre un État à intégrer une force multilatérale *ad hoc* ou, plus rarement, à agir seul dans le cadre d'une opération spécifique³⁴. D'un point de vue pragmatique, il serait inopportun de figer la liste des participants, au risque d'exclure des États hésitants qui souhaitent pouvoir se garder une porte de sortie ou d'entrée dans une force multilatérale *ad hoc*.

En conséquence, les résolutions du Conseil de sécurité qui exigent, pour leur exécution, l'implication de forces armées nationales sont certes obligatoires à l'encontre de l'État visé, mais « *permissives*³⁵ » pour les autres États. Ces derniers conservent un pouvoir d'appréciation discrétionnaire quant à la décision de mobiliser leurs forces militaires ou de fournir un soutien logistique ou financier, qui demeure, par excellence, un « *acte de souveraineté nationale*³⁶ » étroitement dépendant de leurs intérêts politiques.

Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire explique, par ailleurs, que le nombre des pays participant aux forces multinationales *ad hoc* puisse varier considérablement d'une opération à l'autre. Pour ne donner que deux

33 L'article 53, § 1, de la Charte prévoit que : « Le Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité » ; et qu'« aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité ».

34 V. le cas de la France, désignée expressément dans la Résolution 1528 (2004) pour agir en Côte d'Ivoire, ce qui demeure très rare.

35 L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme », p. 130.

36 *Ibid.*, p. 129-130.

exemples significatifs, l'Opération *Turquoise*, autorisée par la Résolution 929 (1994) du Conseil de sécurité pendant le génocide des Tutsis au Rwanda, n'a connu la participation initiale que de la France et du Sénégal³⁷, tandis que la force multinationale intervenue en Irak en 1991 dans le cadre de l'opération *Tempête du désert* pour faire respecter la Résolution 660 (1990) visant à mettre fin à l'occupation du Koweït se composait de contingents militaires de 29 pays sous commandement américain.

Si les États contributeurs aux troupes armées constituent la seule capacité permettant au mandat du Conseil de sécurité de se muer en réalité opérationnelle, celui-ci n'est pas pour autant impuissant et doit exercer un contrôle sur les opérations menées.

Paragraphe 2. Entre puissance et impuissance militaire du Conseil de sécurité dans son indispensable contrôle des États

Désormais bien ancrées dans la pratique onusienne, les résolutions autorisant la création de forces multinationales *ad hoc* sont devenues un *modus operandi* routinier pour le Conseil de sécurité, tout particulièrement dans les cas où les opérations de maintien de la paix s'avèrent impossibles à constituer, en raison des divergences des États membres, ou insuffisamment efficaces, en raison des difficultés rencontrées sur le terrain. Outre la force multilatérale déployée en 1950 dans le cadre du conflit coréen³⁸, de nombreuses autres forces multilatérales ont été créées, particulièrement depuis la Guerre du Golfe de 1990-1991³⁹, afin d'intervenir dans des pays aussi divers que la Somalie en 1992⁴⁰, la Bosnie-Herzégovine entre 1992 et 1995⁴¹, le Rwanda en 1994⁴², Haïti en 1994 et 2004⁴³, l'Albanie et la

37 En juillet 1994, des troupes d'autres pays africains (Sénégal, Guinée-Bissau, Tchad, Mauritanie, Égypte, Niger et Congo) sont venues s'ajouter aux forces de cette opération multinationale comptant majoritairement des militaires français.

38 Conseil de sécurité, Résolutions 83 du 27 juin 1950 et 84 du 7 juill. 1950.

39 Conseil de sécurité, Résolution 678 du 29 nov. 1990.

40 Conseil de sécurité, Résolution 794 du 3 déc. 1992.

41 V., entre autres, Conseil de sécurité, Résolutions 770 du 13 août 1992 et 1031 du 15 déc. 1995.

42 Conseil de sécurité, Résolution 929 du 22 juin 1994.

43 Conseil de sécurité, Résolutions 940 du 31 juill. 1994 et 1529 du 29 févr. 2004.

République centrafricaine en 1997⁴⁴, la Guinée-Bissau en 1998⁴⁵, le Timor oriental et le Kosovo en 1999⁴⁶, l'Afghanistan en 2001⁴⁷, ou encore la Côte d'Ivoire et la République démocratique du Congo en 2003⁴⁸. Si, par le biais du mécanisme de qualification de l'article 39, le Conseil de sécurité a le monopole de l'initiative pour autoriser une action militaire et fixer le cadre général dans lequel devront agir les États au sein d'une coalition multinationale ou d'une organisation régionale, il ne saurait ensuite rester dans la position d'un simple observateur passif. Les opérations militaires autorisées étant mises en œuvre sous l'autorité du Conseil de sécurité – organe de l'ONU assumant la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales –, ce dernier, à défaut d'un contrôle direct et continu sur l'action, doit exercer un contrôle global, afin d'éviter d'éventuelles dérives de ce qui peut être perçu comme une « *privatisation* » ou une « *décentralisation*⁴⁹ » de la force armée. Si ce contrôle ne peut être délégué (A), sa portée demeure fluctuante (B).

A. Un contrôle dont la délégation est prohibée

Au regard des fortes implications politiques, diplomatiques et financières, les États acceptant d'intégrer leurs troupes militaires nationales au sein d'une coalition multinationale *ad hoc* autorisée par le Conseil de sécurité ont fréquemment, de manière plus ou moins inavouée, des intérêts privés convergeant empiriquement avec les intérêts publics de la communauté internationale. L'abnégation des États demeure une chose rare lorsqu'il s'agit de mettre en péril la vie de leurs propres soldats. D'où l'importance cardinale d'un exercice réel et efficace du contrôle par le Conseil sur les pays autorisés à recourir à la coercition militaire⁵⁰.

44 Conseil de sécurité, respectivement la Résolution 1101 du 28 mars 1997 et la Résolution 1125 du 6 août 1997.

45 Conseil de sécurité, Résolution 1216 du 21 déc. 1998.

46 Conseil de sécurité, respectivement la Résolution 1264 du 15 sept. 1999 et la Résolution 1244 du 10 juin 1999.

47 Conseil de sécurité, Résolution 1386 du 20 déc. 2001.

48 Conseil de sécurité, respectivement la Résolution 1464 du 4 févr. 2003 et la Résolution 1484 du 30 mai 2003.

49 T. CHRISTAKIS et K. BANNELIER, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de sécurité sur les États autorisés à recourir à la force », *Revue belge de droit international* 2004, vol. 37, respectivement p. 488 et 501.

50 Comme l'indiquent Théodore CHRISTAKIS et Karine BANNELIER, il convient d'« opérer un savant dosage entre l'exigence institutionnelle de centralisation et la réalité

Le fondement de ce devoir de contrôle se trouve dans la Charte des Nations Unies. Dans l'esprit de la Charte d'abord, en ce que le système de sécurité collective mis en place centralise entre les mains d'un organe unique le pouvoir d'user de la force dans le but de préserver la paix et la sécurité dans le monde. Dans la lettre de la Charte ensuite, en ce qu'une obligation d'informer le Conseil de sécurité est clairement prévue tant par l'article 51⁵¹ dans le cadre de l'exercice de la légitime défense (chapitre VII), que par l'article 54⁵² dans le cadre d'une action coercitive autorisée et menée en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux (chapitre VIII).

Si aucune disposition explicite ne prévoit une obligation similaire pour les actions militaires autorisées, cette lacune s'explique aisément par le fait que de telles actions n'étaient pas initialement prévues dans la Charte, laquelle avait, au contraire, mis en place un système où le Conseil de sécurité aurait été lui-même directement aux commandes d'opérations onusiennes. Or, que l'autorisation d'user de la force ait été accordée à des organismes régionaux ou à des États, une application par analogie de l'article 54 commande de conclure que le Conseil doit pouvoir contrôler toute opération militaire autorisée⁵³.

Plus généralement, sur le plan juridique, cette obligation de contrôle peut également se déduire d'un principe général de droit concernant les organes publics chargés d'une mission de service public qui ne peuvent

fonctionnelle de décentralisation » (*ibid.*, p. 505).

- 51 Article 51 : « *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* ». L'étendue de l'obligation d'information du Conseil de sécurité diffère dans les situations de légitime défense et d'opérations militaires autorisées : alors qu'il ne s'agit, dans le premier cas, que d'une communication *a posteriori* des éléments visant à justifier le déclenchement d'une action armée en légitime défense, dans le second cas, des rapports doivent être présentés au Conseil durant toute la durée du déroulement de l'action militaire.
- 52 Article 54 : « *Le Conseil de sécurité doit, en tout temps, être tenu pleinement au courant de toute action entreprise ou envisagée, en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux, pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales* ».
- 53 V. sur ce point L.-A. SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme », p. 156-157.

déléguer certaines de leurs compétences qu'à la condition de pouvoir exercer une supervision⁵⁴. Toute délégation de ce contrôle est interdite. En aucun cas le Conseil de sécurité ne pourrait s'éclipser et renoncer à exercer lui-même un contrôle global (à défaut d'être plus détaillé s'il avait été direct) sur le déroulement des opérations qu'il a autorisées, sans renier son propre mandat. Dès lors, quand bien même ce contrôle ne serait pas indiqué explicitement dans une résolution – à l'instar de la Résolution 678 (1990) –, il existe toujours implicitement.

B. Un contrôle dont la portée est fluctuante

Il revient au Conseil de sécurité de déterminer le mandat, les objectifs et la durée des opérations militaires autorisées. Son contrôle global sur la mise en œuvre de ces opérations s'exerce par le biais des rapports qui lui sont envoyés par l'État assurant le commandement ou l'organisme régional assumant la coordination. Dans ses résolutions, le Conseil exige habituellement la soumission périodique de tels rapports ou, *a minima*, une information régulière. En la matière, la pratique, loin d'apparaître homogène, est fluctuante, allant d'un contrôle purement nominal à un contrôle plus serré.

Malgré un rôle de coordination primordial assuré par le Secrétaire général de l'ONU, force est de constater que le contrôle du Conseil de sécurité demeure généralement relativement limité, ce qui peut s'expliquer par des raisons quantitatives aussi bien que qualitatives.

Sur un plan quantitatif, même si l'on peut déceler une tendance vers une plus grande régularité, la pratique est encore flottante et étroitement dépendante de la bonne volonté des États. Habituellement, le Conseil de sécurité fixe un délai pour la soumission d'un rapport initial et demande à être ensuite « régulièrement » informé, selon une périodicité qui est laissée à l'appréciation des pays ou de l'organisation intéressés⁵⁵.

Dès lors, le contrôle du Conseil de sécurité peut être extrêmement faible, faute de disposer d'une information suffisante, soit qu'un simple

54 V. notamment : R. KOLB, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruylant, 2003, p. 96-97 ; D. SAROOSHI, *The United Nations and the development of collective security: the delegation by the UN Security Council of its chapter VII powers*, Oxford University Press, 1999, p. 159 et s.

55 Généralement, les rapports d'activités des opérations militaires autorisées sont soumis au Conseil de sécurité soit par le représentant permanent de l'État commandant l'opération, soit par le secrétaire général de l'organisation régionale en cause.

exposé oral fasse office de rapport⁵⁶, soit que les rapports requis ne soient pas envoyés⁵⁷. S'agissant de cette dernière hypothèse, tel fut le cas lors de la Guerre de Corée, en dépit de la Résolution 84 (1950) qui demandait à l'État assurant le commandement unifié de la force multinationale, à savoir les États-Unis, de fournir au Conseil « *des rapports d'importance et de fréquence appropriées* » concernant le déroulement de l'opération (§ 6). Tel fut le cas également lors de la Guerre du Golfe, en dépit, là encore, de la Résolution 665 (1990) relative aux interceptions maritimes qui demandait aux États déployant des forces navales dans la région de présenter « *des rapports pour faciliter la surveillance de l'application de [ladite] résolution* » (§ 4).

À l'inverse, le contrôle du Conseil de sécurité peut être plus étendu lorsqu'il fixe une périodicité précise pouvant varier entre quinze jours, un mois, voire trois à six mois⁵⁸. Encore faut-il, sur un plan qualitatif, que l'information transmise soit pertinente. Si les rapports sont censés retracer les activités conduites par les forces multinationales sur le terrain dans l'accomplissement du mandat qui leur a été confié⁵⁹, ils sont la plupart du temps succincts, descriptifs et bien moins analytiques que ceux du Secrétaire général de l'ONU concernant les activités des casques bleus dans le cadre d'opérations de maintien de la paix. Les États étant les fournisseurs du matériel informatif qui fera l'objet du contrôle par le Conseil de sécurité, ils peuvent être tentés de sélectionner en amont les éléments les plus positifs et éclipser les éventuels obstacles, ceci afin de conserver une marge d'appréciation quant aux mesures à prendre et à l'opportunité de recourir à la force en *ultima ratio*.

56 Dans le cadre de l'opération Artémis – mission militaire conduite en 2003 en République démocratique du Congo par l'Union européenne au titre de la Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) et sous l'autorité du Conseil de sécurité conformément à sa Résolution 1484 (2003) – l'Union s'est contentée d'un exposé oral devant le Conseil présenté par son Haut Représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune, Javier Solana (S/PV.4790, 18 juill. 2003, p. 6 et s.).

57 La CÉDÉAO, par exemple, a rarement présenté des rapports, pourtant régulièrement sollicités par le Conseil de sécurité, concernant ses diverses opérations militaires conduites en Afrique de l'Ouest.

58 V., par exemple : pour une périodicité de deux semaines, les cas de l'Albanie (Résolution 1101 (1997), § 9) et de la République centrafricaine (Résolution 1125 (1997), § 6) ; pour une périodicité de 3 mois, la Résolution 1816 (2008), § 12 ; et pour une périodicité de 6 mois, la Résolution 1637 (2005), § 6.

59 À cet égard, l'article 54 de la Charte des Nations Unies se réfère non seulement aux actions « *entreprises* », mais aussi aux actions « *envisagées* ».

Quoi qu'il en soit, il est encore nécessaire que le mandat de l'opération militaire autorisée ait été fixé avec suffisamment de précision par le Conseil de sécurité⁶⁰. Dans la Résolution 1973 (2011), par exemple, l'usage de la force est autorisé dans un objectif identifié, dans le cadre de limites clairement fixées, et avec une obligation d'information explicitement rappelée. Ainsi, les États membres sont autorisés « à prendre toutes les mesures nécessaires (...) pour protéger les populations et les zones civiles menacées d'attaques en Jamahiriya arabe libyenne, y compris Benghazi, tout en excluant le déploiement d'une force d'occupation étrangère sous quelque forme que ce soit et sur n'importe quelle partie du territoire libyen », les États membres concernés devant « informer immédiatement le Secrétaire général des mesures qu'ils auront prises en vertu des pouvoirs qu'ils tirent du présent paragraphe et qui seront immédiatement portées à l'attention du Conseil de sécurité » (§ 4).

Lorsque le mandat est fixé avec précision, les rapports transmis avec régularité constituent assurément des sources précieuses d'information concernant le déroulement de ces opérations. Ils permettent au Conseil d'avoir une vision globale de la situation sur le terrain pour s'assurer que les États n'agissent pas *ultra vires*, autrement dit en dehors du mandat de

60 Sur ce point, la pratique est variable, les mandats allant d'une autorisation quasiment en blanc (la Résolution 678 (1990) visait non seulement le retrait immédiat et inconditionnel des forces irakiennes du Koweït mais aussi, selon une formule très large qui a pu être critiquée comme une renonciation du Conseil à ses responsabilités, le rétablissement de « la paix et la sécurité internationales dans la région », § 2), jusqu'à une autorisation strictement encadrée (comme dans le cas d'interceptions maritimes ou aériennes décidées pour garantir l'application de sanctions économiques, notamment par la Résolution 787 (1992), § 12-13, lors de la crise yougoslave, la Résolution 875 (1993), § 1, lors de la crise haïtienne ou encore la Résolution 1132 (1997), § 8, lors de la crise sierra léonaise). Globalement, on observe qu'en dépit d'une indispensable précision du mandat des opérations militaires sans laquelle tout contrôle est illusoire, le Conseil délivre le plus fréquemment des autorisations larges. Cette qualité rédactionnelle déficiente des résolutions autorisant le recours à la force armée ne doit rien au hasard, « le délégué et les délégués préférant la souplesse d'un mandat vague à la rigidité d'un mandat détaillé » (T. CHRISTAKIS et K. BANNELIER, « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? », p. 507). Non seulement il serait impossible de fixer à l'avance un plan d'action définitif et précis pour gérer des situations par essence évolutives, de la même manière qu'il serait inopportun de dévoiler aux adversaires la stratégie militaire envisagée, mais il est fort à craindre que les États n'accepteraient pas de participer à une opération multinationale *ad hoc* s'ils avaient les mains liées par un mandat défini trop étroitement par le Conseil de sécurité. Dans tous les cas, il est important de rappeler que cette liberté d'action dont bénéficient généralement les États pour atteindre les objectifs du mandat fixé par le Conseil de sécurité doit s'exercer dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité et des autres règles pertinentes du droit international.

l'action coercitive autorisée. Certes, celui-ci ne peut guère avoir qu'un rôle effacé durant la période de l'opération qu'il ne conduit pas lui-même, mais il retrouve un rôle plus actif dans la dernière phase pour adapter, si besoin, la nature ou la durée du mandat de la coalition multinationale, décidant éventuellement le départ de la coalition militaire *ad hoc* et son remplacement par des forces onusiennes de maintien de la paix.

Le Conseil de sécurité a su trouver des alternatives pour faire face au vide laissé par les dispositions restées lettre morte de la Charte des Nations Unies et assumer ses responsabilités en consentant à un usage de la force sous son contrôle. Cette pratique désormais abondante des autorisations expresses et *ex ante*⁶¹ concernant le recours à la coercition armée, bien que non spécifiée dans la Charte des Nations Unies, est largement acceptée tant par les États qu'en doctrine.

Ces dernières années, le rôle central du Conseil de sécurité dans le système de sécurité collective a été mis à mal, comme l'illustrent les interventions armées au Kosovo en 1999 et en Irak en 2003. Pour autant, le Conseil n'a pas été marginalisé et a, assez rapidement, retrouvé son rôle. Dans le contexte actuel marqué par un regain d'unilatéralisme, la prolifération des armes de destruction massive, le péril terroriste et les guerres asymétriques, et à défaut d'une réforme du Conseil de sécurité qui s'avère irréalisable sinon lointaine ou d'un projet universel alternatif de sécurité collective, il est plus que jamais nécessaire d'améliorer le contrôle du Conseil sur les opérations autorisées⁶² et, plus globalement, de réaffirmer des règles et des valeurs communes, dont la prohibition de l'usage de la force demeure un principe cardinal du vivre ensemble dans la société internationale.

61 La possibilité d'une autorisation *ex post facto* par le Conseil de sécurité en vue de légitimer *a posteriori* des opérations militaires risquerait d'ouvrir une brèche dangereuse dans le principe d'interdiction posé par l'article 2, § 4, de la Charte des Nations Unies, raison pour laquelle elle est très largement décriée, que ce soit parmi les États ou en doctrine. À cet égard, les résolutions du Conseil de sécurité adoptées à la suite des interventions militaires des États-Unis de 2001 en Afghanistan et de 2003 en Irak ne sauraient, en aucun cas, être considérées comme venant légaliser rétroactivement les agissements américains.

62 V. notamment : A. DE GUTTRY, "How does the UN Security Council control States or organizations authorized to use force? A quest for consistency in the practice of the UN and of its member States", *International organizations law review* 2014, vol. 11, p. 251-293 ; N. BLOKKER, "Outsourcing the use of force: towards more Security Council control of authorized operations?", in *The Oxford handbook of the use of force in international law* (ed. M. WELLER), Oxford University Press, 2015, p. 202-226 ; A. PELLETT, « Le recours à la force, le droit et la légitimité », p. 249-268.

BIBLIOGRAPHIE

- AKANDE D. et LIEFLÄNDER T., “Clarifying, necessity, imminence, and proportionality in the law of self-defense”, *American journal of international law* 2013, vol. 107, p. 563-570.
- ARIAS G. J., « ¿Están las reglas del derecho a la legítima defensa obsoletas para solucionar conflictos actuales como ataques de agentes no-estatales y ciberataques? », *Revista tribuna internacional* 2017, vol. 6, p. 1-19.
- BACELAR GOUVEIA J., *Manual de direito internacional público*, Coimbra, Almedina, 2010.
- BLOKKER N., “Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by ‘coalitions of the able and willing’”, in *Law on the use of force and armed conflict* (éd. CRYER R. et HENDERSON C.), Edward Elgar Publishing, 2017, vol. 2, p. 162-189.
- BLOKKER N., “Outsourcing the use of force: towards more Security Council control of authorized operations?”, in *The Oxford handbook of the use of force in international law* (éd. WELLER M.), Oxford University Press, 2015, p. 202-226.
- BONDÍA GARCÍA D., « Quelques réflexions théoriques à propos de la progressivité dans l’adoption de mesures pour donner effet aux décisions du Conseil de sécurité : des sanctions économiques au recours à la force », in *Droit, liberté, paix, développement. Mélanges en l’honneur de Madjid Benchikh*, Pedone, 2011, p. 210 et s.
- BRYDE B.-O. et REINISCH A., « Article 47 », in *The Charter of the United Nations: a commentary* (éd. SIMMA B.), Oxford University Press, 2002, p. 769-775.
- CHRISTAKIS T. et BANNELIER K., « Acteur vigilant ou spectateur impuissant ? Le contrôle exercé par le Conseil de sécurité sur les États autorisés à recourir à la force », *Revue belge de droit international* 2004, vol. 37, p. 488 et 501.
- COLONOMOS A., *Le pari de la guerre : guerre préventive, guerre juste ?*, Denoël, 2009.
- CORTEN O., « L’argumentation des États européens pour justifier une intervention militaire contre l’“État islamique” en Syrie : vers une reconfiguration de la notion de légitime défense ? », *Revue belge de droit international* 2016, vol. 49, p. 31-68.
- DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, LGDJ, 2002.

- DE GUTTRY A., “How does the UN Security Council control States or organizations authorized to use force? A quest for consistency in the practice of the UN and of its member States”, *International organizations law review* 2014, vol. 11, p. 251-293
- EISEMANN P. M., *Les sanctions contre la Rhodésie*, Pedone, 1972.
- GLENNON M. J., “Why the Security Council failed”, *Foreign affairs* 2003, vol. 82, p. 16-35.
- GOWLLAND-DEBBAS V., *Collective responses to illegal acts in international law: United Nations action in the question of Southern Rhodesia*, Nijhoff, 1990.
- Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'ONU, *Rapport*, doc. ONU A/55/305-S/2000/809, 21 août 2000.
- Institut de droit international, *Problèmes actuels du recours à la force en droit international, Résolution*, 2007.
- KOLB R., *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruylant, 2003.
- KOLB R., “Self-defence and preventive war at the beginning of the millenium”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2004, vol. 59, p. 111-134.
- LABOUZ M.-F., *L'Organisation des Nations Unies et la Corée : recherches sur la fiction en droit international public*, Publications Universitaires de Paris, 1980.
- Le recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité : droit et responsabilité* (dir. BANNELIER K. et PISON C.), Pedone, 2014.
- MAIA C. et AYISSI A., « La paix par la Constitution : de la rupture de l'ordre constitutionnel comme menace contre la paix et la sécurité internationales », in *Paix et Constitutions* (dir. MEKHANTAR J. et PORTEILLA R.), Eska, 2014, p. 165-194.
- MARTINEZ J. C., « Article 47 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article* (dir. COT J.-P., PELLET A. et FORTEAU M.), Economica, 2005, vol. 1, p. 1283-1294.
- NOVOSSELOFF A., *Le Comité d'état-major des Nations Unies : histoire d'une institution en sommeil*, LGDJ, 2008.
- NOVOSSELOFF A., *Le Conseil de sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée : dialectique du politique et du militaire en matière de paix et de sécurité internationales*, Bruylant, 2003.
- PELLET A., « Le recours à la force, le droit et la légitimité : notes sur les problèmes posés par le principe du recours à la force armée en cas de carence du Conseil de sécurité », in *Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Botbe zum 70. Geburtstag*, Nomos, 2008, p. 254-255.

- SAROOSHI D., *The United Nations and the development of collective security: the delegation by the UN Security Council of its chapter VII powers*, Oxford University Press, 1999.
- SCHRIJVER N., « Article 2, paragraphe 4 », in *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article* (dir. COT J.-P., PELLET A. et FORTEAU M.), Economica, 2005, vol. 1, p. 442.
- SICILIANOS L.-A., « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », *Recueil de l'Académie de droit international de La Haye* 2009, vol. 339, p. 29.
- Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003.
- The ethics of preventive war* (éd. CHATTERJEE D. K.), Cambridge University Press, 2013.
- THIELEN O., *Le recours à la force dans les opérations de maintien de la paix contemporaines*, LGDJ, 2013.
- URS P., “The role of the Security Council in the use of force against the ‘Islamic State’”, *Max Planck yearbook of United Nations law* 2015, vol. 19, p. 65-99.
- VAN STEENBERGHE R., “State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate”, *Journal on the use of force and international law* 2015, vol. 2, p. 81-96.
- WAISBERG T., *War on terror and the new international order: shaping international law use of force discourse at the 21st century*, CreateSpace, 2012.
- YOO J. C., *Point of attack: preventive war, international law, and global welfare*, Oxford University Press, 2014.
- CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 déc. 2005, *CIJ Recueil* 2005, § 148.
- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Recueil* 1986, § 193.
- CIJ, *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juill. 1962, *CIJ Recueil* 1962, p. 167-168.

Conseil de sécurité, Résolution 1816 du 2 juin 2008.
Conseil de sécurité, Résolution 1637 du 8 nov. 2005.
Conseil de sécurité, Résolution 1529 du 29 févr. 2004.
Conseil de sécurité, Résolution 1528 du 27 févr. 2004.
Conseil de sécurité, Résolution 1484 du 30 mai 2003.
Conseil de sécurité, Résolution 1464 du 4 févr. 2003.
Conseil de sécurité, Résolution 1386 du 20 déc. 2001.
Conseil de sécurité, Résolution 1264 du 15 sept. 1999.
Conseil de sécurité, Résolution 1244 du 10 juin 1999.
Conseil de sécurité, Résolution 1216 du 21 déc. 1998.
Conseil de sécurité, Résolution 1132 du 8 oct. 1997.
Conseil de sécurité, Résolution 1125 du 6 août 1997.
Conseil de sécurité, Résolution 1101 du 28 mars 1997.
Conseil de sécurité, Résolution 1031 du 15 déc. 1995.
Conseil de sécurité, Résolution 940 du 31 juill. 1994.
Conseil de sécurité, Résolution 929 du 22 juin 1994.
Conseil de sécurité, Résolution 875 du 16 oct. 1993.
Conseil de sécurité, Résolution 794 du 3 déc. 1992.
Conseil de sécurité, Résolution 770 du 13 août 1992.
Conseil de sécurité, Résolution 678 du 29 nov. 1990.
Conseil de sécurité, Résolution 660 du 2 août 1990.
Conseil de sécurité, Résolution 221 du 9 avr. 1966.
Conseil de sécurité, Résolution 84 du 7 juill. 1950.
Conseil de sécurité, Résolution 83 du 27 juin 1950.

Les menaces du blanchiment d'argent : défi d'un système juridique efficace / Money Laundering Threats: Challenge of an Effective Legal System

Élie Kallas, Colonel, Docteur en droit, Enseignant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'USEK

Abstract

The fight against money laundering is a phenomenon that worries the world. Several instruments and other measures to combat this scourge have therefore been developed. However, the observation of the reaction is globally unsatisfactory. The facility with which funds, can be concealed and transported within the economic and financial system makes it particularly vulnerable. Practice in this area reveals that money launderers tend to transit dirty money through legitimate channels to exploit and benefit in the long run.

The study of this subject will consist in identifying the different means of carrying out the offense, presenting the issues of the fight against and proposing actions of improvement regarding the measures implemented in the world.

L'environnement dans lequel évoluent les institutions financières, notamment les banques, les contraint à maîtriser un nombre croissant de techniques et de réglementations et à mettre en œuvre une politique rigoureuse de maîtrise des risques. En effet, l'analyse observée au cours des dernières années montre un volume géant, expansif et évolué des opérations financières, ceci nécessite l'adoption de mesures de contrôle préventives dont le but est de détecter les opérations suspectes qui cacheraient du blanchiment d'argent¹, que nous pouvons résumer en :

- une diversification des métiers au sein des grands groupes (les grandes sociétés – holding, offshore) : de rapprochements, de partenariats, d'acquisitions ;
- un enrichissement de l'offre de produits proposés aux différentes catégories de clients ;
- un développement des opérations complexes ;
- l'usage de nouveaux instruments sophistiqués fortement développé au cours des dernières années ;
- une expansion géographique des implantations et des risques pris par les établissements ;
- une multiplication des agents économiques avec lesquels les institutions sont amenées à traiter, du fait par exemple de l'émergence au cours des dernières années de l'externalisation d'activités ;
- une intensification de la concurrence entre les institutions, ce qui se traduit par un renforcement des contraintes de rentabilité.

Au total, les institutions sont confrontées à des risques² accrus et diversifiés dans des cadres légaux en évolution. Cette tendance implique une très grande vigilance sur la conformité de leurs opérations.

Depuis quelques années, la plus grande fréquence des affaires imputables en partie à un non-respect ou à une maîtrise insuffisante de la législation ou de la réglementation, ainsi que les coûts externes financiers et la réputation de ces événements, imposent aux institutions commerciales, banques et diverses institutions financières, de réfléchir aux modalités de maîtrise de ces risques.

1 O. JEREZ, *Le blanchiment d'argent*, Banque Editeur, 1998, p. 33.

2 E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, 3^e éd., 2013, p. 48.

Dans ce contexte, des réflexions ont été engagées au niveau international³ tant au niveau répressif tel que l'action de l'ONUDC, Interpol et Europol, afin de mieux lutter contre ce fléau et organiser une coopération efficace d'une part, et appréhender au niveau des activités financières dans le calcul de leurs exigences, les autres risques que ceux du crédit ou du marché et de formuler des propositions spécifiques quant aux modalités de contrôle du risque de non-conformité d'autre part.

La présente étude est consacrée spécifiquement aux menaces du blanchiment d'argent et l'évaluation des mesures préventives de lutte. C'est pourquoi, nous examinons le processus d'intégration du blanchiment dans le système légal (paragraphe 1). Nous aborderons aussi les menaces surgies des infractions liées au blanchiment d'argent (paragraphe 2). Au-delà de la nécessaire connaissance et de l'appréhension, nous traiterons brièvement l'impact du blanchiment d'argent dans quelques secteurs économiques et professionnels (paragraphe 3), afin d'analyser les mesures préventives requises (paragraphe 4).

Paragraphe 1. Le processus du blanchiment d'argent

Le blanchiment consiste à donner une apparence licite à l'argent qui provient d'activités illicites⁴. C'est donc, le fait de faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. La chaîne des opérations qui caractérisent le blanchiment se déroule généralement en trois grandes étapes⁵ : étape du placement – étape de l'empilage – étape de l'intégration.

3 UNODC (Office des Nations Unis contre la drogue et le crime) : établi en 1997 et basé à Vienne (Autriche), il opère également dans 54 bureaux régionaux, couvrant plus de 150 pays, <www.unodc.org> ; Interpol (OIPC) : Organisation internationale de police criminelle, créée en 1923, siégeant à Lyon (France), avec 194 pays membres, son rôle est de permettre aux polices du monde entier de travailler ensemble pour rendre le monde plus sûr, son infrastructure de pointe apporte un appui technique et opérationnel, aide à relever les défis de la lutte contre la criminalité au 21^e siècle, <www.interpol.int> ; Europol, agence européenne spécialisée dans la répression de la criminalité, créée en 1998 siégeant aux Pays-Bas et comprend vingt-huit États membres, <www.europol.europa.eu>.

4 E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, p. 50.

5 B. PERRIN, *La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression*, L'Harmattan, 2010, p. 29.

« Le blanchiment d'argent comprend trois étapes : le placement, l'empilage et l'intégration. Le placement [...] il s'agit de se débarrasser matériellement d'importantes sommes en numéraire. Vient après l'empilage, qui consiste à brouiller les pistes grâce à un système complexe de transactions financières successives. Au stade d'intégration, l'argent entre dans la dernière phase du processus de blanchiment et sera investi dans l'économie légale ».

Cette succession d'étapes nécessite une diversification des rôles et donc une organisation. C'est pourquoi le blanchiment des capitaux est considéré comme une forme de délinquance organisée. Cette forme est d'autant plus grave qu'elle fait intervenir des expertises variées (avocats, experts comptables, banquiers, etc.). Cette spécialisation et diversification des rôles, rendront difficile l'identification et le démantèlement des réseaux du blanchiment.

Paragraphe 2. Les menaces des infractions liées au blanchiment d'argent

L'analyse et la détection du blanchiment d'argent vise à définir la nature et le type d'activité criminelle à l'origine des différentes activités⁶. Afin de procéder à cette analyse d'évaluation, il est nécessaire de s'appuyer sur des données quantitatives et qualitatives fournies par les autorités répressives (la police, les services chargés de la lutte contre la criminalité financière et économique, les autorités douanières, les autorités judiciaires, les autorités de surveillance, les services du revenu public). Elle s'appuie également sur des données provenant des recherches menées par des institutions reconnues et des rapports d'organisations internationales.

Dans ce cadre et d'après l'analyse menée, les infractions qui présentent le niveau de menace de blanchiment le plus élevé⁷, sont les suivantes : trafic de drogue – corruption – crimes contre la propriété – crimes financiers – trafic clandestin des immigrants – infractions fiscales.

Ajoutons, que la menace qui pèse sur le secteur bancaire et celui du transfert des fonds sont jugés à un risque élevé. De même, les professions des comptables, avocats et agents immobiliers, ont également été jugées du même risque.

6 C. LOMBARDINI, *Banques et blanchiment d'argent*, Schulthess, 3^e éd., 2016, p. 67-70.

7 T. POULIQUEN, *Lutte contre le blanchiment d'argent*, Promoculture, 2018, p. 34.

A. Le trafic de drogue

Le trafic de drogue est le plus grand marché illégal dans le monde. Plus d'un tiers des organisations criminelles actives participent à la fabrication et au trafic des stupéfiants, générant un produit d'au moins 150 milliards de dollar par an⁸. Selon les données disponibles, la criminalité d'origine des drogues saisies en 2017 était de 57 tonnes⁹.

Dans ce sens, le commerce de la drogue présente les activités illicites les plus lucratives avec des « *produits* » qui sont élevés¹⁰. Ce commerce se fait principalement en espèces, ce qui complique l'identification des produits illicites par les autorités répressives.

B. La corruption

L'évaluation de la corruption présente une multitude de difficultés¹¹, en premier lieu en raison de l'absence ou l'existence de moindres méthodologies fixes pour l'évaluation du phénomène, en deuxième lieu en raison du sens large de la définition et du grand nombre de cas non signalés et officiellement enregistrés qui en résultent¹².

Le récent rapport de Transparency International¹³ constitue l'indicateur de corruption le plus utilisé au monde (indice de perception de la corruption¹⁴ sur un total de 180 pays), et évalue le niveau de menace de corruption. Il a

8 M. ROUDANT, *Marchés criminels : Un acteur global*, Presses Universitaires de France, 2015, p. 91.

9 V. Interpol, « Rapport annuel 2017 : les réseaux de criminalité organisée et de trafic des stupéfiants », <<https://www.interpol.int/News-and-media/Publications2/Annual-report-2017.html>>, consulté le 22 décembre 2018.

10 V. UNODC, « Statistiques online », <[https:// data.unodc.org/#state1.html](https://data.unodc.org/#state1.html)>, consulté le 22 décembre 2018.

11 M. HUNAUULT, *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale. L'exigence d'éthique dans les mouvements*, Les presses de Sciences Po, 2017, p. 103.

12 Les infractions commises contre le devoir de la fonction (corruption – trafic d'influence – détournement – concussion – abus d'autorité).

13 Transparency international, mouvement mondial décidé par quelques personnes en 1993, créant Transparency International pour prendre position contre la corruption et partageant la vision d'un monde dans lequel les gouvernements, les entreprises, la société civile et la vie quotidienne des citoyens sont exempts de corruption, présent dans plus de 100 pays. Le mouvement œuvre pour éveiller la conscience collective mondiale et amener le changement.

14 V. Transparency international, <www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017/html>, consulté le 18 décembre 2018.

été tenu compte des crimes de corruption, d'appropriation illicite, d'abus de fonctions et de détournement de fonds, conformément à la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁵. Dans ce cadre, la corruption consiste à offrir ou à donner à des agents publics ou politiques, des juges, des fonctionnaires ou responsables gouvernementaux, ainsi qu'à des agents publics étrangers et des représentants d'organisations internationales.

Sur la base du rapport du GAFI¹⁶, le détournement de fonds publics par des moyens criminels constitue le taux de poursuite le plus élevé. Le blanchiment d'argent dans les cas graves de la corruption s'effectue principalement au moyen de comptes dans des banques étrangères respectant les lois les plus strictes en matière de secret bancaire, par l'intermédiaire des organismes de crédit internationaux au nom de sociétés étrangères et d'investissements sur le marché immobilier.

On considère de même que le secteur immobilier a également été utilisé dans un grand nombre d'affaires de blanchiment d'argent liées à la corruption¹⁷, principalement en raison de la dissimulation de la valeur réelle lors de la vente du bien et de la présentation de valeurs beaucoup plus faibles que les valeurs du marché. Il convient toutefois de noter que le risque inhérent au marché immobilier a été considérablement atténué (forte réduction des transactions, convergence des valeurs de marché et des valeurs objectives).

Le secteur bancaire peut être également utilisé pour blanchir des affaires liées à des infractions de corruption¹⁸, principalement *via* la complicité de fonds provenant de sources à la fois illégales et légales. L'utilisation de produits de placement à moyen terme combinée à des polices d'assurance-vie a été observée comme moyen de canaliser le produit de pots-de-vin sur d'autres produits financiers.

15 Les infractions visées correspondent aux articles 15 à 17 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2005, <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>>.

16 V. GAFI, <<http://www.fatf-gafi.org/publications/corruption/documents/g20-acwg-fatf-october-2016.html>>, consulté le 22 décembre 2018.

17 M. HUNAULT, *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale... : L'exigence d'éthique dans les mouvements financiers*, Les Presses de Sciences Po, 2017, p. 47-51.

18 B. PERRIN, *La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression*, p. 69.

Dans ce cadre, la corruption est devenue un phénomène mondial, ayant des effets néfastes sur la société, en raison de la violation de l'ordre public et de la propagation de la criminalité sous sa forme dangereuse, en constituant une menace pour la sécurité nationale et des incidences négatives sur le système économique des États. Ceci nous amène à comprendre les obstacles de contrôle qui demeurent faibles face à une tendance négative du contexte de la corruption.

C. Crimes contre la propriété¹⁹

Il est difficile d'estimer avec exactitude les produits illicites liés aux crimes susmentionnés. Les pertes causées par une organisation criminelle sont plus importantes que celles causées par des individus, car ils agissent de manière organisée, à grande échelle, avec une spécialisation technique accrue, dans le but de réaliser des profits plus importants. L'objectif des auteurs joue un rôle important en ce qui concerne le montant des produits.

L'analyse des données de la police indique que, dans leur majorité, les organisations criminelles n'ont pas d'interconnexions avec des groupes criminels internationaux. Les groupes qui commettent des vols (à l'exclusion des véhicules) et des vols qualifiés sont principalement composés de personnes de plusieurs nationalités. Le vol de véhicules et leur commerce sont principalement contrôlés par des groupes criminels internationaux combinés, dont les membres proviennent principalement de pays de l'Europe de l'Est et l'Amérique Latine. Ces groupes criminels utilisent des États comme juridiction d'origine, de destination et de transit des véhicules volés ou de leurs pièces détachées. L'Interpol a estimé que le nombre d'enregistrements des voitures volées dans sa base de données, dépassait les 7,1 millions²⁰.

Le blanchiment de ce produit, est effectué par l'intermédiaire de sociétés ou de formations juridiques spécialisées dans l'achat et la réparation de véhicules. Il ressort de l'analyse qualitative des données de la police que les produits des infractions contre les biens servent principalement à l'achat

19 Les infractions de : contrefaçon, vol, escroquerie, détournement de fonds publics, abus de confiance.

20 V. Interpol, « La criminalité liée aux véhicules », <<https://www.interpol.int/fr/Criminalité/Criminalité-liée-aux-véhicules/>>, consulté le 22 décembre 2018.

de biens de grande valeur (véhicules de luxe et bijoux), tandis qu'une partie de ces produits est également investie sur le marché immobilier²¹.

En outre, il est également noté que certains des biens volés sont mis en gage afin d'être convertis en espèces. Le produit des crimes susmentionnés est envoyé hors du territoire, le transport physique d'argent liquide (passeurs de fonds) et l'utilisation de fournisseurs de transferts de fonds sont observés.

D. Crimes financiers

1. La fraude fiscale

La fraude se définit comme un acte commis par une ou plusieurs personnes, impliquant des manœuvres dolosives dans le but d'obtenir un but illégal et qui nécessite l'existence de trois éléments²² : la commission de l'acte – la manœuvre dolosive intentionnelle – l'avantage illégal retiré. Ajoutons que la fraude a toujours constitué une activité criminelle importante et rentable, à la fois pour les auteurs individuels et les groupes criminels organisés²³. Parmi ceux qui présentent le risque de menace le plus élevé, les crimes de fraude (y compris les fraudes sur Internet), falsification, et contrebande.

Les groupes organisés sont équipés en matériel de falsification de documents et / ou collaborent avec des contrefacteurs ainsi qu'avec d'autres groupes professionnels (médecins, avocats, notaires, etc.), afin de faciliter leurs activités criminelles. Les activités de ces groupes sont multiformes. La fraude « *interne* » aux dépens des établissements de crédit, dont le produit peut être élevé, constitue un cas particulier.

La principale source de risque de blanchiment d'argent provient de fraudes commises par des emprunteurs et par des agents de banque de rang inférieur ou, parfois, de haut rang, *via* le contournement des procédures d'octroi de prêts. Si elles sont engagées, elles présentent des avantages intrinsèques en termes de blanchiment d'argent, mais aussi de dissimulation et de transfert du montant du prêt à d'autres banques ou de son retrait en

21 Y. PELOSI et M. FEFERMAN, *L'immobilier face au blanchiment et au financement du terrorisme*, Éditions 64, 2017, p. 23.

22 M. HUNAULT, *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale... : L'exigence d'éthique dans les mouvements financiers*, p. 81-84.

23 E. VERNIER, *Fraude fiscale et paradis fiscaux, Quand l'exception devient la règle*, Dunod, 2018, p. 34.

espèces²⁴. À l'inverse, le phénomène de la fraude interne lié au détournement de comptes bancaires de clients, associé principalement à des infractions de contrefaçon et de fraude, présente un degré de difficulté accru pour la dissimulation et le blanchiment du produit.

Auparavant, il s'agissait principalement d'employés de rang inférieur dans les succursales ou de dirigeants de succursales qui cherchaient à tirer rapidement parti des fonds (*via* des jeux, des investissements), pour qu'ils soient restitués au bénéficiaire sans se faire remarquer.

2. *Évasion fiscale*

L'évasion fiscale est une infraction principale du blanchiment d'argent, qui consiste en un évitement institutionnalisé de l'impôt²⁵ quel qu'il soit (sur le bénéfice, sur le revenu, sur le patrimoine).

Elle correspond aux comportements visant à réduire le montant des prélèvements obligatoires, mais sans l'existence de l'élément intentionnel. C'est l'absence de cet élément qui permet de distinguer l'évasion fiscale de la fraude. Le terme « *évasion* » évoque une image dépeignant une réalité bien concrète : le fait de réduire l'impôt en déplaçant un patrimoine d'un pays à un autre pays de type paradis fiscal et sans déclarer les revenus générés par ces avoirs. Selon les données statistiques²⁶, le niveau de menace de l'évasion fiscale a été jugé élevé.

Dans le secteur bancaire, l'évaluation de la menace ci-dessus est considérée de même élevée, car la majorité des signalements concernant des transactions suspectes soumises à l'autorité par les institutions financières concerne des transactions pouvant être liées à l'infraction de fraude fiscale. En outre, le secteur non financier est confronté à un niveau de menace élevé, car les comptables, les conseillers fiscaux, les avocats, les notaires et les agents immobiliers peuvent jouer un rôle de facilitateur en matière d'évasion fiscale, en particulier dans les transactions associées à l'achat et à la vente de biens²⁷.

24 X. HAREL, *La grande évasion : Le vrai scandale des paradis fiscaux*, Actes Sud, 2012, p. 102-105.

25 C. CHAVAGNEUX, *Les paradis fiscaux*, La découverte, 2012, p. 52-54.

26 G. ZUCMAN, *La Richesse cachée des nations : Enquête sur les paradis fiscaux*, Le seuil, 2013, p. 43-44.

27 D. LEBEGUE, *Fraude fiscale et paradis fiscaux : Décrypter les pratiques pour mieux les combattre*, Dunod, 2014, p. 56.

Paragraphe 3. Les menaces dans les secteurs financiers et professionnels

Les données obtenues des autorités répressives, judiciaires et des poursuites pénales en termes de menace du blanchiment de capitaux, donnent les résultats suivants par secteur :

A. Secteur financier

1. Secteur bancaire

Traditionnellement, le secteur bancaire est confronté à une menace importante de blanchiment de capitaux principalement due à l'évasion fiscale, à la fraude et à la corruption, en raison de son importance pour l'activité économique nationale en ce qui concerne l'acceptation de dépôts, l'octroi de prêts, la réalisation ou l'acceptation d'opérations de paiement et la diversité des services financiers qu'il offre. En particulier, l'utilisation du secteur bancaire a été vérifiée dans diverses infractions financières majeures commises dans le passé et qui ont été finalement jugées par le système judiciaire ou par des enquêtes judiciaires ouvertes.

En outre, il convient de noter que sur le plan financier, le secteur bancaire constitue la principale source de déclarations d'opérations suspectes soumises à l'autorité compétente²⁸, dont elles pourraient concerner l'évasion fiscale. Néanmoins, *via* les rapports spécifiques relatifs aux incohérences entre le montant déposé sur les comptes des clients et leur profil économique, il est également possible de détecter des cas de blanchiment d'argent liés aux infractions principales décrites ci-dessus.

Il convient de noter que l'attrait du secteur bancaire pour le blanchiment de capitaux a été atténué au cours des dernières années (par exemple, réduction du nombre de signalements d'opérations suspectes de -41% et de transactions en espèces dans des établissements de crédit de -80% depuis 2012), ce qui est attribué à :

- l'imposition de contrôles de capitaux et de restrictions sur les transferts de fonds étrangers en 2015.
- le développement par les autorités fiscales d'outils puissants pour la détection de l'évasion fiscale *via* le système bancaire.

28 V. la recommandation 29, « Recommandations du GAFI », qui exige des États d'établir une unité publique indépendante, chargée de mener des investigations financières afin de vérifier l'existence des transactions qui cachent du blanchiment d'argent, <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/>>.

Ces outils comprennent à la fois les rapports réguliers sur les transactions des clients qui sont soumis aux autorités compétentes et, inversement, les systèmes permettant aux autorités d'accéder aux comptes bancaires à la suite de demandes des bureaux des taxes et d'autres services de contrôle fiscal (accès au registre des comptes bancaires).

2. Compagnies d'assurance-vie²⁹

L'utilisation de produits d'assurance-vie en tant que moyen de lutte contre le blanchiment d'argent nécessite une planification et des connaissances complexes afin de constituer un choix viable.

Les compagnies d'assurance ne sont pas aussi diversifiées et flexibles pour attirer les personnes qui souhaitent blanchir des fonds illicites. Les produits d'investissement sont les types de produits d'assurance qui sont généralement inclus dans les typologies de transactions inhabituelles ou suspectes aux fins du blanchiment d'argent³⁰.

Le niveau de menace du secteur des assurances découle de la rupture de l'infraction dans les divers secteurs, des méthodes de réalisation de la menace du blanchiment d'argent et des méthodes d'investissement et de blanchiment qui découlent de la conduite des infractions principales. Parmi les cas analysés, le secteur de l'assurance-vie démontre une implication dans des activités de blanchiment de capitaux.

3. Bureaux de change

Les risques sont causés par les organisations criminelles qui ont eu des recours très dangereux à des bureaux de change pour convertir de grandes quantités de devises en monnaie locale avec une relative facilité et sans connaissances ni techniques particulières, ou inversement, pour acquérir de grandes quantités en devises pour faciliter les activités criminelles de caractère international.

29 M. NICOLET, *Gouvernance et fonctions clés de risque, conformité et contrôle dans les établissements financiers : Banques, assurances, sociétés de gestion*, Revue Banque, 2018, p. 47-49, 77-83.

30 V. GAFI, (Les risques et vulnérabilités des Assurances-vie), <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/RBA-Life-Insurance.pdf>>, consulté le 17 décembre 2018.

B. Secteur non financier

Le secteur non financier et en particulier certaines professions, entrant dans cette catégorie, exercent des activités soumises à une menace élevée de blanchiment. En particulier, les comptables et conseillers fiscaux, peuvent être utilisés pour faciliter l'évasion fiscale. Par conséquent, ces professions sont vulnérables au risque de blanchiment.

Les notaires, les avocats³¹ et les agents immobiliers qui interviennent dans l'achat / la vente de biens immobiliers peuvent contribuer à l'évasion fiscale, qui est l'infraction principale du blanchiment. Les données des contrôles fiscaux ont révélé que les prix de l'immobilier étaient généralement et longtemps, en particulier avant les crises économiques, beaucoup plus élevés que le prix indiqué dans le contrat de vente, ce qui coïncidait avec la valeur objective de l'immeuble. En conséquence, les acheteurs ont payé beaucoup moins d'impôt que ce n'aurait dû être attribué.

En outre, les professionnels susmentionnés servent généralement d'intermédiaire pour le blanchiment de produits provenant de la corruption et du trafic de drogue, à maintes reprises sans le savoir. En ce qui concerne les avocats, notaires, comptables et conseillers fiscaux, la menace de blanchiment est liée à leur participation à la création, au fonctionnement ou à la gestion de sociétés, étant donné que le blanchiment du produit des infractions principales (par exemple, trafic de drogue) est tenté *via* des entreprises nouvelles ou existantes.

Les groupes criminels utilisent les marchands de biens de grande valeur pour blanchir les produits d'activités illégales, qui sont principalement liées à la contrebande ou à des crimes contre la propriété. Le niveau de menace pour ce secteur est classé comme « *moyen* ». De plus, les produits des crimes qui proviennent principalement de crimes contre la propriété sont également blanchis *via* des prêteurs sur gages.

Paragraphe 4. Les mesures préventives

Le contrôle de la conformité des mesures appliquées est une obligation nouvelle qui vise à renforcer le contrôle interne et la gestion des risques dans les différents secteurs analysés ci-dessus³². Pour éviter toute confusion des tâches et duplication d'effort, le domaine de la conformité doit être bien défini.

31 C. CUTAJAR, *L'avocat face au blanchiment d'argent*, Francis Lefebvre, 2012, p. 42.

32 I. OUEDRAGO, *Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme*, Université européenne, 2017, p. 65.

Il s'agit notamment de la protection et la connaissance des clients et du blanchiment d'argent. La spécification de ce domaine permet une meilleure maîtrise des risques de non-conformité. En outre, elle permet d'éviter les fâcheuses conséquences de la survenance de ces risques. Dans ce cadre, nous traitons les systèmes qui régissent les règles de conformité tout en les examinant et analysant leurs principes de base³³, leurs impacts sur le secteur économique et juridique et leurs valeurs au niveau des normes internationales requises.

A. Les règles de conformité³⁴

Les systèmes de conformité se basent sur deux composantes qui décrivent et mettent en pratique leur fonction. Elles s'intéressent à mettre en œuvre les directives nécessaires pour protéger le système financier par une connaissance des agents (clients) et de détecter les multiples actions opérationnelles qui peuvent cacher du blanchiment d'argent.

1. Connaissance et protection des clients

La protection et connaissance du client est le domaine le plus sensible de la conformité. On y regroupe plusieurs exigences, notamment l'analyse KYC (*know your customer* – connaître son client), conformité des produits et des opérations et la sécurité des données personnelles des clients.

2. Connaissance du client : l'analyse KYC

La connaissance du client « *Know Your Customer* » (KYC), est le règlement de détection que les institutions financières doivent suivre pour identifier leurs clients et obtenir des informations appropriées et pertinentes avant d'entrer en affaire financière avec eux. Les politiques KYC deviennent de plus en plus importantes à l'échelle mondiale pour empêcher la fraude, le vol d'identité et notamment le blanchiment d'argent.

Les institutions financières doivent vérifier les justificatifs d'identité et de domiciliation avant l'ouverture d'un compte. Il s'agit d'un document officiel d'identité en cours de validité portant la photographie du demandeur et un justificatif de domicile ou, à défaut de domicile stable, une attestation de domiciliation.

33 <<http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html>>.

34 C. COLLARD, *Risque juridique et conformité : Manager la compliance*, Lamy, 2017, p. 32-36.

Le document d'identité doit comprendre le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance de la personne ainsi que les caractéristiques et l'identité de l'autorité qui l'a produit. Ces informations doivent être conservées par l'établissement. Le permis de conduire peut être considéré comme un document répondant aux prescriptions réglementaires sur la vérification de l'identité mais non comme un justificatif de domicile.

Par ailleurs, dans la mesure où l'examen de la photographie figurant sur le permis de conduire ferait naître, par exemple en raison de la date où ce dernier a été établi, un doute sur l'identification de la personne, les établissements seraient fondés à compléter cette identification en demandant, le cas échéant, un document complémentaire.

3. La protection : la due diligence³⁵

La protection ou la *due diligence*, est un concept anglo-saxon qui signifie que l'institution financière doit travailler à se prémunir elle-même contre tout élément négatif qui peut être évité pour une opération. Elle se concrétise par un concept très lié à l'analyse KYC et se manifeste de deux façons :

- Investigation qui implique le recours à des experts, notamment comptables, financiers, juridiques ou fiscaux, dont les conclusions serviront de base à la prise de décision d'un investisseur.
- L'obligation de vigilance : ensemble de prescriptions légales imposant, aux établissements de crédit et à toute personne recueillant des fonds, des contrôles visant à identifier leur interlocuteur et l'origine de ses ressources.

La *due diligence* permet à l'institution d'effectuer un véritable contrôle pour améliorer la connaissance de son client ainsi que de son environnement avant d'investir. C'est la raison pour laquelle on peut la classer dans le KYC.

B. Efficacité du contrôle

Pour maintenir une crédibilité et une réputation indispensables à leur survie, les institutions financières devront mettre en place différents mécanismes de séparation et d'isolement, leur permettant de maintenir des activités aux intérêts parfois contradictoires, mais néanmoins très complémentaires. Ces dispositifs, pour un maximum d'efficacité, doivent garantir l'étanchéité parfaite (la séparation) entre les différents services quant à la circulation d'informations sensibles.

35 E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, p. 76.

Elle repose sur l'engagement d'intégrité (les institutions encourent des sanctions très sévères en cas de manquement), ainsi que sur différents dispositifs de contrôle interne (restriction de l'accès à l'information au plus petit nombre d'intervenants possible, surveillance de leurs échanges internes et externes, etc.).

1. Les procédures à remplir pour certaines opérations et les alertes

Dans la plupart des cas, les procédures exigées par la conformité lors du déroulement de certaines opérations, rentrent dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Ces opérations sont notamment les versements et les remises de chèques, les transferts et les virements. Pour chacune de ces opérations, la conformité est intéressée par la production de justificatifs.

- Dans le cas du versement, le client doit justifier la provenance des fonds. Ces justificatifs doivent être analysés et doivent être cohérents avec l'activité ou la vie du client, auquel cas une alerte peut être déclenchée. Car, il faut préciser que la première phase la plus compliquée du blanchiment d'argent c'est le placement ; c'est-à-dire réussir à loger les fonds dans une institution financière, d'où l'importance de la vigilance lors des placements.
- Dans le cas des transferts et des virements, l'intervention est encore plus aigüe. Il est toujours question de produire des justificatifs, la conformité doit s'assurer que la destination ou la provenance des fonds est bien justifiée et cohérente avec l'activité du client.

2. Sécurité des données³⁶

La sécurité des données personnelles des clients est un domaine très important et délicat. En d'autres termes, la sécurité des données personnelles des clients demande une bonne sensibilisation du personnel.

Cette exigence est prévue dans les recommandations internationales et celles des réglementations internes des institutions financières. Elle renvoie aux normes qui doivent être respectées sur le plan informatique dans l'établissement. Plus les systèmes d'information sont bons, mieux les données des clients sont en sécurité. L'institution financière doit donc veiller au respect des normes de sécurité et s'assurer de la conformité.

36 M. FRISON, *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 102-105.

L'argumentation scientifique avancée tout au long de cette étude démontre l'impact considérable de l'argent sale et ses conséquences à travers le processus du blanchiment d'argent servi sous plusieurs formes et aspects.

Son essor d'une grande délinquance à la fois financière et pénale a généré une ampleur à l'échelle mondiale. Son institutionnalisation est facilitée par l'inadaptation des systèmes juridiques et du renforcement répressif (judiciaire et policier).

Avec l'ampleur de la vulnérabilité de la lutte, nous constatons que l'évaluation générale déduite de notre étude repose sur le succès des stratégies et des plans de crimes à risques globaux, grâce aux moyens et techniques utilisés par les groupes impliqués, tout en bénéficiant des facilités offertes par le système financier et économique mondial, en particulier les domaines des affaires et de la finance.

Certes, le constat de l'avancée inexorable de l'économie criminelle fait de cette menace une des préoccupations majeures des gouvernements, se heurtant dans leur grand ensemble aux critères de la coopération efficace qui nécessite une diminution du concept de la souveraineté pour établir une lutte unie au niveau international. De cette situation, provient la difficulté d'opérer efficacement une lutte considérable.

Pour endiguer véritablement le fléau, il est nécessaire aux États d'appliquer les diverses mesures préventives et répressives examinées tout au long de cette étude, afin d'œuvrer et de fournir avec cohérence au niveau international, une amélioration qui sert à une conformité et efficacité des normes.

BIBLIOGRAPHIE

- CHAVAGNEUX C., *Les paradis fiscaux*, La découverte, 2012.
- COLLARD C., *Risque juridique et conformité : Manager la compliance*, Lamy, 2017.
- CUTAJAR C., *L'avocat face au blanchiment d'argent*, Francis Lefebvre, 2012.
- FRISON M., *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.
- HAREL X., *La grande évasion : Le vrai scandale des paradis fiscaux*, Actes Sud, 2012.
- HUNAULT M., *La lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale. L'exigence d'éthique dans les mouvements*, Les presses de Sciences Po, 2017.
- JEREZ O., *Le blanchiment d'argent*, Banque Editeur, 1998.
- LEBEGUE D., *Fraude fiscale et paradis fiscaux : Décrypter les pratiques pour mieux les combattre*, Dunod, 2014.
- LOMBARDINI C., *Banques et blanchiment d'argent*, Schulthess, 3^e édition, 2016.
- NICOLET M., *Gouvernance et fonctions clés de risque, conformité et contrôle dans les établissements financiers : Banques, assurances, sociétés de gestion*, Revue Banque, 2018.
- OUEDRAGO I., *Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme*, Université européenne, 2017.
- PERRIN B., *La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression*, L'Harmattan, 2010.
- POULIQUEN T., *Lutte contre le blanchiment d'argent*, Promoculture, 2018.
- ROUDANT M., *Marchés criminels : Un acteur global*, Presses Universitaires de France, 2015.
- VERNIER E., *Fraude fiscale et paradis fiscaux, Quand l'exception devient la règle*, Dunod, 2018.
- VERNIER E., *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, 3^e éd., 2013.
- ZUCMAN G., *La Richesse cachée des nations : Enquête sur les paradis fiscaux*, Le Seuil, 2013.

Les documents électroniques

Europol (agence européenne spécialisée dans la répression de la criminalité), disponible sur : <<http://www.europol.europa.eu>>.

GAFI (Le Groupe d'action financière), disponible sur <<http://www.fatf-gafi.org>>.

OIPC (Interpol / Organisation internationale de police criminelle), disponible sur :
<<http://www.interpol.int>>.

Transparency international, disponible sur <www.transparency.org>.

UNODC (Office des Nations-Unis contre la drogue et le crime), disponible sur :
<<http://www.unodc.org>>.

La notion de couple sous l'angle patrimonial / The Notion of Couple from a Patrimonial Point of View

Éric Fongaro, Professeur à l'Université de Bordeaux, Membre de l'IRDAP

Abstract

The notion of a “*couple*” is not dealt with by the French Civil code, which only refers to marriage, the registered partnership (which is called the civil pact of solidarity in domestic law – CPS) and cohabitation.

However, the couple has a real social utility. Although the primary function of marriage was, for a long time, procreation, its main function today is to fight against isolation. That's the reason why the State pays attention to couples. The legislator grants benefits to persons sharing the same roof and bed in return for the obligations inherent in marital life. Legally, marital life would thus be characterized by the proportionality of the legal protection with the commitments made, depending on whether one is considering cohabitation, CPS or marriage.

However, one may wonder whether this vision of the couple is still valid after the law of 26 June 2006 – which established the CPS as an alternative to the marriage –, the law of 17 May 2013 – which abolished the condition of the difference in sex of spouses - and the law of 18 November 2016 on the modernisation of 21st century justice which has contributed to get CPS and marriage closer by allowing divorce without judges and by enabling CPS to be registered by town hall.

In truth, while the boundaries between CPS and marriage tend to blur in terms of personal relationships, this is not the case in the area of family estate law. Of course, the “*primary regime*” applicable to married couples has served as a model for some of the rules applicable to CPS. However,

the proportionality between the protection of the law and the commitments made is still significant on many points. If the legal matrimonial property regime between spouses is the community, the regime of separation as to property applies to CPS. In case of divorce, the compensatory allowance (which is a kind of private social assistance) does not exist in the CPS system. In case of death, only the surviving spouse has the status of heir and can benefit from the maintenance of his or her living standards under the law. The protection of the surviving partner of the CPS can only result from donations. The differences are even more significant regarding the cohabitation, which is only a *de facto* situation not organized by law. The management of cohabitants' property will most often result from the use of external regulatory tools such as life insurance, tontine or real property civil society.

Despite the rapprochement of marriage and CPS in terms of rules applicable to relationships between persons, major differences seem to continue to exist between the different forms of conjugality. These differences highlight how, legally, the couple's life implies a state protection directly proportional to the degree of commitment of the persons involved. This justifies the maintenance in French law of the conjugal trilogy: marriage, CPS, cohabitation.

Une première vue du couple peut être recherchée dans l'étymologie du mot. Celui-ci viendrait du latin *copula*, qui signifie le lien, la liaison. Mais de quel lien, de quelle liaison s'agit-il ? Le Code civil français ne traite pas de la notion de « couple ». Le Code se réfère au mariage, au Pacte civil de solidarité (PACS), au concubinage, mais pas au couple. Le terme n'est cependant pas absent de la législation française. Il apparaît ainsi, ponctuellement, dans le Code civil, ou dans le Code de la Santé. Mais qu'est-ce qu'un couple ?

Tout d'abord, le couple ne doit pas être confondu avec la simple communauté de toit. Des amis, des frères et sœurs, qui vivraient ensemble pour faire face à l'isolement, ne formeraient pas un couple. L'arrêt *Burden*, rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le 29 avril 2008, a ainsi considéré que deux sœurs qui vivent ensemble depuis plus de trente ans dans une maison indivise ne sont pas dans une situation comparable à celle de conjoints ou de partenaires civils aux fins de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 additionnel et de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹.

Au sens du droit français, le couple suppose une communauté de toit, mais également une communauté de lit². À l'origine, le terme de couple désignait, en droit français, les personnes mariées. Avec les définitions du PACS et du concubinage, dans le Code civil, par la loi du 15 novembre 1999³, la notion de couple a incontestablement embrassé, également, ces nouvelles formes de vie en commun. Le PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune⁴. Circonscrivant la vie commune, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999, a indiqué que la vie commune suppose, outre une résidence commune, une vie de couple⁵. Quant au concubinage, il s'agit d'une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple⁶.

1 CEDH, Grande chambre, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, requête 13378/05.

2 V. par ex. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011, p. 47 et s.

3 L. n° 99-944 du 15 novembre 1999.

4 C. civ., art. 515-1.

5 Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *JORF* 16 nov. 1999 ; *D.* 2000, somm., p. 424, obs. Garneri ; *JCP* 2000, I, 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *LPA* 1^{er} déc. 1999, note Shoettl.

6 C. civ., art. 515-8.

Formeraient donc un couple, en droit français, des personnes liées par l'un de ces trois modes de conjugalité que sont le mariage, le PACS, et le concubinage. À partir de là, la question se pose de savoir si, au-delà de ces trois modes de conjugalité, existe une unité de la notion de couple.

Incontestablement, à notre époque, le couple présente une véritable utilité sociale⁷. Si, au travers du mariage, la fonction du couple a longtemps été la procréation, sa principale fonction, aujourd'hui, est de lutter contre l'isolement⁸. C'est la raison pour laquelle l'État accorde un véritable intérêt aux couples : le législateur, en contrepartie des obligations inhérentes à la vie de couple, octroie des avantages aux personnes partageant le même toit et le même lit. Juridiquement, la vie de couple se caractériserait par la « *proportionnalité* » de la protection de la loi avec les engagements pris, selon que l'on envisage le concubinage, le PACS, ou le mariage. Il est vrai que l'on peut s'interroger, aujourd'hui, sur l'actualité de cette vision du couple après la loi du 23 juin 2006, qui a érigé le PACS en alternative au mariage, - après la loi du 17 mai 2013, qui ne fait plus de la différence de sexe une condition de validité du mariage, - et après la loi du 18 novembre 2016 qui, en déjudiciarisant le divorce par consentement mutuel, et en permettant un enregistrement du PACS en mairie, a contribué à rapprocher PACS et mariage⁹. Mais, à la vérité, si les frontières du PACS et du mariage tendent à se brouiller dans les rapports entre les personnes, tel n'est pas le cas en droit patrimonial de la famille. Dans cette matière, des différences majeures persistent entre les divers modes de conjugalité et, en droit patrimonial de la famille, les différences entre le mariage, le PACS et le concubinage, illustrent combien, juridiquement, la vie de couple suppose une protection directement proportionnelle au degré d'engagement des personnes impliquées.

Afin d'apprécier l'efficacité de ce « *principe de proportionnalité* » en droit patrimonial de la famille, sans doute est-il permis de prendre pour guide l'écoulement du temps sur chaque forme de couple. C'est la raison pour laquelle la proportionnalité sera examinée, dans un premier temps, pendant la vie du couple (paragraphe 1), puis, dans un second temps, à la mort du couple (paragraphe 2).

7 Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux », *Defrénois* 2010, n° 12, p. 1319.

8 Sur les fonctions de la famille, Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, p. 7 et s.

9 B. BEIGNIER, « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.* 2017, Répère 4.

Paragraphe 1. La vie du couple

Pendant la vie du couple, les règles de droit patrimonial de la famille applicables concernent les personnes mariées et les partenaires. Il s'agit des règles relatives au régime matrimonial et au « régime *partenarial* ». Ces règles, posées par le législateur, sont spécifiques à ces personnes. En revanche, pour les concubins, « *la solution ne peut provenir que de l'utilisation d'outils extérieurs de régulation, comme l'assurance-vie, la tontine, ou la société civile immobilière*¹⁰ ». À cet égard, le « *principe de proportionnalité* » semble se vérifier entre, d'un côté, le mariage et le PACS, et, de l'autre, le concubinage. Plus avant, cette gradation se retrouve-t-elle entre mariage et PACS ? Pour répondre à cette question, sans doute convient-il de faire une distinction selon la nature des règles applicables. Tant pour le mariage que pour le PACS, le législateur a consacré un certain nombre de règles impératives. Si le principe de proportionnalité ne semble pas se vérifier pour ces dernières, il semble au contraire innover les règles supplétives applicables au mariage et au PACS. Seront donc examinés, en premier lieu, les régimes impératifs (A), et, en second lieu, les régimes supplétifs (B).

A. Les régimes impératifs

Le régime impératif applicable au mariage, également appelé régime primaire, s'applique à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial. Ce régime, fixé aux articles 212 à 226 du Code civil, pose les devoirs et les droits respectifs des époux. Y figurent notamment les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance¹¹, les règles relatives à la direction morale et matérielle de la famille¹², à la contribution aux charges du mariage¹³, au devoir de cohabitation¹⁴. On y trouve également des règles relatives au logement de la famille¹⁵, aux mesures de crises¹⁶, des règles relatives aux dettes

10 Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux ».

11 C. civ., art. 212.

12 C. civ., art. 213.

13 C. civ., art. 214.

14 C. civ., art. 215.

15 C. civ., art. 215.

16 C. civ., art. 220-1.

ménagères¹⁷, à l'indépendance financière¹⁸ et professionnelle¹⁹ des époux, etc. Pendant longtemps, ces règles ont été l'apanage des personnes mariées, y compris après la loi du 15 novembre 1999 ayant introduit le PACS en droit français. Le principe de proportionnalité était donc respecté. Mais, par la loi du 23 juin 2006, le législateur a considérablement rapproché le PACS du mariage²⁰. C'est ainsi que les partenaires liés par un PACS s'engagent désormais à une aide matérielle et à une assistance réciproque, et qu'ils sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante²¹.

L'existence de ces règles impératives, tant en matière de mariage que de PACS, constitue une sorte de régime primaire impératif du couple. De ce point de vue, on assiste à une relative convergence entre le mariage et le PACS. Émergerait ainsi un véritable droit commun des couples, qui irait à l'encontre du principe de proportionnalité qui caractériserait la gradation des différents modes de conjugalité. Pour autant, le domaine de ces régimes impératifs reste assez limité ; et s'il disparaît derrière les règles impératives, le principe de proportionnalité se retrouve dès lors que l'on s'intéresse aux régimes supplétifs.

B. Les régimes supplétifs

Les régimes supplétifs concernent non seulement les personnes mariées, mais également les personnes liées par un PACS. Les deux régimes révèlent combien, du degré d'engagement des membres du couple, dépend, en retour, le degré des avantages accordés par le législateur.

Pour les personnes mariées, dont l'engagement et les obligations sont élevés, le régime légal, applicable à défaut de contrat de mariage, est la

17 C. civ., art. 220.

18 C. civ., art. 221.

19 C. civ., art. 222.

20 H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS (Pacte civil de solidarité) est arrivé ! (Commentaire de la loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions) », *Defrénois* 2006, p. 1621 ; ID., « Note sous Loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *Dr. et patrimoine*, oct. 2007, p. 28 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la Loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1 ; J.-J. LEMOULAND et D. VIGNAUD, « Droit des couples – Mariage – Concubinage – Pacte civil de solidarité », *D.* 2007, pan., p. 1569.

21 C. civ., art. 515-4.

communauté réduite aux acquêts²². Dans ce régime, entre autres règles, les revenus du travail²³, ainsi que les revenus des biens propres²⁴, tombent en communauté, ce qui contribue à assurer une certaine solidarité entre époux. Tel n'est pas le cas dans le PACS, où le degré d'engagement est moindre que dans le mariage. Le législateur protège moins le partenaire que le conjoint : le régime légal, en matière de PACS, s'il a été le régime de l'indivision de 1999 à 2006, est aujourd'hui le régime de la séparation de biens²⁵. La proportionnalité entre le degré d'engagement des membres du couple, et les avantages octroyés par le législateur se vérifie ici.

Plus avant, si les membres du couple souhaitent aménager leurs relations patrimoniales, le législateur se montre là encore plus généreux pour les époux que pour les partenaires. Les époux bénéficient du principe de la liberté des conventions matrimoniales²⁶. Ils peuvent ainsi adopter l'un des régimes proposés par le législateur : séparation de biens²⁷, communauté conventionnelle²⁸, participation aux acquêts²⁹. Ils peuvent en outre se confectionner un régime sur mesure. La liberté des partenaires est beaucoup plus restreinte. Si ces derniers ne souhaitent pas être soumis au régime de la séparation de biens, le Code civil leur offre seulement la possibilité de choisir le régime de l'indivision³⁰. Et même si les partenaires peuvent aménager à leur convenance ce régime d'indivision, on peut observer que si le législateur propose aux époux trois régimes alternatifs au régime légal, il n'en propose

22 V. par exemple B. BEIGNIER, *Régimes matrimoniaux – Pacs – Concubinage*, Montchrestien, LMD, coll. Cours, 6^e éd., 2018 ; Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2015 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 6^e éd., 2017.

23 Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *D.* 1978, IR 238, obs. D. Martin ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, 361, note Viatte ; *JCP N.* 1981, II, 114, note Thuillier ; *RTD civ.* 1979, p. 592, obs. Nerson et Rubellin-Devichi.

24 Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *D.* 2007, p. 1578, note Nicod ; *JCP* 2007, I, 208, n° 11, obs. Simler ; *Defrénois* 2008, p. 307, obs. Champenois ; *AJ fam.* 2007, p. 230, obs. Hilt ; *Dr. fam.* 2007, n° 88, note Beignier ; *RTD civ.* 2007, p. 618, obs. Vareille.

25 C. civ., art. 515-5.

26 C. civ., art. 1387 et s.

27 C. civ., art. 1536 et s.

28 C. civ., art. 1497 et s.

29 C. civ., art. 1569 et s.

30 C. civ., art. 515-5-1.

qu'un seul aux partenaires, et encore, en pratique, le régime de l'indivision est fort peu utilisé.

On peut ainsi conclure, provisoirement, que, pendant la vie du couple, sauf en ce qui concerne les régimes impératifs, le principe de proportionnalité entre le degré d'engagement des membres du couple et les avantages octroyés par le législateur se vérifie pour l'ensemble des modes de conjugalité. Pour les concubins, pas d'engagement, pas d'avantages. Pour les partenaires, à un engagement limité correspondent des avantages réduits. Pour les époux, à un engagement fort, très minutieusement codifié, correspond une législation plus avantageuse dans le domaine des régimes matrimoniaux.

Le principe de proportionnalité ainsi évoqué, pendant la vie du couple, s'applique également à la mort du couple.

Paragraphe 2. La mort du couple

La mort du couple peut correspondre à deux hypothèses distinctes. Un couple peut disparaître en cas de décès de l'un de ses membres. Un couple peut également disparaître en cas de rupture du couple. Il est permis d'observer que, dans l'un et l'autre cas, les règles applicables à la dissolution du régime matrimonial ou à la dissolution du régime partenarial, auront vocation à s'appliquer. Le principe de proportionnalité évoqué précédemment, en matière de régime matrimonial et de régime partenarial, se retrouve ainsi à la mort du couple. Mais, plus avant, le droit consacre des règles spécifiques en cas de décès (A) de l'un des membres du couple, ou en cas de rupture (B) des membres du couple.

A. En cas de décès

En cas de décès de l'un des membres du couple, le principe de proportionnalité apparaît très clairement. Le concubin survivant n'a aucun droit légal dans la succession du prémourant. Tout au plus pourra-t-il bénéficier de droits issus de libéralités, de legs par exemple. Fondamentalement, sur le terrain successoral, le concubin survivant est traité, par le législateur, comme un tiers à la succession. Pas d'engagement, pas de droits.

La situation du partenaire lié par un PACS est à peine plus avantageuse. Le partenaire survivant ne bénéficie pas de droits successoraux dans la succession du prémourant. Il est vrai que depuis la loi du 23 juin 2006, les droits du partenaire survivant sont un peu mieux protégés en cas de décès de l'autre. Le partenaire survivant bénéficie ainsi de quelques uns des cas d'attribution préférentielle des articles 831 et suivants du Code civil, et,

surtout, du droit temporaire au logement de l'article 763 du Code civil. Mais à engagement limité, le législateur n'accorde qu'une protection limitée. On soulignera toutefois que, sur le plan fiscal, la loi du TEPA du 21 août 2007 permet d'exonérer de droits de mutation à titre gratuit les legs que peuvent se consentir des personnes liées par un PACS.

Par comparaison, la situation du conjoint survivant, fruit d'un engagement fort, est beaucoup plus avantageuse. Ainsi en va-t-il, notamment, depuis la loi du 3 décembre 2001, qui a entendu promouvoir et protéger le conjoint survivant³¹. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le conjoint survivant, qu'il soit en concours avec des descendants du défunt ou avec ses père et mère, est toujours héritier de premier rang³², et, sauf s'il opte pour la totalité de la succession en usufruit en présence d'enfants issus des deux époux³³, le conjoint survivant reçoit des droits en pleine propriété. En présence de successibles des deuxième et troisième ordres, c'est-à-dire de successibles autres que les descendants et les père et mère du défunt, le conjoint survivant recueille l'intégralité de la succession en pleine propriété³⁴. Plus avant, en l'absence de descendants, le conjoint survivant est héritier réservataire³⁵. Enfin, le conjoint survivant bénéficie d'un droit temporaire d'un an au logement³⁶, dont il ne saurait en aucune façon être privé, car le texte prévoyant ce droit est d'ordre public, et d'un droit viager au logement³⁷, dont il ne peut être privé par l'époux prémourant qu'aux termes d'un testament authentique³⁸. Ainsi, en cas de dissolution du mariage

31 Sur le sujet, V. notamment, B. BEIGNIER, « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Dr. et patr.* mai 2003, p. 83 ; ID., « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. 8 ; S. FERRE-ANDRE, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; Y. FLOUR, « Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, doct., p. 1412 ; J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, p. 739.

32 C. civ., art. 756.

33 C. civ., art. 757.

34 C. civ., art. 757-2.

35 Sur le sujet, V. : E. FONGARO et M. NICOD, *Rép. civ. Dalloz*, V^o « Réserve héréditaire – Quotité disponible », n^o 62.

36 C. civ., art. 763.

37 C. civ., art. 764.

38 S. PIEDELIEVRE, « Droit au logement du conjoint survivant », *Mélanges Decottignies*, PU Grenoble, 2003, p. 269 ; N. LEVILAIN, « Droit au logement temporaire », *JCP*

par décès, l'engagement contraignant du mariage contribue à ce que le législateur, en contrepartie, octroie d'importants avantages au conjoint survivant. Le principe de proportionnalité se trouve là encore vérifié.

Plus avant, le principe de proportionnalité se trouve exacerbé lorsque l'on envisage, de façon globale, le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions. En effet, lorsqu'une personne mariée décède, la liquidation de sa succession suppose, au préalable, que soit liquidé son régime matrimonial. Dans chaque système juridique, le droit des successions ne saurait être envisagé séparément du droit des régimes matrimoniaux. Il existe une sorte de principe de « *vases communicants* » entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions dans le dessein d'assurer, par-delà le décès, le maintien du train de vie du conjoint survivant³⁹. Dans un schéma général, lorsque le régime légal d'un pays est la séparation de biens, les droits successoraux du conjoint survivant sont importants. Inversement, lorsque le régime légal est un régime de communauté, les droits successoraux du conjoint survivant sont réduits⁴⁰. Le droit français déroge à ce schéma général puisque le régime légal français est la communauté réduite aux acquêts et que les droits du conjoint survivant sont importants. Le conjoint survivant se trouve donc doublement protégé dans le régime légal français. À l'inverse, le partenaire, et, *a fortiori* le concubin, ne sont pas légalement protégés. Ils ne bénéficient d'aucun droit successoral, et, pour le partenaire, le régime légal est la séparation de biens. Le principe de proportionnalité est ici évident. Le maintien du statut patrimonial par-delà la mort constitue un objectif du législateur français pour les personnes engagées dans les liens forts du mariage, mais pas pour les personnes liées par un PACS et encore moins pour les concubins.

B. La rupture du couple

En cas de rupture du couple, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'ancienne appartenance au couple continue de produire des effets par-delà la rupture.

N. 2002, 1140 ; ID., « Droit viager au logement », *JCP N.* 2003, 1043 ; B. VAREILLE, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1721.

39 E. AGOSTINI, « Le droit comparé des successions et des régimes matrimoniaux », in *Droit patrimonial européen de la famille* (coord. E. FONGARO), LexisNexis Actualité, p. 97 et s.

40 *Ibid.*

Sur ce point, parmi les trois modes de conjugalité, le mariage occupe une place particulière, parce que l'on ne sort pas d'un mariage aussi facilement que d'un PACS ou d'un concubinage. En cas de rupture du couple, le mariage se caractérise par un statut protecteur. Par le divorce, le législateur entend encadrer au mieux la sortie du mariage. Le divorce conduit ainsi à démarquer la fin du mariage de la dissolution des autres modes de conjugalité. La rupture du PACS et du concubinage sont libres, pas celle du mariage, même si le nouveau divorce par consentement mutuel a, en France, rapproché le mariage du PACS⁴¹. Or, « *si le divorce est fortement encadré par la loi, c'est parce que le mariage [...] est une institution comportant un versant non négligeable d'obligations. La protection garantie à la sortie du couple en est la contrepartie*⁴² ». Et l'on retrouve alors le principe de proportionnalité. Parce que le mariage génère des obligations importantes, le législateur prévoit, en cas de divorce, des compensations pécuniaires spécifiques au divorce. C'est encore la règle du « *donnant-donnant* ». On peut en prendre deux exemples. La prestation compensatoire d'abord : celle-ci apparaît comme « *une aide sociale privée entre ex-époux*⁴³ ». Les dommages-intérêts ensuite : en cas de rupture du PACS, les dommages-intérêts revêtent une nature contractuelle ; tel n'est pas le cas en matière de divorce. Le principe de proportionnalité rencontré pendant la vie du couple et à la dissolution de celui-ci par décès se retrouve donc lors de la rupture du couple.

Pour conclure, que penser de ce principe de proportionnalité ? Sans doute que celui-ci repose peut-être davantage sur une conception publiciste que privatiste du couple. Le couple, aujourd'hui, est sans doute moins tourné vers la procréation que vers la lutte contre l'isolement. Le principe de proportionnalité, qui justifierait l'existence des différents modes de conjugalité, permettrait ainsi au législateur de trouver un juste équilibre, dans la lutte contre l'isolement, entre la solidarité familiale et la solidarité étatique.

41 B. BEIGNIER, « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille ».

42 Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux*.

43 *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

- AGOSTINI E., « Le droit comparé des successions et des régimes matrimoniaux », *in Droit patrimonial européen de la famille* (coord. FONGARO E.), LexisNexis Actualité, p. 97 et s.
- BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. 8.
- BEIGNIER B., « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Dr. et patr.*, mai 2003, p. 83.
- BEIGNIER B., « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.* 2017, Répère 4.
- BEIGNIER B., *Régimes matrimoniaux – Pacs – Concubinage*, Montchrestien, LMD, coll. Cours, 6^e éd., 2018.
- DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux », *Deffrénois* 2010, n° 12, p. 1319.
- FERRE-ANDRE S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2002, p. 863.
- FLOUR Y., « Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, doct., p. 1412.
- FONGARO E. et NICOD M., *Rép. civ. Dalloz*, V° « Réserve héréditaire – Quotité disponible », n° 62.
- FULCHIRON H., « Le nouveau PACS (Pacte civil de solidarité) est arrivé ! (Commentaire de la loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions) », *Deffrénois* 2006, p. 1621.
- FULCHIRON H., « Note sous Loi numéro 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *Dr. et patrimoine*, oct. 2007, p. 28.
- HAUSER J. et DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2003, p. 739.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la Loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1.
- LEMOULAND J.-J. et VIGNAUD D., « *Droit des couples – Mariage – Concubinage – Pacte civil de solidarité* », *D.* 2007, pan., p. 1569.
- LEVILAIN N., « Droit au logement temporaire », *JCP N.* 2002, 1140.
- LEVILAIN N., « Droit viager au logement », *JCP N.* 2003, 1043
- MALAURIE Ph. et AYNES L., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 6^e éd., 2017.

- MALAURIE Ph. et FULCHIRON H., *Droit civil, La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011.
- PIEDELIEVRE S., « Droit au logement du conjoint survivant », *Mélanges Decottignies*, PU Grenoble, 2003, p. 269.
- TERRE Fr. et SIMLER Ph., *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2015.
- VAREILLE B., « Les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1721.
- Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *D.* 1978, IR 238, obs. D. Martin ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, 361, note Viatte ; *JCP N.* 1981, II, 114, note Thuillier ; *RTD civ.* 1979, p. 592, obs. Nerson et Rubellin-Devichi.
- Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *D.* 2007, p. 1578, note Nicod ; *JCP* 2007, I, 208, n° 11, obs. Simler ; *Defrénois* 2008, p. 307, obs. Champenois ; *Aj fam.* 2007, p. 230, obs. Hilt ; *Dr. fam.* 2007, n° 88, note Beignier ; *RTD civ.* 2007, p. 618, obs. Vareille.
- Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *JORF*, 16 nov. 1999 ; *D.* 2000, somm., p. 424, obs. Garneri ; *JCP* 2000, I, 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *LPA* 1^{er} déc. 1999, note Shoettl.
- CEDH, Grande chambre, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, requête 13378/05.

Quelques difficultés majeures de mise en œuvre de la réforme du droit des contrats / A Few Major Difficulties in Implementing the Reform of the Law of Contract

Éric Savaux, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'USEK, Professeur agrégé des Facultés de Droit, Co-directeur de l'équipe de recherche en droit privé de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers (EA 1230)

Abstract

The reform of the ordinary French law of contracts, carried out by the *Ordonnance* of the 10th of February 2016, ratified by the Law of the 20th of April 2018, created some major difficulties of application.

Many substantial questions are raised, such as the general issue of the sources of interpretation, that are made uncertain by the adopted particular legislative procedure. Also raised are questions of whether the texts are imperative or not, and how they should be articulated with the special laws. Besides, the discussion of the ratification law revealed the existence of more or less acute differences concerning the emblematic provisions related to revision for unforeseeable change of circumstances, exploitation of the other contractant's state of dependency, abusive clauses, and contracts of adhesion (standard-form contracts).

The modifications introduced to the *Ordonnance* of 2016 by the Law of the 20th of April 2018, add even more issues related to the application in time of the rules, than there were in the original text. The transitional provisions contained within both texts and thought to fix such problems, are insufficient. Despite the legislator's rather vain pretention to limit the role of jurisprudence, it is up to the latter, jurisprudence, to give body to the reform, whether concerning its application in time or on a substantial level.

Adoption et objectifs de la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016. Après plus de dix ans de réflexion et divers projets, savants et gouvernementaux, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est finalement advenue par l'ordonnance du 10 février 2016¹. Les objectifs de la réforme, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016², sont connus. En matière contractuelle, il s'agit prioritairement d'accroître la sécurité juridique, ce qui nécessite de rendre « *plus lisible et plus accessible le droit des contrats*³ ». Ensuite, de renforcer l'attractivité du droit français pour faciliter son application dans les contrats du commerce international, grâce à la sécurité précédemment évoquée et à d'autres moyens, comme la consécration d'institutions issues de la pratique⁴. Enfin, consacrer un droit commun des contrats plus juste, par la consécration de « *solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties*⁵ ». La consécration formelle des principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi s'accompagne ainsi d'innovations plus ou moins importantes, concernant notamment la sanction de l'abus de dépendance assimilé à la violence et la prohibition des clauses abusives dans les contrats d'adhésion⁶.

Questions générales suscitées par la réforme. Bien que la réforme ait été faite largement à droit constant – du moins prétendument constant –, en « *codifiant la jurisprudence* », et qu'elle ne bouleverse donc pas l'existant, les nouveaux textes ont immédiatement suscité une littérature très abondante, pratiquement une nouvelle exégèse⁷.

1 *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, Texte n° 26.

2 Ord. 10 février 2016, art. 9, al. 1^{er}. C'est le principe, assorti d'un certain nombre d'exceptions en matière contractuelle. *V. infra*.

3 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, Texte n° 25, p. 4.

4 Comme la cession de contrat (art. 1216 à 1216-3). L'abandon de la notion de cause est également mis au nombre des modifications censées renforcer l'attractivité de notre droit : Rapport au Président de la République, p. 4-5.

5 Rapport au Président de la République, p. 5.

6 Sur lesquelles, *V. infra*.

7 Ce que traduisent le titre et le contenu de certains ouvrages : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018 ; *La réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations* (dir. Th. DOUVILLE),

Au-delà des difficultés particulières d'interprétation auxquelles chacune des nouvelles dispositions donne lieu, des questions plus générales sont apparues. Pas tant celle de l'inspiration économique, philosophique ou sociologique de la réforme qui n'a pas beaucoup mobilisé les esprits⁸, que des problèmes plus techniques. À quelles sources peut-on s'alimenter pour interpréter le Code civil réformé ? Les nouveaux textes sont-ils impératifs ou supplétifs ? Comment ce droit commun des contrats modernisé se combine-t-il avec le droit des contrats spéciaux ? Comment les règles s'appliquent-elles dans le temps ?

Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une interrogation majeure demeurait également concernant le sort final de la réforme, même après son entrée en vigueur en raison du recours à une ordonnance. Le risque de caducité découlant de l'absence de dépôt d'un projet de loi de ratification dans les six mois à compter de la publication de l'ordonnance⁹ a été rapidement écarté après qu'un tel projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016¹⁰. Sa discussion n'ayant jamais été inscrite à l'ordre du jour, un second projet a été déposé au Sénat après le début de la nouvelle législature, le 9 juin 2017¹¹.

Lorsqu'il a été habilité à légiférer par ordonnance, le Gouvernement avait déclaré qu'il laisserait le temps aux parlementaires de discuter du texte lors de sa ratification. On pouvait craindre une manœuvre destinée à obtenir

Gualino, 2^e éd., 2018. *Adde.* F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz Référence, 2^e éd., 2018.

- 8 V. cependant : T. REVET, « Une philosophie générale », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016, Hors-série, p. 5 ; G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, « Rapport introductif », in *Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, 3, p. 572 ; D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », in *Le nouveau discours contractuel*, p. 589 ; F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in *Le nouveau discours contractuel*, p. 600. Dans les commentaires précités : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 39 et s.
- 9 L'exigence découle de l'addition de l'article 38, al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 27-II, 2° de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 (relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures) qui a habilité le Gouvernement à réformer le droit des obligations par ordonnance.
- 10 Projet de loi n° 3928.
- 11 Texte n° 578. Dans les deux cas, il s'agissait de projets de loi de ratification « sèche », sans aucune modification. Un article unique disposait « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est ratifiée* ».

la renonciation du Parlement à intervenir dans un domaine qui relève normalement de sa compétence¹², mais le Gouvernement a finalement honoré sa promesse. La loi de ratification a en effet été votée définitivement par le Sénat le 11 avril 2018 après deux navettes avec l'Assemblée nationale et l'élaboration d'un texte en commission mixte paritaire à l'occasion desquelles les parlementaires ont parfois exprimé des points de vue sensiblement différents sur des questions importantes¹³. La loi a été promulguée le 20 avril 2018 et publiée au Journal officiel le 21 avril¹⁴.

Le vote de la loi de ratification clôt provisoirement le processus de réforme du droit français des contrats en attendant celle de la responsabilité civile qui reviendra sur les dommages-intérêts contractuels¹⁵.

Apports de la loi de ratification à la solution de quelques problèmes généraux de mise en œuvre de la réforme ; difficultés subsistantes. L'ordonnance du 10 février 2016 est ratifiée, ce qui donne aux textes qui en sont issus valeur législative et non plus simplement réglementaire. Mais il ne s'agit pas d'une ratification « sèche » se réduisant à une approbation intégrale des nouveaux textes. La loi comporte en effet un certain nombre de modifications des dispositions du Code civil réformé. En matière contractuelle, elles sont une quinzaine. Une seule constitue une correction de style¹⁶, les autres énonçant des changements de fond plus ou moins importants.

12 Constitution du 4 octobre 1958, article 34 : « ... La loi détermine les principes fondamentaux : ... du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ».

13 *Infra*.

14 Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1. Sur ce texte, v. notamment : M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *ibid.*, p. 912 ; La « réforme de la réforme » du droit des obligations : (I) *Le contrat*, *AJ Contrat* 2018, Dossier, p. 251 ; *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018, Hors-série.

15 Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le Garde des sceaux, article 1233 à 1234 (dispositions liminaires), articles 1235 à 1240 (dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle) et articles 1250 à 1252 (dispositions propres à la responsabilité contractuelle). Le texte est consultable à l'adresse : <http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf>.

16 Le remplacement, dans l'article 1217 qui énonce les moyens offerts au créancier, du mot « solliciter » par « obtenir » pour la réduction du prix.

Après celui du Code de 1804 et celui issu de l'ordonnance du 10 février 2016, nous disposons donc d'un troisième droit commun des contrats résultant de la loi du 20 avril 2018. Cela suscite de nouveaux problèmes d'application de la loi dans le temps, que la loi de ratification s'efforce elle-même de régler en ajoutant aux dispositions transitoires de l'ordonnance du 10 février 2016. Mais ce complément est pour partie problématique.

Par son contenu et par les discussions qui ont précédé son adoption, la loi du 20 avril 2018 apporte un certain nombre de réponses aux difficultés générales de mise en œuvre précédemment évoquées. On pouvait également craindre que le Sénat qui était hostile à la réforme du droit des obligations par voie d'ordonnance¹⁷ ne saisisse l'occasion de la loi de ratification pour tenter de modifier en profondeur les nouveaux textes, menaçant ainsi l'équilibre voulu par le Gouvernement. Apparemment, il n'en a rien été, cette assemblée ayant au contraire prétendu coopérer en s'efforçant d'améliorer le texte gouvernemental¹⁸. Il n'empêche que le Sénat est quand même revenu sur certains points emblématiques et parmi les plus controversés de la réforme comme l'obligation d'information et la réticence dolosive, l'abus de dépendance, la définition du contrat d'adhésion et l'élimination des clauses abusives dans ce type de contrat, la révision du contrat pour imprévision...

Ses points de vue n'étant pas partagés par l'Assemblée nationale qui a fermement soutenu dès le départ la réforme par ordonnance, il a fallu des échanges nourris pour parvenir à un accord¹⁹. La loi de ratification est intéressante par le compromis auquel les assemblées ont abouti, donc par ce que dit le texte. Il l'est aussi par ce qu'il ne dit pas, c'est-à-dire par les propositions qui ont finalement été abandonnées dans l'impossibilité de parvenir à un accord.

Les difficultés générales de mise en œuvre de la réforme suscitées par l'ordonnance du 10 février 2016, réglées plus ou moins par la loi du 20 avril 2018 ou, au contraire accrues par elle, sont donc finalement de deux ordres. Certaines concernent le contenu substantiel du droit des contrats réformé (paragraphe 1), les autres son application temporelle (paragraphe 2).

17 Il avait rejeté le projet de loi d'habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance à l'unanimité moins une voix...

18 F. PILLET, « Réforme du droit des contrats : le Sénat responsable et constructif », *D.* 2018, p. 64.

19 F. CHÉNEDÉ, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *Af contrat* 2018, p. 25.

Paragraphe 1. Contenu substantiel du droit des contrats réformé

Le droit commun en général et des dispositions particulières. Le droit des contrats réformé a suscité dès la promulgation de l'ordonnance des questions générales de fixation de son contenu et de sa portée, valables pour l'ensemble des textes, auxquelles la loi du 20 avril 2018 tente d'apporter des éléments de réponse.

De son côté, la discussion de cette loi a révélé l'existence de difficultés persistantes concernant la teneur de quelques dispositions particulières, souvent emblématiques.

A. Contenu et portée du droit commun en général

Instruments d'interprétation du droit des contrats réformé. Les problèmes généraux de détermination du contenu du nouveau droit commun des contrats sont largement dus, pour deux sur trois précisément, au recours à la procédure de l'ordonnance pour légiférer.

Le premier concerne les instruments de l'interprétation des textes. La difficulté provient de ce qu'il n'y a pas eu de travaux parlementaires préalables susceptibles d'éclairer l'intention du législateur. En leur absence, deux sources principales étaient disponibles, également problématiques.

D'abord, le Rapport au Président de la République publié au Journal officiel en même temps que l'ordonnance. Le Gouvernement y indique en effet, outre les objectifs poursuivis par la réforme²⁰, les solutions qu'il a entendu édicter en précisant s'il s'agit de nouveautés ou pas et les sources auxquelles il a puisé²¹. L'opinion assez largement dominante est que ce texte n'a aucune valeur juridique ou portée normative particulière²² ou qu'une

20 *V. supra.*

21 Par exemple, à propos du préjudice réparable en cas de rupture fautive des négociations (p. 10), de la sanction de la rétractation fautive de l'offre (p. 12), de celle de la violation d'une promesse de contrat ou d'un pacte de préférence (p. 13) ...

22 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 34 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, p. 15 ; L. LEVENEUR, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Contrats, Conc., Cons.* 2016, dossier 2, n° 11, auxquels on peut ajouter : P. PUIG, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances (à propos du Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-13 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) », *RTD civ.* 2017, p. 84, qui

portée extrêmement faible, proche de celle d'une circulaire²³. Il est exact que le rapport n'a pas de valeur normative parce que, bien qu'ayant le même auteur et bien qu'étant publié en même temps, le rapport n'est pas l'ordonnance ; il n'en fait pas partie²⁴. Le rapport n'a donc aucune valeur interprétative impérative, c'est-à-dire s'imposant aux acteurs du droit²⁵.

Pour autant, il n'est pas possible de conclure, comme le font certains auteurs, que le rapport n'a qu'une autorité similaire à celle des interprétations doctrinales²⁶. Pour cela, il faut considérer que, comme les commentateurs de l'ordonnance, les auteurs du rapport cherchent à convaincre du bien-fondé et de l'utilité du sens qu'ils donnent au texte. Or, ce n'est pas le cas, ce qui peut expliquer le faible contenu argumentatif du rapport dénoncé par ceux qui le rapprochent de l'interprétation « scientifique ». Enfin, le rédacteur du rapport n'est pas une simple autorité scientifique contribuant par sa réflexion à la compréhension et à l'application de l'ordonnance, mais l'auteur même de celle-ci. Une plus grande attention doit être portée à ses indications. Lui seul révèle l'intention du législateur qu'il est quand même souhaitable de connaître lorsque l'on doit appliquer le droit nouveau²⁷.

ne reconnaît au rapport que l'autorité persuasive – au demeurant faible, selon l'auteur – des propositions doctrinales.

- 23 F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, n° 002-11.
- 24 Cela résulte d'un arrêt du Conseil d'État qui a jugé que le rapport présenté au Président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en Conseil des ministres (...) ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir : CE, 19 oct. 2005, n° 283471. Cela signifie que même si les termes du Rapport paraissent prescrire une règle (concernant, par exemple, le caractère impératif ou supplétif des nouvelles dispositions) il ne s'agit pas d'une disposition obligatoire, d'une norme. Le Conseil d'État suggère le fondement de la solution, qui réside dans le but de ce document qui « a pour objet de l'éclairer sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu ». Le Rapport au Président de la République n'est pas destiné à énoncer des prescriptions adressées aux acteurs du droit. Il est seulement fait pour informer le Président de la République qui doit promulguer l'ordonnance après examen en Conseil des ministres.
- 25 Pour de plus amples justifications : P. PUIG. « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances ».
- 26 *Ibid.*
- 27 Cela étant, quelques traits notables affaiblissent l'autorité de ce rapport. Il arrive qu'il contienne des erreurs par rapport au texte de l'ordonnance (comme s'agissant de la prétendue symétrie des formalités d'opposabilité de la subrogation et de la cession de créance au débiteur (E. SAVAUX, « Le paiement avec subrogation », in *Le nouveau régime général des obligations* (dir. V. FORTI et L. ANDREU), Dalloz, 2016, coll. Thèmes et commentaires, p. 141, n° 15 et 16. Pour d'autres exemples d'erreurs et de faiblesses du rapport : M. LATINA, « Apprécier la réforme », *RDC* 2016, 3, p. 615 ;

La seconde source est un ouvrage singulier dans la littérature juridique²⁸. Rédigé par deux magistrats et une universitaire « *étroitement impliqués dans l'élaboration de (la) réforme* », il est destiné à répondre à la demande « *d'une plus grande transparence sur les observations qui ont été adressées à la Chancellerie, sur les différents projets élaborés et, dans la mesure du possible, sur les raisons qui ont motivé les choix opérés par la Chancellerie*²⁹ ». Mais sa portée normative est nulle et sa portée interprétative limitée, ce que ses auteurs confessent en indiquant qu'il ne s'agit que de la relation de souvenirs personnels et pas d'indications provenant du Ministère de la Justice.

Avec l'adoption de la loi de ratification, les instruments de l'interprétation changent puisque l'on dispose cette fois des travaux parlementaires (rapports, comptes-rendus des séances...). Chacun sait qu'il n'est pas toujours facile d'y trouver des indications sûres et que même celles-ci ne s'imposent pas au juge. Mais en raison des incertitudes précédemment évoquées, les parlementaires ont fait un effort particulier de pédagogie. Ainsi, le rapport au Sénat sur le projet de loi de ratification comporte-t-il de nombreuses interprétations des textes, sans proposition de modification. Le rapporteur s'en est expliqué³⁰ : en l'absence de travaux préparatoires permettant de connaître l'intention du Gouvernement, il appartient à ceux de la loi de ratification de fournir les éclaircissements attendus par les praticiens.

Force du droit commun des contrats réformé. Ce n'est pas un hasard si ceux-ci concernent particulièrement les deux autres incertitudes affectant de manière générale la détermination du nouveau droit commun des contrats.

F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*. Les illustrations qu'il donne des moyens employés pour satisfaire les objectifs (la sécurité, la prévisibilité, la justice contractuelle...) peuvent souvent être contestées, les textes ayant des inspirations multiples ou pouvant s'expliquer d'une autre manière. G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, « Rapport introductif », p. 572 ; D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », p. 589 ; T. REVET, « Rapport de synthèse », in *Le nouveau discours contractuel*, p. 627) Il n'est donc pas acquis que les juges suivront les indications du rapport dont la force de persuasion n'est pas très grande. Mais quand un texte est ambigu ou mal rédigé, ses indications devraient être suivies si elles sont claires.

28 F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Essai, 2016.

29 *Ibid.*, n° 00-07.

30 F. PILLET, « Réforme du droit des contrats : le Sénat responsable et constructif ».

La première qui préoccupe beaucoup les rédacteurs d'actes est celle du caractère supplétif ou impératif des nouveaux textes. Quelques rares articles sont expressément déclarés d'ordre public. Mais les parties peuvent-elles librement déroger aux autres ? Le Rapport au Président de la République indique que « *sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné, [il] n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception* ». Mais la déclaration n'a pas suffi à rassurer compte tenu de l'absence de portée normative du Rapport et du fait que la jurisprudence s'est toujours reconnu le pouvoir de déclarer des textes impératifs au-delà de la prévision de la loi.

Pour essayer de régler la question, le rapport de la commission des lois au Sénat contient « *une règle générale d'interprétation, selon laquelle doivent seules être considérées comme impératives les dispositions expressément mentionnées comme telles dans l'ordonnance ou celles dont la rédaction indique sans équivoque le caractère impératif*³¹ ». Il affirme par ailleurs le caractère supplétif d'un certain nombre de dispositions (art. 1221 sur l'exécution forcée disproportionnée, art. 1195 sur la révision pour imprévision...)

Même si l'intention du législateur se fait ainsi plus claire, il n'est pas sûr qu'elle limitera vraiment le juge dans sa recherche de l'impérativité des règles, d'autant moins que les justifications manquent ou sont parfois curieuses³².

Domaine du droit commun des contrats réformé. Il en va de même pour la solution de la dernière difficulté générale concernant le nouveau droit commun du contrat : son articulation avec le droit spécial.

Le projet d'ordonnance ne contenait aucune règle. Finalement, enregistrant les critiques apparues au cours de la consultation publique³³, le nouvel article 1105 dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve (des) règles particulières (à certains contrats)* ». C'est la consécration du principe *specialia generalibus derogant* auquel la doctrine et la jurisprudence avaient antérieurement recours en l'absence de texte.

31 F. PILLET, « Réforme du droit des contrats : le Sénat responsable et constructif ».

32 Par exemple, le fait que l'article 1221 serait une application de l'abus de droit, qui devrait plutôt conduire à l'impérativité.

33 Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? » in *Le projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2015, 3, p. 616.

Pourtant, sa mise en œuvre est mal aisée car il existe au moins deux façons d'appliquer la règle³⁴. Dans la conception « *souple* », qui repose sur le seul constat d'une simple concurrence entre les règles générales et spéciales, le droit commun n'a qu'une vocation subsidiaire, pour ne pas dire résiduelle, puisqu'il ne s'applique qu'en l'absence de disposition spéciale. La conception « *stricte* » exige au contraire une véritable incompatibilité supposant qu'il est impossible de se conformer en même temps à l'une et à l'autre règle³⁵.

La vocation à la généralité du droit commun affirmée par l'article 1105, alinéa 1^{er}, et par le Rapport au Président de la République qui évoque, comme critère de l'éviction des dispositions de l'ordonnance, l'impossibilité de les appliquer simultanément avec d'autres règles, penchent plutôt en faveur de la seconde conception. Mais il n'y rien de suffisamment clair pour brider véritablement la liberté des juges dans la caractérisation des contradictions³⁶.

En revanche, l'article 1105 n'a pas, à première vue, vocation à résoudre un autre conflit : celui entre les règles générales du contrat et certains droits catégoriels, tels le droit de la consommation ou de la concurrence. L'adjectif démonstratif « *ces* » employé par l'alinéa 3 désigne « *les règles particulières à certains contrats... établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* » de l'alinéa qui précède. En outre, contrairement à certains projets, il n'est pas indiqué que ces règles peuvent se trouver dans « *d'autres codes et lois*³⁷ ».

En cas d'incompatibilité, l'article 1105 ne devrait donc pas conduire à écarter systématiquement les articles 1101 et suivants du Code civil au

34 Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, (préf. Y. LEQUETTE), LGDJ, Bibl. droit privé, 2009, t. 509, n° 368 et s., à qui nous empruntons les qualificatifs et les critères.

35 *Ibid.*, n° 383 et s.

36 Cherchant à déterminer si le nouvel article 1165 C. civ. a le même objet que la règle jurisprudentielle permettant au juge de réviser la rémunération excessive du mandataire ou de l'entrepreneur : D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529, n° 26. Pour des illustrations de conflits (ou pas), entre le Code de commerce et un règlement européen, le Code de commerce et le droit de l'arbitrage... et les enseignements possibles pour l'application de l'article 1105 C. civ. : H. BARBIER, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 837, et les arrêts analysés.

37 Art. 1103 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ; art. 11 du projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques. Pour résoudre la difficulté, certains auteurs proposent donc de réintroduire une formule proche : J. HUET et A. GHOZI, « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC* 2017, 1, p. 169.

profit du droit catégoriel. Le Rapport au Président de la République indique pourtant le contraire, s'agissant notamment de l'incompatibilité avec les dispositions du Code du commerce ou du Code de la consommation. Le rapporteur au Sénat de la loi de ratification soutient la même position³⁸.

Il n'est pas sûr non plus que les juges se sentent toujours liés par cette interprétation qui n'est pas incontestable au regard du texte³⁹.

Le nouveau dispositif civil de lutte contre les clauses abusives fait justement partie des règles particulières dont la teneur a été rediscutée et parfois modifiée par la loi de ratification.

B. Teneur de quelques règles particulières

Vue générale des modifications résultant de la loi de ratification.

Dans l'ensemble, les parlementaires n'ont pas souhaité modifier en profondeur le nouveau droit des contrats parce qu'il leur paraît assez bien accueilli et parce qu'il convient de ne pas créer d'instabilité nuisible pour la pratique. Néanmoins, l'existence d'imperfections et la persistance de certaines critiques ont conduit le Sénat à proposer des modifications de fond qui n'ont pas toutes été adoptées, l'Assemblée nationale étant plus nettement favorable aux options gouvernementales.

Avant d'examiner les nouvelles règles controversées, signalons rapidement les autres principaux changements de l'ordonnance destinés à corriger des oublis, à réduire des incertitudes et à rassurer les praticiens. La loi de ratification précise que le préjudice réparable en cas de rupture fautive des négociations ne comprend pas la perte de la chance d'obtenir les avantages attendus du contrat (art. 1112, al. 2). Elle ajoute que l'offre est caduque en cas de décès de son destinataire (art. 1117, al. 2). Elle précise

38 F. PILLET, « Réforme du droit des contrats : le Sénat responsable et constructif » : « (le rapport) précise par exemple que le dispositif de sanction des clauses abusives du Code civil n'est pas applicable dans les champs couverts par les dispositions similaires du Code de la consommation et du Code de commerce ».

39 On peut l'admettre lorsque les textes en question peuvent être analysés comme des règles particulières à certains contrats, conformément à l'article 1105, al. 2, comme c'est le cas de celles applicables aux contrats de consommation qui constituent une catégorie définie par rapport à la qualité des parties (consommateur, professionnel, non professionnel : article préliminaire C. consom.). C'est beaucoup plus douteux lorsqu'il s'agit de textes dont le domaine n'est fixé en considération d'aucun type particulier de contrat, tel l'art. L. 642-6, I, 2° C. com. qui sanctionne le fait de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif. Rapp. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 115.

que le fait de ne pas révéler au cocontractant son évaluation de la valeur de la prestation ne constitue pas un dol (art. 1137, al. 2). Elle restreint l'interdiction faite au représentant d'agir pour le compte de plusieurs parties au contrat à la seule représentation des personnes physiques et aux parties en opposition d'intérêts (art. 1161). Elle modifie le régime de la réduction du prix en cas d'exécution imparfaite de la prestation (art. 1223).

Révision du contrat pour imprévision. Le Sénat entendait particulièrement corriger trois sortes de dispositions, en réalité les plus emblématiques de la recherche d'une certaine justice contractuelle mais qui inquiètent les milieux d'affaires : celles concernant la sanction des clauses abusives, l'abus de l'état de dépendance et le régime de l'imprévision. Le résultat est très variable selon les cas.

Il est pratiquement nul pour ce qui concerne la révision du contrat pour imprévision. Le Sénat souhaitait n'accorder au juge le pouvoir d'adapter le contrat qu'avec l'accord des parties. Sur la demande de l'une d'elles seulement, il n'aurait pu que résoudre le contrat⁴⁰. Le Sénat a renoncé à cette modification en commission mixte paritaire au motif discutable que cette possibilité de révision sur la demande d'une partie ne s'appliquerait pas en pratique⁴¹. Curieuse méthode législative qui consiste à n'adopter un texte que parce que l'on pense – on espère – qu'il restera lettre morte. L'Assemblée nationale a donc sauvé cette disposition souvent présentée comme caractéristique de l'impératif de justice contractuelle inspirant l'ordonnance. Mais la loi de ratification exclut désormais son application aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers (C. mon. et fin., art. L 211-40-1).

Abus de la dépendance du cocontractant. Pour la sanction de l'abus de l'état de dépendance que le nouvel article 1143⁴² traite comme un cas de violence, le bilan est à première vue mince. À l'origine le Sénat entendait

40 Proposition de modification de la seconde phrase de l'article 1195, al. 2 par la suppression des mots « réviser le contrat ou y » et l'ajout de « au contrat » après « mettre fin ».

41 Parce que le texte est supplétif et qu'il sera très souvent écarté par les parties. Également, parce que si l'une des parties sollicite la révision, l'autre demandera reconventionnellement la résolution du contrat pour laquelle les juges ont une préférence.

42 « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard (L. 20 avr. 2018), obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

limiter le texte, conformément à la jurisprudence antérieure⁴³, au seul état de dépendance économique, contrairement au Gouvernement qui, visant toutes les situations de dépendance psychologique, sociale..., entendait faire du texte une mesure de protection des personnes vulnérables. L'Assemblée nationale a aussi réussi à imposer cette conception. La seule correction apportée au texte est de préciser que la dépendance doit être constituée « à l'égard » du cocontractant. Contrairement aux vœux du Sénat, l'état de dépendance considéré n'est donc pas seulement économique (l'absence de marché de remplacement, par exemple). Il peut résulter de l'âge, de la faiblesse de la volonté, de la maladie... Mais en réalité, la précision n'est pas négligeable et elle est de nature à restreindre notablement les cas d'application du texte. Ainsi, s'agissant par exemple de la dépendance due à une fragilité sociale (l'absence de travail et de revenus, le besoin urgent de logement...), il ne suffira pas de la démontrer de manière générale. Elle devra être caractérisée précisément à l'égard du contractant, par le fait, par exemple qu'il soit le seul à pouvoir fournir un travail ou un logement. L'article 1143 est ainsi sensiblement en retrait d'autres dispositions qui, tel l'article 214-2 du Code des obligations et des contrats libanais au titre de la lésion choquante et anormale, sanctionnent l'exploitation de « *la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de (la) victime* ».

Clauses abusives. C'est finalement sur la sanction des clauses abusives que les changements sont les plus notables, cette fois dans le sens souhaité par le Sénat.

L'introduction dans le Code civil d'un dispositif de lutte contre les clauses abusives a suscité une assez vive résistance qui a persisté au-delà de l'adoption de l'ordonnance, les deux assemblées ayant proposé des modifications dans des sens sensiblement différents.

Antérieurement à l'ordonnance, l'inquiétude des milieux économiques avait déjà conduit à limiter le champ du dispositif. Le projet d'ordonnance n'énonçait en effet aucune limite : tout contrat, quel que soient son objet et la qualité des parties aurait pu être soumis au contrôle. Sous la pression des milieux d'affaires, l'article 1171 l'a finalement réduit au seul contrat

43 Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *JCP* 2001, II, 10461, note Loiseau ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages, et 863, obs. Gautier ; *Defrénois* 2000, art. 37237, n° 68, obs. Delebecque ; *D.* 2000, p. 879, note Chazal ; Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, note Gridel et 1862, note Chazal, *Somm.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages ; *Defrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. Savaux.

d'adhésion. Délimitant le champ d'application du texte, la notion est donc devenue centrale et les discussions se sont déportées sur elle.

Pour sa part, le critère de la clause abusive n'a pas suscité d'objection majeure, sauf sur un point, directement lié au domaine de l'élimination de ce type de clause. Emprunté au droit de la consommation (C. consom., art. L 212-1⁴⁴) et à la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence (C. com., art. L. 442-6-I⁴⁵), le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat a été jugé suffisamment précis et sûr, même s'il n'est pas certain qu'il doive s'apprécier de manière identique en tous domaines. L'ordonnance ne formulait aucune autre condition pour que la clause soit réputée non écrite, si ce n'est l'interdiction de l'appréciation du déséquilibre par rapport à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix à la prestation. La sanction pouvait donc s'appliquer indifféremment aux clauses négociées comme aux clauses non négociées. Le Sénat a jugé la règle incohérente avec la définition du contrat d'adhésion de l'article 1110 fondée sur l'existence de conditions générales soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties. Il a donc proposé d'ajouter que la clause devait être non négociable et déterminée à l'avance par l'une des parties. La suggestion s'accompagnait d'une proposition de modification de la définition des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion.

Contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. Selon l'article 1110 du Code civil issu de l'ordonnance, « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Ces définitions ont suscité beaucoup d'interrogations

44 « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

45 « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

et autant d'incertitudes affectant le domaine de la lutte contre les clauses abusives⁴⁶. L'adjectif « *négociées* » est impropre : ce qui compte n'est pas que les termes du contrat aient été effectivement discutés, mais qu'ils aient pu l'être. Les notions de contrat de gré à gré et d'adhésion ne sont pas symétriques puisque les critères ne sont pas équivalents : des stipulations librement négociées d'un côté, des conditions générales soustraites à la négociation et prédéterminées par l'une des parties de l'autre⁴⁷. Comment les stipulations et les conditions générales elles-mêmes doivent-elles être définies... ? Selon l'interprétation donnée à cette dernière notion, le dispositif pouvait être limité ou non aux contrats de masse. Le texte devait être corrigé mais les propositions des deux assemblées n'avaient pas la même philosophie.

Dans l'esprit de l'ordonnance, le Sénat a proposé de remplacer, dans la définition du contrat de gré à gré, l'adjectif « *négociées* » par « *négociables* ». Quant au contrat d'adhésion, c'est celui qui comporte des clauses non négociables, déterminées à l'avance unilatéralement par l'une des parties.

Les milieux d'affaires ont perçu la rédaction proposée comme recelant un élargissement notable du champ d'application de la réglementation⁴⁸. L'Assemblée nationale a donc proposé de réintroduire la référence aux conditions générales, mais en donnant par ailleurs une définition qui réduisait le domaine de la lutte contre les clauses abusives et en changeait la philosophie. Selon le second alinéa de l'article 1110 modifié, il n'y aurait eu de contrat d'adhésion qu'en présence de « *conditions générales au sens de l'article 1119 du Code civil* ». Et selon la rédaction proposée de ce dernier : « *Les conditions générales sont un ensemble de stipulations non négociable, déterminé à l'avance par l'une des parties et destiné à s'appliquer à une multitude de personnes ou de contrats* ». Il s'agissait donc d'une modification plus politique consistant à limiter la lutte contre les clauses abusives aux contrats de masse⁴⁹.

46 V. notamment : F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G.* 2016, p. 776 ; T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016, p. 1771.

47 Ce qui peut notamment provoquer un hiatus pour des contrats n'entrant dans aucune catégorie. Par exemple, un contrat dont des clauses (stipulations) seraient soustraites à la négociation mais ne constitueraient pas des conditions générales.

48 Pouvant atteindre les pactes d'actionnaires ou les clauses d'arbitrage des contrats internationaux.

49 Antérieurement, la question était controversée en raison des appréhensions différentes de la notion de « *conditions générales* ». De son côté, l'Assemblée nationale prétend que contrairement au Sénat qui souhaitait le limiter aux seules clauses non négociables, elle

La restriction a été critiquée comme contradictoire avec la consécration de la distinction des contrats de gré à gré et des contrats d'adhésion⁵⁰. Reposant sur l'existence, ou pas, de la possibilité pour les parties d'influer sur le contenu du contrat, la qualification est indifférente à la destination, individuelle ou collective, de ce dernier.

Finalement, l'accord s'est fait, à l'issue de la navette entre les chambres, sur un texte proche de celui proposé par le Sénat. La différence essentielle est que, pour qu'il soit qualifié d'adhésion, le contrat doit comporter « *un ensemble de clauses non négociables* » prédéterminées.

Le nouveau texte clarifie sensiblement le régime des clauses abusives. Le critère est clairement celui de la négociabilité des clauses. Les contrats individuels comme les contrats de masse sont évidemment concernés. Il demeure des incertitudes concernant la preuve de la négociabilité, l'utilisation d'indices ou de présomptions fondées sur la qualité des parties ou l'existence d'un déséquilibre. Même le domaine n'est pas indiscutablement fixé en raison de l'imprécision de la notion « *d'ensemble de clauses*⁵¹ ».

Il appartient désormais à la jurisprudence de les trancher, en tenant compte des principes qui régissent l'application dans le temps du droit des contrats réformé, laquelle suscite aussi quelques difficultés importantes.

Paragraphe 2. Application temporelle du droit des contrats réformé

Deux droits transitoires. La réforme du droit des contrats ayant eu lieu en deux étapes, les problèmes d'application dans le temps se dédoublent.

Nous commençons à maîtriser ceux de l'ordonnance du 10 février 2016 (A). Désormais, nous allons devoir affronter ceux de la loi du 21 avril 2018 (B).

A. L'ordonnance du 10 février 2016

Principe et exceptions. L'ordonnance du 10 février 2016 s'est efforcée de régler elle-même son application dans le temps, mais elle l'a

voulait étendre le contrôle à toutes les clauses « *dans l'intérêt des parties les plus faibles* » (S. HOULIÉ, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire*, p. 4).

50 T. REVET, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124.

51 V. notamment : L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *Afj contrat* 2018, p. 262.

fait sommairement. Selon l'article 9, alinéa 1^{er}, « *les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016* ». L'application des nouveaux textes a donc été différée d'environ huit mois. La dérogation à la règle de l'entrée en vigueur le lendemain de la publication du texte (art. 1^{er}, C. civ.) s'explique par la nécessité de laisser aux acteurs économiques et aux praticiens le temps d'appréhender le nouveau droit des obligations.

À cette règle, l'ordonnance ajoute une précision concernant le contrat, elle-même composée d'un principe et d'une exception. Le principe applicable aux contrats figure à l'alinéa 2 : « *Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* ». *A contrario* bien sûr, les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 sont automatiquement régis par les textes issus de l'ordonnance. Celle-ci consacre donc apparemment le principe de survie de la loi ancienne consacré par la jurisprudence en matière contractuelle⁵².

L'exception est énoncée par l'alinéa 3 : « *toutefois les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance* ». L'ordonnance revient donc à l'application immédiate de la loi pour les actions - ou interpellations - interrogatoires en matière de pacte de préférence, d'étendue du pouvoir du représentant conventionnel et de nullité. Cette technique nouvelle⁵³, qui permet de combattre certaines incertitudes pouvant affecter le sort du contrat, a été jugée suffisamment importante, en raison de la sécurité qu'elle est censée procurer, pour s'appliquer à tous les contrats, y compris à ceux conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

En réalité, au-delà de ces principes simples en apparence, la détermination de la loi applicable aux contrats repose sur des analyses complexes obligeant à distinguer, dans chaque situation ce qui relève de la formation, de la validité et des effets, passés ou futurs, du contrat⁵⁴. L'issue est

52 Sauf à considérer, comme certains commentateurs de l'ordonnance, qu'il a une autre portée consistant à renforcer le principe et à exclure l'application immédiate de la loi aux effets légaux du contrat. Mais l'analyse était contredite par le Rapport au Président de la République qui faisait bien état de la consécration du principe. Il a fallu que la loi de ratification exclut formellement les exceptions prétoriennes traditionnelles. V. *infra*.

53 A. BÉNABENT, « Les nouveaux mécanismes », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016, Hors-série, 17.

54 Pour des illustrations concernant la conclusion des contrats à distance, les modifications et la cession du contrat, les événements pouvant affecter le contrat (modification, prorogation, cession...), les contrats cadre et les contrats d'application : M. LATINA, « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, coll.

d'autant plus incertaine que les principes de solution ne sont pas tous dans l'ordonnance. La doctrine et la jurisprudence sont notamment confrontées à deux difficultés.

Application « anticipée » de la réforme. La première concerne ce qu'il est convenu d'appeler l'application anticipée de la réforme. Il s'agit en réalité de l'influence que les nouveaux textes peuvent exercer sur la jurisprudence « antérieure », c'est-à-dire sur les décisions qui sont rendues, après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, sur des contrats conclus avant celle-ci et soumis normalement au Code de 1804⁵⁵.

Dans plusieurs arrêts rendus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la Cour de cassation a indiqué que l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 conduit à apprécier et à appliquer différemment les règles antérieures. Elle l'a fait d'abord à propos de la cause de nullité d'un contrat qu'elle a qualifiée de relative au regard des critères énoncés par l'ordonnance⁵⁶. Elle l'a réitéré ensuite pour la qualification d'une « promesse d'embauche » en se fondant sur les définitions nouvelles de l'offre de contracter ou de la promesse de contrat⁵⁷. L'ensemble traduit une nette tendance à appliquer la réforme par « anticipation » puisque le droit ancien est interprété à la lumière du droit nouveau. Cette remontée dans le temps n'est pas toujours bien fondée ni opportune.

Thèmes et commentaires, p. 1 ; F. BUY, « La subtilité du droit transitoire dans la réforme du droit des contrats », *RLDC* 2017, n° 147. Pour d'autres exemples dans le régime des obligations (cession de contrat, délégation, novation...) : A. BENABENT, « La “digestion” de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC* 2016, 3, p. 608.

- 55 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, n° 50.
- 56 Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, *Bull. ch. mixte*, à paraître ; *D.* 2017, p. 793, obs. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. Barbier qui opère un revirement sur la nature de la nullité sanctionnant l'irrégularité du mandat de l'agent immobilier, en relevant que l'évolution du droit des obligations résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment l'objectif poursuivi par les dispositions relatives aux prescriptions formelles que doit respecter le mandat (V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° 16-12906, *Bull. civ.* I, à paraître). Avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance : Cass. com., 20 mars 2016, n° 14-14218, *RTD civ.* 2016, p. 343, obs. Barbier ; *D.* 2017, p. 375, obs. Mekki ; *JCP G.* 2016, doc. 797, obs. Serinet ; *Dr. sociétés* 2016, n° 17, comm. 120, obs. Mortier ; *RDC* 2016, 3, p. 435, obs. Laithier et 481, obs. Sautonie-Laguionie et Wicker. S'alignant sur les autres chambres, la chambre commerciale opérant aussi un revirement de jurisprudence, juge que la cession de titres sociaux pour un prix dérisoire est sanctionnée par la nullité relative en appliquant le critère énoncé par le nouvel article 1179 C. civ.
- 57 Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20103, *Bull. civ.* V, à paraître ; *D.* 2017, p. 2007, obs. D. Mazeaud ; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20104, *Bull. civ.* V, à paraître.

À première vue, rien n'empêche les juges de s'inspirer des textes nouveaux pour trancher les litiges dont ils sont saisis en interprétant à leur lumière les dispositions anciennes. Il ne s'agit pas d'une application rétroactive de la loi nouvelle, mais de l'utilisation de celle-ci comme élément parmi d'autres permettant de trancher une question controversée. La solution peut se recommander de l'uniformisation des situations sur le fondement de la règle que le législateur a finalement jugée préférable. Le juge dispose d'une plus grande latitude encore lorsque la jurisprudence s'était prononcée antérieurement en l'absence de texte sur la question, comme, par exemple, la durée de validité d'une offre sans délai fixé par l'offrant, lacune que le droit des contrats réformé a comblée⁵⁸. Mais il faut sans doute distinguer selon l'état de la jurisprudence antérieure elle-même.

Il n'y a pas d'objection à ce que les juges s'inspirent des textes nouveaux lorsqu'elle n'était pas clairement fixée, les solutions étant discutées ou mal assurées, comme sur la nature de la sanction de la rétractation irrégulière d'une offre de contracter, par exemple⁵⁹. La jurisprudence se fixe alors de telle sorte que tous les contrats soient soumis à la même règle sûre, ce qui vaut mieux que des hésitations sur lesquelles les litigants ne pouvaient pas fonder des attentes fermes.

L'emprunt aux textes nouveaux est en revanche beaucoup plus discutable et moins opportun lorsque la jurisprudence était clairement fixée sur une solution que l'ordonnance contredit expressément, tel l'empêchement de la formation du contrat du fait de la révocation d'une promesse unilatérale⁶⁰. Le

58 Article 1116, al. 1^{er} : « *L'offre ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Art. 1117, al. 1^{er} : « *L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable* ». Les textes consacrent en réalité l'orientation de la jurisprudence antérieure à la réforme : Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009, *Bull. civ.* III, n° 118 ; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. Fages ; *RDC* 2009, p. 1325, obs. Laithier qui juge que, pour admettre la formation du contrat, les juges du fond auraient dû rechercher « *si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis* ».

59 Pour laquelle la possibilité, pour le juge, de déclarer le contrat formé au profit du destinataire de l'offre qui l'avait acceptée était discutée. Elle est désormais formellement exclue par l'article 1116, al. 2 C. civ. Seule la responsabilité extracontractuelle de l'auteur de la rétractation peut être retenue (art. 1116, al. 3).

60 Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *D.* 1994, p. 507, note Benac-Schmidt et Somm. 230, obs. Tournafond ; *D.* 1995, Somm. 88, obs. Aynès ; *Defrénois* 1994, art. 35845, note Delebecque. La solution est condamnée par le nouvel article 1124, al. 2 : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Pour un panorama assez vaste des hypothèses, V. C. FRANÇOIS, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence

droit ancien était celui résultant de la jurisprudence qui s'incorporait à la loi ou qui la complétait et le législateur intervient spécialement pour modifier cet état du droit. Même si « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée*⁶¹ », dans ce cas, la prétendue interprétation du droit ancien à la lumière des textes nouveaux dissimule mal leur application immédiate aux contrats en cours, en violation de l'article 9 de l'ordonnance⁶². C'est pratiquement de rétroactivité qu'il s'agit lorsque la question concerne, non pas les effets du contrat postérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, mais ses effets passés, sa formation ou sa validité.

Exceptions prétorienne à la survie de la loi ancienne. La seconde interrogation provient du fait que le principe de survie de la loi ancienne est traditionnellement assorti d'un certain nombre d'exceptions en marge de la loi.

La jurisprudence consacre en effet l'application immédiate de la loi dans deux cas. D'une part, lorsque la modification concerne ce que la jurisprudence appelle les effets légaux du contrat. La notion n'est pas clairement définie. Elle désigne globalement les pans du régime d'un contrat qui ne découlent pas de la convention des parties mais qui résultent de l'application d'un statut spécial⁶³. D'autre part, la jurisprudence déroge aussi à la survie de la loi ancienne lorsqu'il existe un motif d'ordre public particulièrement impérieux⁶⁴. Dans ces deux hypothèses, si la formation du

antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506 ; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, n° 31-12.

61 Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 249 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. Sargos, note Thouvenin ; Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 97 ; *D.* 2000, p. 593, note Atias ; *RTD civ.* 2000, p. 666, obs. Molfessis.

62 Beaucoup plus nuancés : F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats* ; paraissant admettre la possible « *inspiration immédiate* » aux deux hypothèses qu'il distingue pourtant : A. BÉNABENT, « La "digestion" de la réforme (entrée en vigueur) ».

63 Pour une application en matière de bail d'habitation, s'agissant de la restitution du dépôt de garantie, en présence d'un article de la loi ALUR (24 mars 2014) écrit comme l'article 9 de l'ordonnance réformant le droit des obligations : Cass. civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24552 ; *RTD civ.* 2017, p. 118, obs. Barbier ; *AJDI* 2017, p. 281, obs. Damas ; *RDC* 2017, 1, p. 67, obs. Seube. V. égal. Cass, avis, 16 févr. 2015 (n° 14-70.011), *D.* 2015, p. 489 ; *AJDI* 2015, p. 608, obs. Damas ; *RTD civ.* 2015, p. 569, obs. Deumier.

64 J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 16^e éd., 2016, n° 110. Fondant au contraire l'application immédiate sur le simple caractère d'ordre public du texte, traditionnellement insuffisant : Cass. civ. 3^e,

contrat et ses effets passés demeurent soumis à la loi ancienne sous l'empire de laquelle ils se sont produits, les effets à venir, c'est-à-dire postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sont régis par cette dernière. La question peut se poser, au titre de l'une ou l'autre exception, pour des dispositions emblématiques de l'ordonnance, telle la sanction de l'abus de dépendance (violence économique), la révision du contrat pour imprévision, l'élimination des clauses abusives dans les contrats d'adhésion⁶⁵...

Un certain nombre de commentateurs considéraient que ces dérogations ne devraient pas s'appliquer, l'alinéa 2 de l'article 9 ne constituant pas un simple rappel du principe de survie de la loi ancienne, mais une règle n'admettant que les exceptions de l'alinéa 3⁶⁶. L'interprétation était incertaine, le Rapport au Président de la République étant en ce sens contraire.

Pour lever toute incertitude, le Sénat avait proposé d'ajouter à l'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance imposant la survie de la loi ancienne la formule « *y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public* ». L'Assemblée nationale l'a d'abord refusée, considérant que la lettre du texte était suffisamment claire, puis elle l'a finalement acceptée.

Cette précision - elle-même déclarée applicable à compter du 1^{er} octobre 2016 et donc rétroactive - prive le juge d'un important moyen de maîtriser l'application dans le temps de la réforme et d'en étendre l'application immédiate souhaitée par une partie de la doctrine⁶⁷. À moins qu'il n'applique la réforme par anticipation en interprétant le droit ancien à la lumière du nouveau...

En plus de cette précision, la loi du 20 avril 2018 règle sa propre entrée en vigueur.

9 févr. 2017, n° 16-10350, *Bull. civ.* III, à paraître ; *D.* 2017, p. 1107, note Casu ; *RDC* 2017, 2, 227, obs. Laithier.

65 Pour d'autres exemples : H. BARBIER, obs. préc. sur Cass. civ. 3^e, 17 nov. 2016, *RTD civ.* 2017, p. 118.

66 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 1^e éd., 2016, n° 50 et 51 ; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, n° 31-21 et s. ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz Référence, 1^e éd., 2016, n° 61-61 et s.

67 D. MAINGUY, « L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne. À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », *JCP G.* 2018, Doctr. 964.

B. La loi du 20 avril 2018

Principe et exception. Selon l'article 16-I, al. 1^{er}, « *la présente loi entre en vigueur le 1^{er} octobre 2018* ». Comme pour l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur opte donc pour une entrée en vigueur différée, fixée en outre symboliquement deux ans après celle du premier texte. Il y a là un parallélisme que l'importance des modifications apportées par la loi de ratification ne justifie pas.

La loi adopte pareillement le principe de survie de la loi ancienne pour les actes juridiques (pas seulement des contrats). Selon l'article 16-I, al. 2, « *les articles 1110, 1117, 113, 1145, 1161, 1171, 1223, 1327 et 1343-3 du Code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du Code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la présente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur* ». Les nouveaux textes concernant les définitions des contrats de gré à gré et d'adhésion, la caducité de l'offre en cas de décès du destinataire, l'absence de dol pour non révélation de l'estimation de la valeur, la capacité des personnes morales, l'impossibilité de représenter en même temps deux parties personnes physiques en opposition d'intérêts, la définition des clauses abusives, la réduction du prix ainsi que l'exclusion de la révision pour imprévision des obligations résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers ne s'appliquent qu'aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1^{er} octobre 2018. La loi n'a pas jugé utile de préciser que c'est « *y compris pour les effets légaux et les dispositions d'ordre public* ». La question de savoir si le juge peut les déclarer d'application immédiate en considérant que les textes concernent les effets légaux du contrat ou qu'ils traduisent un ordre public impérieux se pose donc, comme ce fut le cas sur l'ordonnance.

Certaines dispositions nouvelles ont cependant vocation à s'appliquer dès la date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, c'est-à-dire, rétroactivement à compter du 1^{er} octobre 2016. Il s'agit essentiellement de celles concernant l'étendue du préjudice réparable en cas de faute dans les négociations, la personne à l'égard de laquelle l'état de dépendance est constitué, la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service et la limitation, au débiteur de bonne foi, de l'interdiction de l'exécution forcée disproportionnée⁶⁸.

68 Plus, en matière contractuelle, le sort des sûretés consenties par le cédant dans la cession de contrat, le remplacement de « *solliciter* » par « *obtenir* » dans la réduction du prix. Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217,

Dispositions interprétatives. Le moyen employé par le législateur pour parvenir à cette fin est de déclarer ces modifications interprétatives.

Selon l'article 16-I, al. 3, « *Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du Code civil ont un caractère interprétatif* ». La loi interprétative se définit comme un texte qui vient uniquement « *préciser le sens d'une loi antérieure*⁶⁹ ». Cette fonction d'interprétation lui confère a priori une rétroactivité naturelle : parce qu'elle s'incorpore à cette loi en en révélant le sens exact, elle s'applique rétroactivement à toutes les situations soumises à celle-ci depuis qu'elle est entrée en vigueur, même dans le cadre des instances en cours⁷⁰.

À première vue, cette affirmation du caractère interprétatif s'impose au juge, comme toute disposition légale. Mais le procédé est quand même risqué, parce que le juge s'est octroyé le pouvoir de contrôler la réalité du caractère interprétatif. Selon la Cour de cassation, « *une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse*⁷¹ », autrement dit « *à interpréter (un texte) que sa rédaction avait rendu susceptible de controverses*⁷² ». On peut l'admettre, à la rigueur, pour quelques-uns des textes considérés. Ainsi, c'est par une maladresse que l'article 1112, al. 2, n'excluait formellement du préjudice réparable en cas de faute dans les négociations, que la compensation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu, alors qu'à en croire le Rapport au Président de la République, l'ordonnance avait l'intention de consacrer la jurisprudence antérieure qui écartait l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir ces avantages⁷³. Malgré les discussions concernant la

1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du Code civil ont un caractère interprétatif.

69 F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, (préf. M. GOBERT), LGDJ, 1977, n° 133.

70 Cass. soc., 21 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 94, p. 58 (deux arrêts). En revanche, une décision passée en force de chose jugée ne saurait être remise en cause par une loi interprétative (Cass. Ass. plén., 21 déc. 1990, *Bull. Ass. plén.*, n° 12).

71 Cass. com., 22 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 150.

72 Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2005, *Bull. civ.* I, n° 365.

73 Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164 ; *D.* 2006, p. 2639, obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain ; *Defrénois* 2006, art. 38498, n° 71, obs. Libchaber ; *JCP* 2006, II, 10130, obs. Deshayes ; *RDC* 2006, p. 1069, obs. Mazeaud.

portée du rapport⁷⁴, la volonté du législateur étant celle-là et ayant été mal exprimée, la loi du 10 avril 2018 qui corrige l'article 1112, al. 2 en ce sens peut sans doute être considérée comme interprétative, malgré la clarté de la rédaction originelle.

Mais c'est douteux pour d'autres articles. Initialement, dans les contrats de prestation de service, le juge n'avait pas le pouvoir de sanctionner l'abus de fixation unilatérale du prix par le créancier, par la résiliation du contrat (art. 1165 C. civ.). L'ajout de cette faculté à celle d'obtenir des dommages et intérêts, à l'imitation de ce qui est prévu pour les contrats cadre (art. 1164) peut difficilement être pris pour le règlement d'une simple difficulté d'interprétation suscitée par la rédaction antérieure. Il en va *a fortiori* ainsi de la limitation de l'état de dépendance pouvant donner lieu à abus à celui caractérisé « *à l'égard* » du cocontractant (art. 1143)⁷⁵ et, plus encore, de la restriction de la prohibition de l'exécution en nature disproportionnée au profit du seul débiteur de bonne foi (art. 1221). Dans les deux cas, il s'agit de modifications substantielles qui ne mettent pas fin à des interprétations jurisprudentielles divergentes causées par une rédaction imparfaite. En leur déniaient un caractère interprétatif, le juge pourrait donc refuser d'appliquer ces textes à compter du 1^{er} octobre 2016 pour ne le faire qu'à partir du 1^{er} octobre 2018.

Pour son application dans le temps comme pour la détermination de son contenu, le droit commun des contrats réformé va donc commencer à s'incarner réellement dans la jurisprudence contre la prétention assez vaine - et largement contradictoire - des rédacteurs de l'ordonnance de réduire son rôle pour des raisons de sécurité juridique.

74 *Supra.*

75 *Supra.*

BIBLIOGRAPHIE

- ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B. et GEST J., *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Essai, 2016.
- ANDREU L., « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ contrat* 2018, p. 262.
- AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 16^e éd., 2016.
- BARBIER H., « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 837.
- BÉNABENT A., « La "digestion" de la réforme (entrée en vigueur) », *RDC* 2016, 3, p. 608.
- BÉNABENT A., « Les nouveaux mécanismes », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016, Hors-série, 17.
- BUY F., « La subtilité du droit transitoire dans la réforme du droit des contrats », *RLDC* 2017, n° 147.
- CHANTEPIE G. et DISSAUX N., « Rapport introductif », in *Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, 3, p. 572.
- CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 1^e éd., 2016.
- CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018.
- CHÉNEDÉ F., « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ contrat* 2018, p. 25.
- CHÉNEDÉ F., « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP G.* 2016, p. 776.
- CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz Référence, 1^e éd., 2016.
- CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Dalloz Référence, 2^e éd., 2018.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine* (préf. GOBERT M.), LGDJ, 1977.
- DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

- FENOUILLET D., « Les valeurs morales », *in Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, 3, p. 589.
- FRANÇOIS C., « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506
- GOLDIE-GENICON Ch., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, (préf. LEQUETTE Y.), LGDJ, Bibl. droit privé, 2009, t. 509.
- HOULIÉ S., *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire.*
- HUET J. et GHOZI A., « L'article 1105 nouveau du Code civil : modification suggérée », *RDC* 2017, 1, p. 169.
- La réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations* (dir. DOUVILLE Th.), Gualino, 2^e éd., 2018.
- La « réforme de la réforme » du droit des obligations : (I) Le contrat*, *AJ Contrat* 2018, Dossier p. 251.
- LATINA M., « Apprécier la réforme », *RDC* 2016, 3, p. 615.
- LATINA M., « Rapport introductif : physionomie et mise en œuvre pratique de la réforme du droit des contrats », *in La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, coll. Thèmes et commentaires, p. 1.
- Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018, Hors –série.
- LEQUETTE Y., « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? » *in Le projet de réforme du droit des contrats*, *RDC* 2015, 3, p. 616.
- LEVENEUR L., « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Contrats, Conc., Cons.* 2016, dossier 2, n° 11.
- MAINGUY D., « L'étrange rétroactivité de la survie de la loi ancienne. À propos de la loi de ratification de la réforme du droit des contrats », *JCP G.* 2018, Doctr. 964.
- MAZEAUD D., « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912.
- MAZEAUD D., « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », *in Mélanges Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529.
- MEKKI M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.
- PILLET F., « Réforme du droit des contrats : le Sénat responsable et constructif », *D.* 2018, p. 64.

- PUIG P., « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances (à propos du Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-13 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) », *RTD civ.* 2017, p. 84.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016.
- REJET T., « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016, p. 1771.
- REJET T., « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, p. 124.
- REJET T., « Rapport de synthèse », in *Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, 3, p. 627.
- REJET T., « Une philosophie générale », in *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* *RDC* 2016, Hors-série, p. 5.
- ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in *Le nouveau discours contractuel*, *RDC* 2016, 3, p. 600.
- SAVAUX E., « Le paiement avec subrogation », in *Le nouveau régime général des obligations* (dir. FORTI V. et ANDREU L.), Dalloz, 2016, coll. Thèmes et commentaires, p. 141 et s.
- CE, 19 oct. 2005, n° 283471.
- Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20103, *Bull. civ.* V, à paraître.
- Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20103, *Bull. civ.* V, à paraître ; *D.* 2017, p. 2007, obs. D. Mazeaud.
- Cass. civ. 1^{re}, 20 sept. 2017, n° 16-12906, *Bull. civ.* I, à paraître.
- Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, *Bull. ch. mixte*, à paraître ; *D.* 2017, p. 793, obs. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2017, p. 377, obs. Barbier.
- Cass. civ. 3^e, 9 févr. 2017, n° 16-10350, *Bull. civ.* III, à paraître ; *D.* 2017, p. 1107, note Casu ; *RDC* 2017, 2, p. 227, obs. Laithier.
- Cass. civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24552, *RTD civ.* 2017, p. 118, obs. Barbier ; *AJDI* 2017, p. 281, obs. Damas ; *RDC* 2017, 1, p. 67, obs. Seube.
- Cass. com., 20 mars 2016, n° 14-14218, *RTD civ.* 2016, p. 343, obs. Barbier ; *D.* 2017, p. 375, obs. Mekki ; *JCP G.* 2016, doc. 797, obs. Serinet ; *Dr. sociétés* 2016, n° 17, comm. 120, obs. Mortier ; *RDC* 2016, 3, p. 435, obs. Laithier et 481, obs. Sautonie-Laguionie et Wicker.

- Cass, avis, 16 févr. 2015 (n° 14-70.011), *D.* 2015, p. 489 ; *AJDI* 2015, p. 608, obs. Damas ; *RTD civ.* 2015, p. 569, obs. Deumier.
- Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009, *Bull. civ.* III, n° 118 ; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. Fages ; *RDC* 2009, p. 1325, obs. Laithier.
- Cass. civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164 ; *D.* 2006, p. 2639, obs. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. Mestre et Fages et 770, obs. Jourdain ; *Deffrénois* 2006, art. 38498, n° 71, obs. Libchaber ; *JCP* 2006, II, 10130, obs. Deshayes ; *RDC* 2006, p. 1069, obs. Mazeaud.
- Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2005, *Bull. civ.* I, n° 365.
- Cass. com., 22 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 150.
- Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1860, note Gridel et 1862, note Chazal, *Somm.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. Mestre et Fages ; *Deffrénois* 2002, art. 37607, n° 65, obs. Savaux.
- Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 249 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. Sargos, note Thouvenin.
- Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169 ; *JCP* 2001, II, 10461, note Loiseau ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. Mestre et Fages, et 863, obs. Gautier ; *Deffrénois* 2000, art. 37237, n° 68, obs. Delebecque ; *D.* 2000, p. 879, note Chazal.
- Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 97 ; *D.* 2000, p. 593, note Atias ; *RTD civ.* 2000, p. 666, obs. Molfessis.
- Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *D.* 1994, p. 507, note Benac-Schmidt et *Somm.* 230, obs. Tournafond ; *D.* 1995, *Somm.* 88, obs. Aynès ; *Deffrénois* 1994, art. 35845, note Delebecque.
- Cass. soc., 21 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 94.
- Cass. Ass. plén., 21 déc. 1990, *Bull. Ass. plén.*, n° 12.

The Challenge of the Non-Circulation Norms in the Management of the Syrian Refugees in Lebanon

Francisco Salvador Barroso Cortés, Associate Professor & Coordinator of Graduate Programs, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik (USEK)

Abstract

The paper sheds light into the debate between international law and sovereignty. As a matter of fact, it was aimed at answering whether the dispute between the Lebanese authorities and United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) concerning the management of the Syrian refugees can represent a problem of non-circulation norms. In doing so, the paper addresses the following questions: is Lebanon fulfilling its international commitment concerning the principle of non-refoulement and the doctrine of R2P? What kind of political risk factors presents the presence of the Syrian refugees in Lebanon to the Lebanese national interest? Does the change of policies of the Lebanese Government concerning the management of the Syrian refugees represent a problem of non-circulation norms?

The article shows not only how the problem of non-circulation norms represents a current important challenge for international law but how difficult it is for the Lebanese Government to find a balance, on the one hand, between its international and domestic responsibility; on the other, between its international legitimation and reputation, and the reassurance of its domestic authority.

1. Introduction

The issue of how to alleviate the refugee crisis is becoming one of the most important challenges for the international community. Indeed, by the end of 2017, more than sixty-eight million people have been forced to leave their countries due to conflicts, generalized violence, human right violation or persecution¹. The problem is even more complicated to solve when 85% of all refugees and displaced people live in low and middle-income countries². These hosting countries, like Lebanon for instance, are assuming a sort of responsibility that is going beyond its national capability. As a result, the effort required by the hosting countries in the protection of these refugees is affecting in a negative way its own standards of living. The consequence of this dynamic consists in the increase of tension between these hosting countries and the United Nations (UN) networks explained basically by the lack of finance and the inadequate response that the international community is providing to the refugees, stakeholders, and the aforementioned hosting countries.

The case of Lebanon is quite representative because it is currently involved in a difficult situation due to its political deadlock and precarious economic situation. While Lebanon is facing this internal conundrum, it has to face the challenge that represents the massive influx of Syrian refugees as well. Needless to say, that the lack of any official *prima facie* declaration concerning these refugees can explain why they have been considered by the Lebanese government as a “*temporary guest*”. The problem is that main United Nations agencies involved are considering the Syrian refugees, if not officially, as *prima facie* refugees and this contradictory stand is making the things even tougher for the management of this issue³. If we take into consideration the size and population, Lebanon hosts the highest number of

-
- 1 International Organization for Migration (Iom), “Global Migration Indicators 2018”, Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC), Berlin, 2018, <https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf>, consulted on February 12, 2019.
 - 2 A. JOLIE, “How to alleviate the refugee crisis”, *The Economist*, June 19, 2018, <<https://www.economist.com/open-future/2018/06/19/how-to-alleviate-the-refugee-crisis>>, consulted on February 12, 2019.
 - 3 M. JANMYR and L. MOURAD, “Modes of Ordering: Labelling, Classification and Categorization in Lebanon’s Refugee Response”, *Journal of Refugee Studies* 2018, vol. 31, n° 4, p. 548.

refugees in the world⁴. The fact that we are talking about a weak state which implements a new form of governance called “*communitocracy*”, which by the way encourages the implementation of the sectarian agendas, it is normal to perceive the manipulation of the refugee issue. Besides, we can notice, how the presence of these refugees is linked to other problems like the rise of xenophobia, radicalization, sectarianism, social exclusion, etc., that it is demanding a sort of securitization process.

Regardless of the lack of domestic resources to guarantee the protection and the human security of these refugees, the international community has failed so far in providing the required assistance to Lebanon in the management of the Syrian refugees. As a result, Lebanon can perceive how its national interest has been jeopardized due to lack of resources and the lack of assistance provided by the United Nations through its main agencies (United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), United Nations Development Program (UNDP), United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA), etc.).

Under these increasingly haphazard conditions, Lebanon initiated a kind of contesting attitude concerning certain principles and doctrines of international law like non-refoulement and responsibility to protect. Needless to point out, the fact that Lebanon is not a signatory of neither the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951 nor the Protocol Relating to the Status of Refugees of 1967⁵.

Taking these premises into consideration, we should ask whether the dispute between the Lebanese authorities and UNHCR concerning the return of these refugees can represent a problem of non-circulation norms. Therefore, we must analyze this conflict of interest that can push us to reconsider “*whose norms matter*”⁶ in the management of the Syrian refugees on the Lebanese soil. As a matter of fact, we have to analyze whether international norms are more important or not than domestic norms.

4 Lebanon is estimated to have an approximate 6.2 million inhabitants. Central Intelligence Agency (CIA), ‘The World Factbook’, <www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>, consulted on February 12, 2019.

5 Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 UNTS 150 (entered into force 22 April 1954); Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, 606 UNTS 267.

6 A. ACHARYA., “How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism”, *International Organization* 2004, vol. 58, n° 2, p. 239-275.

Furthermore, we are facing an issue related to the norms diffusion and in order to do that, we shall take into consideration the concept of congruence that describes the fit between international norms and domestic norms to see how and why some transnational ideas and norms find greater acceptance in a particular locale than in others⁷.

To better address these concerns, this paper is divided into three parts, whose aims are to evaluate the following research questions. First, is Lebanon fulfilling its international commitment concerning the principle of non-refoulement and the doctrine of R2P? Second, what kind of political risk factors does the presence of the Syrian refugees in Lebanon present to the Lebanese national interest? Last, does the change of policies of the Lebanese Government concerning the management of the Syrian refugees represent a problem of non-circulation norms?

The article shows not only how the problem of non-circulation norms represents a current important challenge for international law but how difficult it is for the Lebanese Government to find a balance, on the one hand, between its international responsibility and its domestic responsibility, and on the other, between its international legitimation and reputation, and the reassurance of its domestic authority.

The contribution of this paper goes beyond what the literature has sought to address about the legal status of refugees in Lebanon because it is analyzing the political dimensions and implications of the Lebanese case which by the way, remains under-theorized. Likewise, the article contributes on the one hand, to the international law because it is presenting the problem of non-circulation norms and norms diffusion concerning certain principles like the non-refoulement for instance; and on the other, to the debate about the relations between national governments and the UN agencies in the management of transnational threats.

This article is divided into three main parts. The first one delves into the relation among R2P, non-refoulement principle, and the Sovereignty in order to understand how the form of governance, that is the predominance in Lebanon, justifies the Lebanese Governmental stand and policy changes concerning the Syrian refugees on the Lebanese soil. The second part explores the main political risk factors that can harm Lebanese national interest. These political risk factors can justify the Lebanese authorities' contestation

7 A. ACHARYA., "How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism", p. 240-243.

attitude concerning certain transnational norms aforementioned. The third part seeks to explain the incidence of the problem of non-circulation norms through the dispute sparked between the Lebanese authorities and UNHCR. Before concluding, the article also presents the potential of the initiative of the Comprehensive Refugee Response Framework (CRRF) to reduce the contestation and resistance in the implementation of these transnational norms by the Lebanese Government.

2. The responsibility to protect, the principle of non-refoulement and sovereignty

Starting from the premise that Lebanon has quite an experience in handling refugees, the Syrian massive influx into Lebanon has beaten the odds. If we combine this issue with the political deadlock of the Lebanese government, the rampant economic crisis, the lack of efficiency in providing basic services, and the deterioration of the security situation we can understand how the Syrian refugees on the Lebanese soil have become another trigger risk factor that it is affecting the daily life of the Lebanese citizens. In this sense, the international humanitarian assistance has been too little and too late so far and this failure has pushed the Lebanese authorities to take exceptional measures that in some cases are against international law. This conflict of interest between the international community and the Lebanese authorities and other stakeholders involved in the management of the Syrian refugees is bringing up an interesting debate concerning the limit of the responsibility to protect (R2P) and the application of the non-refoulement principle when they are in a clear contradiction with the national sovereignty and national interest. Likewise, it is broaching an interesting debate concerning the notion of the *'unwilling and unable'* refugee host state that at the same time is sparking a debate about how *'unwillingness'* to provide protection to refugees could become a source of its international responsibility⁸.

The doctrine of Responsibility to Protect (R2P) was coined by the United Nations (UN) in 2005 in order to conceptualize the state sovereignty. This fledgling doctrine was seeking to overcome the limits of intervention against war crimes, crimes against humanity, genocide and ethnic cleansing. Likewise, through this doctrine, the international community tries to help states that are unable or unwilling to protect their citizens from such crimes.

8 M. JANMYR, *Protecting Civilians in Refugee Camps: Unable and Unwilling States*, UNHCR and International Responsibility, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 200-217.

Despite the fact of becoming a “*rhetoical presence of international law*”⁹, its hubris implementation has transformed this potential game-changer¹⁰ in a geopolitical tool to weaken states. The R2P by delegation has shown to be a very important tool to control and execute a certain level of influence on weak states. As a matter of fact, the implementation of this doctrine has failed due to the cynicism shown by the majority of states. Apart from that, we have to point out the fact that the United Nations Security Council that is the institution in charge to guarantee the implementation of the international law continues to be affected by the veto powers in possession of the five permanent members.

The refugees and displacement of people worldwide are becoming one of the most challenging issues for the international community which so far failed concerning its task of setting a global humanitarian agenda and in presenting an international system for preventing and resolving conflicts. Both issues demand at the same time a reconceptualization of the relation between sovereignty and international law. In this sense, the Lebanese case study reflects the dilemma sparked by the R2P and the use of sovereign competences due to the fact that the burden of protecting and assisting has fallen on the shoulders of hosting countries despite the effort implemented by the international community.

Regrettably, the formal support in favor of this doctrine is carefully manifested in order to avoid becoming a burden for the state behavior¹¹. Indeed, the power asymmetries and colonial historical legacy become an important obstacle to the proper implementation of this doctrine¹². As a result, we perceive a sort of “*R2P à la carte*” that is harming the potential of this doctrine.

9 D. SCHEFFER, “Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect, Case Western Reserve”, *Journal of International Law* 2008, vol. 40, n° 1, <<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=jil>>, consulted on February 12, 2019.

10 R. THAKUR, “UN breathes life into ‘responsibility to protect’”, *The Star*, March 21, 2011, <https://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/2011/03/21/un_breathes_life_intoresponsibility_to_protect.html>, consulted on February 12, 2019.

11 M. KERSTEN, “The Responsibility to Protect doctrine is faltering. Here’s why”, *The Washington Post*, December 8, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2015/12/08/the-responsibility-to-protect-doctrine-is-failing-heres-why/?noredirect=on&utm_term=.d184a930cef8>, consulted on February 12, 2019.

12 A. COEN, “R2P, Global Governance, and the Syrian refugee crisis”, *The International Journal of Human Rights* 2015, vol. 19, n° 8, p. 1044-1058.

The massive influx of Syrian refugees comes up with the need of finding a balance between Sovereignty and intervention in the domestic issues on behalf of the international community. The principle of non-intervention in domestic affairs that involves the concept of Sovereignty is at stake when we reach a situation where the national interest can be jeopardized. The key point that arises now consists of how the application of the non-refoulement principle can coexist with the respect of national interest and national sovereignty. How the national state like Lebanon can fulfill its international obligations (R2P, non-refoulement principle, etc.) when in doing so it's putting its own survival at risk?

The non-refoulement principle is the right of the asylum claimant or refugee to not be sent back to their country of origin to face persecution¹³.

Concerning the case of Lebanon, we have to point out the fact that the Lebanese State adheres to the principle of non-refoulement as customary law, meaning a set of rules which are binding on all states, even if a country – like is the case of Lebanon – has not signed a specific convention outlining this law. Despite the goodwill shown by the Lebanese authorities, Lebanon does not have a proper asylum procedure in order to be regarded as a safe third country in the first place¹⁴. This explains why and how the UNHCR appears as the main international organization that exercises a supervisory role over contracting parties' compliance with the Refugee Convention¹⁵. Nevertheless, the effort implemented by UNHCR, we can argue that it wasn't able to stop the current trends consisting of the shifting of the states focus on refugee protection to restrictive deterrence strategies¹⁶. If we analyze the different policies implemented by the Lebanese Government, we only can jump to the conclusion that the deterrence strategy is the predominant one nowadays. The shifting strategy has been materialized due

13 Refugee Convention 1951, Art.33 (1) states that: “No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his [or her] life or freedom would be threatened on account of his [or her] race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”.

14 J. POON, “The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment, EU Law and Analysis”, *European Papers* December 2016, vol. 1, n° 3, p. 1195-1203, <<http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/eu-turkey-deal-violation-or-consistency-with-international-law>>, consulted on February 12, 2019.

15 Statute of the UNHCR 1950, Art. 8 (A).

16 T. GAMMELTOFT-HANSEN T. and N. F. TAM, “The End of Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy”, *Journal on Migration and Human Security*, Center for Migration Studies of New York, vol. 4, n° 4, 2017, p. 28.

to the securitization of the Syrian refugees on the Lebanese soil in the base of the perils and political risk factors that such presence provided with, and due to the inadequate and suitable humanitarian assistance received from the international community in handling the refugee issue.

As a result of the deterrence, regulations constitute an interesting creative legal thinking that states involved in the management of massive influx of refugees, like Lebanon, can take advantage of the existing loopholes within the international law. Thanks to this, the states can guarantee, on the one hand, the implementation of their fully sovereign responsibilities and on the other, the successful control over migration¹⁷.

The Lebanese authorities are stressing the reaching point of exhaustion and proclaim a serious warning concerning the precarious situation of the Syrian refugees who are living within the Lebanese territory. The only way to be heard is to complain and putting sort of ultimatums that somehow defy the respect of the non-refoulement principle if the international community doesn't implement a better and sustainable humanitarian program that relieve the high pressure suffered by the hosting countries. As a result, the Lebanese authorities legally abide by the principle of non-refoulement ; *de facto* apply a kind of legal deportation through the rejection of granting residence permit or increasing the cost of the administrative procedure¹⁸. An important part of these refugees who cannot afford to face the new system all of a sudden become illegal within the country. Any ulterior detention would justify their legal deportation. Thus, as a result, it seems that the Lebanese authorities circumvent the principle of non-refoulement because it is putting the refugees in a situation of vulnerability¹⁹.

The current situation of high tension between UNHCR and the Lebanese Government represents a conflict between national interests and refugee rights, especially in situations of mass influx²⁰. Furthermore, it could

17 T. GAMMELTOFT-HANSEN, "The Role of International Refugee Law in Refugee Policy: The Case of Deterrence Policies", *Journal of Refugee Studies* 2014, vol. 27, n° 4, p. 574-595.

18 Since 2015 the new policy states that after one year Syrian refugees were obliged to renew their residency at a cost of \$200 USD per person/per year for everyone 15 and above.

19 G. FRANGIEH, "Forced Departure: How Lebanon Evades the International Principle of Non-Refoulement", *Legal Agenda*, December 29, 2014, <<http://english.legal-agenda.com/article.php?id=675& folder=articles&lang=en>>, consulted on February 12, 2019

20 C. BOSWELL, "The Conflict between Refugee Rights and National Interests: Background and Policy Strategies", *Refugee Survey Quarterly* 1999, vol. 18, n° 2, p. 64.

be explained within the existing dilemma between authority and legitimacy. As a matter of fact, Lebanon needs to reinforce its authority through its ability to control flows across borders²¹, while it is carefully watching its own behavior out concerning the management of the Syrian refugees in order to not to lose its international legitimation as a worthy recipient of aid from the UN.

Whether the current scenario can encourage or not the return of the Syrian refugees both institutions are showing clear contradictory goals. The return of the refugees for the Lebanese authorities is becoming a condition *sine qua non* to avoid reaching the domestic abyss. As we will discuss in the next section, the problem consists in the triumph of a new kind of form of governance known as “*communitocracy*”, where the management of the refugees is being used as a tool for certain sectarian agendas. Indeed, the Lebanese authorities’ refusal concerning certain proposals presented by UNCHR; for instance, the non-registering of the new Syrian babies born on the Lebanese soil, and the refectation of any kind of process that involves the naturalization of these refugees, proved very well that the Lebanese Government won’t hesitate to fail to fulfill its international duty concerning the R2P or the non-refoulement principle if the international community, represented mainly by the UN and its main agencies like UNHCR, don’t respond faster and in a better and adequate way to the needs shown by the Lebanese authorities and the public and private stakeholders already involved in the management of the Syrian refugees.

Taking into consideration the previous experience and the main problems involved and in order to understand the problem of non-circulation norms, that apparently is justified by the inadequate response of the international community, we have to analyze in which way the mishandling of the Syrian refugees in Lebanon is affecting, on the one hand, certain political risk factors, and on the other, the Lebanese national interest.

21 T. MOORE, “Violations of Sovereignty and Regime Engineering: A Critique of the State Theory of Stephen Krasner”, *Australian Journal of Political Science* 2009, vol. 44, n° 3, p. 503.

3. The Syrian refugees and the Lebanese national interest

The narrative existing in Lebanon concerning the Syrian refugees is not quite objective. As a matter of fact, it is responding to the sectarian interest of certain groups that are doing their best in order to present these refugees as an important political risk factor. Apart from initiating the so-called securitization process²², the Syrian refugees have been labeled as a kind of risk factor linked to the societal security with the strength to even jeopardize the survival of the Lebanese State. Indeed, the management of the Syrian refugees in Lebanon has become an important divisive cleavage within the Lebanese political system. The domestic divergence approach concerning the settlement of the refugees' camps can serve as an example to understand how the Lebanese political landscape is extremely divided based on the favored and opposed reaction registered²³.

The report published by the Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs entitled "*Refugees as City-Makers*"²⁴ provide an interesting and accurate portrayal of the perception of the Syrian refugees by the Lebanese population. Indeed, the report described the public portrayal of these refugees, on the one hand, as "*powerless, passive recipients of aid*", and on the other, as "*a threat, often couched in the language of security, fear, and risk*"²⁵. As a result of this narrative, the Syrians face growing hostility in their host countries, including Lebanon.

The triumph of this negative narrative is based on the impact of Sectarianism in domestic politics and on the Palestinian refugees' experience. Despite the negative perception of these refugees, we cannot deny the fact

22 Some events that could be used to prove the increase of the securitization process of the Syrian refugees in Lebanon are the following. Firstly, the Lebanese Government's decision on 17 July 2017 to declare an indefinite ban on all protests, immediately following calls by civil society for a sit-in in solidarity with Syrian refugees and the latter's cancellation due to online threats to the protest itself and its organizers. Secondly, the transfer of thousands of Syrian refugees (civilian the majority of them) from Arsal to Idlib under a deal between *Hezbollah* and the certain militant Syrian groups.

23 Y. NASSER *et al.*, *No Place to Stay? Reflections on the Syrian Refugee Shelter Policy in Lebanon*, AUB's Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, UN-Habitat, 2015, <http://www.aub.edu.lb/ifi/Documents/publications/research_reports/2015-2016/20150907_noplacetostay.pdf>, consulted on February 12, 2019.

24 M. FAWAZ *et al.*, *Refugees as City Makers*, Social Justice and the City Program at the Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, American University of Beirut, 2018, <http://website.aub.edu.lb/ifi/publications/Documents/research_reports/20180910_refugees_as_city_makers.pdf>, consulted on February 12, 2019.

25 *Ibid.*, p. 5.

that their presence on the Lebanese soil is bringing positive elements too. For instance, the international aid provided by the international community that can reach per year USD 1.5 billion. The massive presence of the Syrian refugees in Lebanon provides the opportunity to improve the infrastructure and services *via* fundraising provided by international conferences (Rome, Paris, etc.). Likewise, this presence can promote direct investments of the bourgeoisie from the main Syrian cities like Damascus and Aleppo. In the same way, we can highlight the opportunities for Lebanese companies which can have access to a large supply of cheap labor force. Obviously, this issue will represent a reduction in their payrolls. Finally, the presence of the Syrian refugees can boost the local consumption that can reach USD 1.5 billion²⁶.

Regrettably, the negative narrative imposed by sectarian forces probed one more time how effective Sectarianism can be upon getting influence on the sociopolitical behavior of the Lebanese citizens. We can bear in mind that the Lebanese cosmopolitanism has been always tied to sectarian agendas that have been formalized within the Lebanese constitution²⁷.

Indeed, the current confessional system is the cornerstone to understand individual subjectivization. As a matter of fact, the main factor to elucidate the political behavior and individual perception as a member of the State rest mainly on the feeling of belonging to their respective confessional group²⁸. Thus, sectarianism is the most powerful factor to understand Lebanese political motivation. Therefore, individuals rather than seeking national interest prefer to look after the interest of certain confessional groups.

As a result, Lebanon represents a liberal autocracy where the institutions, rules and political outcomes present an important challenge to any attempt to develop the democratic level²⁹. Besides, Lebanon exemplifies a hybrid political order where political and economic power is divided among “*diverse and competing authority structures, sets of rules, logics of order, and claims to power*”

26 B. EL KHOURY, “The Economic Benefits of the Massive Presence of Syrian Refugees”, *The Peace Building in Lebanon*, United Nations Development Programme, n° 16, August 2017, p. 7, <<http://www.lb.undp.org/content/dam/lebanon/docs/CrisisPreventionRecovery/SupplementArticles/16Supp/PEACE%20BUILDING2%2016%20july%202017%20p7.pdf>>, consulted on February 12, 2019.

27 D. CHATY, *Displacement and Dispossession in the Modern Middle East*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

28 B. SALLOUKH *et al.*, *The Politics of Sectarianism in Postwar Lebanon*, Pluto Press, 2015, p. 3.

29 D. BRUMBERG, “Democratization in the Arab World: The trap of Liberalized Autocracy”, *Journal of Democracy* 2002, vol. 13, n° 4, p. 56.

that co-exist, overlap, and intertwine, combining elements of introduced Western models of governance and elements stemming from local indigenous traditions of governance³⁰". In addition, Lebanon is presented as a real fusion of liberal democratic and confessional/neo patrimonial elements³¹ that presents a new form of Governance where the communities or confessional groups are in possession of the power instead of the State. The "*communitocracy*" represents very well who has the power and how the power is exercised in Lebanon. "*Communitocracy*" might be perceived as a governance system where the policies would be designed to serve more than the interests of the people, the interests of the confessional communities that make up the Lebanese community mosaic³².

The triumph of "*communitocracy*" brought up a national debate to find out whether the presence of Syrian refugees in Lebanon represents or not a threat for the national interest due to the confessional demographic unbalance that its presence involves. The potential naturalization of the Syrian refugees will play in favor of the Sunni community since the majority of them belong to this specific community.

The impact of this new kind of Governance can be perceived in the paradigm that rules the current Lebanese foreign policy. Indeed, the dissociation policy implies that Lebanon cannot take part in any conflict or crisis where another Arab country was involved³³. This paradigm has been used in order to prevent the settlement of the Syrian refugees' camps or any attempt of the Syrians naturalization. Likewise, this paradigm along with the principle of good-neighborliness³⁴ have been used in order to justify the use of "*displaced persons*" (*naziboun*) as a legitimate terminology rather than "*refugees*" (*lajjoum*)³⁵ that could violate the principle of the good neighbor.

30 V. BOEGE, M. A. BROWN and K. P. CLEMENTS, "Hybrid political orders, not Fragile states", *Peace Review: A Journal of Social Justice* 2009, n° 21, p. 17.

31 T. NAJEM, *Lebanon: The Politics of a penetrated society*, Routledge, 2012.

32 I. SALAMEY, *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, 2017.

33 F. S. BARROSO, "Why Lebanon cannot count on an independent foreign policy?", Spanish Institute of Strategic Studies, Opinion Document, n° 23, March 7, 2017, <http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO23-2017_Libano_PolExt_FcoBarroso.pdf>, consulted on February 12, 2019.

34 M. JANMYR, "No Country of Asylum: 'Legitimizing' Lebanon's Rejection of the 1951 Refugee Convention", *International Journal of Refugee Law* 2017, vol. 29, n° 3, p. 460.

35 M. JANMYR, "The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon", Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, American University of Beirut, Working

This label is helping to promote the temporary guest and at the same time it is taking out any international privilege derived from the refugeehood.

At this point, the conflict of interest between the international community and the Lebanese Government emerges. The Lebanese confessional mosaic started shifting its perception concerning the refugees into a question of survival. The survival of the Lebanese State is at stake and the securitization process paved its own pace. In order to understand the securitization process we have to highlight the new conception of security provided by the Copenhagen School of Security Studies which conceptualizes security as a process of social construction of threats which includes a securitizing actor (mostly political elite), who declares a certain matter as urgent and a posing threat for the survival of the referent object, that, once accepted with the audience, legitimizes the use of extraordinary measures for the neutralization of the threat. Thus, the issue is securitized and removed outside the normal bounds of democratic political procedure and put on the “*panic politics*” agenda³⁶.

The main argument to initiate this securitization process consists in considering the presence of the Syrian refugees as a clear threat for the Lebanese identity itself. Despite the fact that the vast majority of the Lebanese do not share common socio-political values with each other any longer, an important part of the Lebanese political establishment continues to pay lip service to the idea of “*mutual coexistence*” (*al ‘aysh al-mushtarak*)³⁷. Based on this idea and despite the fact that the country is largely segregated along sectarian lines, the current minister of foreign affairs, Mr. Gebran Bassil, has stated in several occasions his opposition to the idea of naturalization arguing that “*there is an international conspiracy to keep Syrian refugees in Lebanon*”.

Furthermore, Lebanon has been pressured many times in an indirect way to naturalize Syrian citizens or at least find a long-term solution in Lebanon. This has been clearly noticed with the many UN reports that foster the resettlement of the refugees and providing them with a safe status that guides them to the country’s citizenship. However, this has been strongly rejected

Paper n° 33, March 2016, <http://website.aub.edu.lb/ifi/publications/Documents/working_papers/20160331_Maja_Janmyr.pdf>, , consulted on February 12, 2019.

36 B. BUZAN, O. WAEVER and J. DE WILDE, *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner, 1998.

37 F. S. BARROSO and J. A. KECHICHIAN, “Lebanon Confronts Partition Fears: Has Consociationalism Benefitted Minorities?”, *Contemporary Review of the Middle East* 2018, vol. 5, n° 1, p. 4.

by the Lebanese Government on many occasions. President Aoun has made it clear in his meeting with Britain's Minister of State for Middle East Affairs, Alistair Burt, that Lebanon rejects the proposal to give citizenship to Syrian refugees³⁸. In addition, Lebanese Foreign Minister Gebran Bassil has also protested clearly and officially to the UN the plan of refugee resettlement which suggests to annually resettle 10% of the world's refugees. Although not directly addressed to Lebanon, Bassil had made it clear that his country totally rejects the long-term settlement or naturalization of refugees³⁹.

Gebran Bassil, Minister of Foreign affairs of Lebanon, in an interview on April 19, 2018, on Al Mayadeen TV says:

“Haven't we had enough of Lebanese who prefer foreign interests to our own? Haven't we had enough of Lebanese who disparage their identity this way? What country in the world has performed the humanitarian feat that Lebanon has? We always see Lebanese who prefer the Palestinian cause over the cause of Lebanon, the Syrian cause over the cause of Lebanon, the cause of some Gulf state or of America over that of Lebanon... Why do we always leave Lebanon to the end? What is this? Today, there are Syrians who can return to Syria with honor. 90% of Syria has become safe. What is the meaning of the international policy that encourages Syrians to remain in Lebanon, and raises hell whenever a small group returns to Syria? What is this international conspiracy?”⁴⁰

He adds that

“This policy targets Lebanon and Syria. Lebanon is not spared... They want to target any country in the region that may have the power, the army, the people, and the society to confront Israel. They want to crumble us into tribes, sects, cantons, and small pieces until nothing is left. Isn't the conspiracy clear? They weaken and dismantle one country after another”⁴¹.

As a result, it is clear that the practice and defense of the national sovereignty became a priority on the agenda of the Government on this issue. In one of his talks to the Daily Star Newspaper, Bassil commented in

38 Middle East Monitor, “Lebanon Rejects Citizenship for Syrian Refugees”, *MEMO*, October 28, 2017, available online at: <<https://www.middleeastmonitor.com/20171028-lebanon-rejects-citizenship-for-syrian-refugees/>>, consulted on February 12, 2019.

39 “Lebanon Summons UN Official Over Refugee Naturalization Concerns”, *An-Nabaa*, May 16, 2016, <<https://en.annahar.com/article/386158-lebanon-summons-un-official-over-refugee-naturalization-concerns>>, consulted on February 12, 2019.

40 Al Mayadeen, Lebanese FM Gebran Bassil: There is an International Conspiracy to Keep Syrian Refugees in Lebanon, <<https://www.youtube.com/watch?v=t-W4FF2klPk>>, consulted on February 12, 2019.

41 *Ibid.*

November 2014: “From now on, Lebanon will be making refugee policies while others, including the UNHCR, will work according to them and not the other way around⁴²”. The GOL considers that it is facing a situation of mass influx, as explained above and therefore taking many measures.

It may be safe to argue that Lebanon’s fate depends on the development of what is, at best, domestic disharmony between different confessional communities and, perhaps, on the outcomes of the Syrian Civil War. Indeed, the hypothesis advanced in this paper focuses on the new confessional demographic imbalances in Syria and Lebanon and how these may well involve new confessional settlements – especially in the complex mosaic that is Lebanon – where minority Christian, Druze, Sunni, and Shi’a communities will find themselves in even more precarious positions as disharmony increases. Whether the presence of Syrian refugees, as well the potential naturalization of a portion of these men and women, would further polarize Lebanese society is certainly an added woe. In fact, the new political landscape remained murky at best, challenging local actors to be far more proactive even if most elites were oblivious to looming dangers, happy to pretend that business, as usual, would prevail no matter what.

Regrettably, the political risk factors derived from the presence of the Syrian refugees in Lebanon go beyond the notion of national identity. As a matter of fact, there are other political risk factors at the domestic level like the division of power, the effectiveness of the State, relations among confessional groups, population composition, sense of nationalism and xenophobia, income distribution and legitimacy of the Government⁴³.

At the external level, we have to point out the degree of involvement in international organizations, the doctrine of the foreign policy, the notion of security, the relation with neighbor countries, and world public opinion among others. Being in this section where the international law can be somehow affected because for the case study of Lebanon part of its legitimacy relies on the respect and application of the main principles of the international law due to the Lebanese perception concerning the Syrian refugees as a sort of burden imposed on Lebanon. The aforementioned risk factors can affect, without a doubt, on the one hand, the Lebanese

42 H. LAKKIS, “Bassil: Lebanon, not UN, Sets Refugee Policies”, *Daily Star*, November 11, 2014, <<http://www.dailystar.com.lb/News/Lebanon-News/2014/Nov-11/277234-bassil-lebanon-not-un-sets-refugee-policies.ashx>>, consulted on February 12, 2019.

43 I. ALON and M. A. MARTIN, “A Normative Model of Macro Political Risk Assessment”, *Multinational Business Review* 1998, vol. 6, n° 2, p. 15.

authorities in the assumption and implementation of certain principles like the non-refoulement or the norm circulation among others. On the other, these risk factors can exacerbate not only the securitization process of the Syrian refugees in Lebanon but the implementation of the humanitarian assistance provided by the international community and the protection of the refugees.

4. Lebanon' policies in the framework of governance: the problem of the non circulation norms

Despite the reaction of the Lebanese Government concerning the management of the Syrian refugees has been quite volatile, there is an undeviated fact consisting in the official consideration of the Syrian refugees like “*temporary guest*” instead of refugees. It is not too soon to recognize that the international community has failed Lebanon in the management of the Syrian refugees for the Lebanese case study. In this way, we can stress too many factors that can explain the failure of the Lebanese effort in handling the Syrian refugees. Among them, we can highlight the lack of strategy, national cohesion, common interests and perceptions, political deadlock, corruption, and sectarianism. The problem doesn't consist in seeking someone to blame but in finding the cause that can explain why and how the Lebanese Government shifted from this kind of open doors policy to reach a situation where somehow is fighting against the will of the international community in the base of certain arguments that remind us of neocolonialism.

In this sense, and in order to understand the initial behavior of the Lebanese Government that started applying a sort of “*semi-laissez-faire policy*” enabling refugees to enter the country unrestrained⁴⁴, we have to take into consideration the massive escalation of the number of refugees that somehow provoke the overwhelming of the Lebanese Government due to the economic and political crisis that was affecting Lebanon since 2011.

The management of the Syrian refugees by the Lebanese authorities sparked the debate around the limitation of the international governance and the failure response provided so far by the international community. The set of norms, rules, and legal arrangements don't work in an effective way when the national interest is at a stake. In this sense, one of the most important

44 E. FERRIS and K. KIRISCI, *The Consequences of Chaos. Syria's Humanitarian Crisis and the Failure to Protect*, Brooking Institutions Press, The Marshal Papers, 2016, p. 39.

challenges for the international governance and international law consists in answering whether the national states must abide by the international law even when it can put the country in a sort of abyss situation.

In order to understand the problem of norm circulation and to justify which norms must prevail, we should take into consideration some premises. For instance, the first premise to bear in mind consists in the fact that the norms once are created; do not remain uncontested and static. This fact is becoming vital to understand why and how in developing countries the acceptance and implementation of certain norms have been challenged by the effect of norm localization⁴⁵. As a matter of fact, the process of norm localization⁴⁶ involves a contested process where the less powerful actors perceived the norm as a kind of abuse of power by the most powerful actors⁴⁷. Lebanon is showing signs of this bias concerning the management of the Syrian refugees. In this sense, the transnational norm of R2P has been contested by the Lebanese authorities and demands a certain level of redefinition that is not likely going to succeed. Indeed, normally this resistance is perceived as futile or illegitimate. However, one of the most interesting things in the relation between the Lebanese Government and the UN consists, despite the prevalent logic, in the influence that the Lebanese Government is executing in the formulation of the UN policies. In general, we assume that Lebanon is a mere recipient of international aid but we have to take into consideration the influence of the Government of Lebanon's response to policies and programs of United Nations agencies concerning the Syrian crisis⁴⁸.

For the Lebanese case study, we can foresee this scenario due to the fact that the Lebanese Government is using this transnational norm to strengthen its international legitimacy and authority. Therefore, the question that we should bring up next consists of whether the Lebanese Government is finally going to fight against the international community when its survival depends on the support provided by the international community.

45 A. ACHARYA, "The R2P and Norm Diffusion: Towards a Framework of Norm Circulation", *Global Responsibility to Protect* 2013, n° 5, p. 469.

46 A. ETZIONI, "Sovereignty as Responsibility", *Orbis* 2006, vol. 50, n° 1, p. 71-85.

47 According to Professor Amitav Acharya, norm circulation also occurs when the less powerful actors feel marginalized in the norm creation process.

48 C. GEHA and J. TALHOUK, "From Recipients of Aid to Shapers of Policies: Conceptualizing Government- United Nations Relations during the Syrian Refugee Crisis in Lebanon", *Journal of Refugee Studies*, September 2018, vol. 0, n° 0, p. 2.

Regardless of the escalation of tension between the Lebanese Government and certain UN agencies [mainly the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)], it seems that the Lebanese authorities are correctly implementing the notion of responsible sovereignty. The Lebanese Government is taking whatever measures are necessary to guarantee the protection and the valid standards of life according to the notion of Human Security of the population, either the Lebanese or Palestinian and Syrian refugees, located within the Lebanese territory. In order to succeed in this quest, Lebanon relied on the international community more and more till reaching the situation where Lebanon depends on the international donation. This issue presents obviously an important adverse effect consisting in the limitation of the Lebanese's sovereignty and autonomy.

The current problem mainly consists of the issue of the return of the Syrian refugees once the war ended. The customary law of non-refoulement has been respected and applied but the current situation encourages the Lebanese authorities to accelerate the return of the refugees as soon as possible. The conflict of interests between the UN and the Lebanese Government is putting the country in a difficult situation to the spark of nationalism and xenophobia⁴⁹ registered in the last few years. Despite the socioeconomic problems that are harming the Lebanese society, the solidarity value and the respect of human dignity are still shared by the majority of the Lebanese population.

The second premise is based on the argument that ignoring the regional context and opinion in the application of the norm can be counterproductive⁵⁰. Without taking into consideration the features presented and shared at the regional level, the comprehension of the Lebanese case study will be futile. We cannot understand how the Syrian refugees as a transnational threat can present an important challenge for the security of certain countries like Lebanon, Jordan, and Turkey.

The cornerstone of the localization norms based on the existence of different cultures and practices is essential to understand the contestation forms. Among those contestation proposals, we can highlight the

49 J. JALKH, "Le risque de xénophobie plane de nouveau sur le Liban", *L'Orient le Jour*, July 11, 2017, <<https://www.lorientlejour.com/article/1061703/le-risque-de-xenophobie-plane-de-nouveau-sur-le-liban.html>>, consulted on February 12, 2019.

50 A. ACHARYA, "The R2P and Norm Diffusion: Towards a Framework of Norm Circulation", p. 476.

Responsibility while Protecting (RWP)⁵¹ which, provided with a monitoring and review mechanism where the states involved, can have the opportunity to debate the implementation of a UN Security Council mandate⁵².

In this sense, and in order to reduce the tension between UN agencies and the main hosting countries and other stakeholders, the international community has been working on the creation and development of a Global Compact on Refugees (GCR). The GCR was launched at the New York Declaration for Refugees and Migrants that was held in the aforementioned city on the 19th of September of 2016. The GCR was presented as an important game changer in the management of the refugees. As a matter of fact, the GCR adds a mechanism for better responsibility - sharing that improves the protection of refugees and the assistance to the hosting countries. Indeed, as the aforementioned declaration states:

“The objective would be to ease pressure on the host countries involved, to enhance refugee self-reliance, to expand access to third-country solutions and to support conditions in countries of origin for return in safety and dignity⁵³”.

Likewise, the GCR presents a very important and positive element for the Lebanese case study that could reduce the contestation effort concerning the norm circulation. This statement is based on the fact that the GCR rather than being focused on the obligation for the national states that was recognized in the 1951 Refugee Convention is focused on international cooperation.

In order to understand the impact of the GCR as a game changer, we have to bear in mind that the GCR is going to be applied through the initiative of the Comprehensive Refugee Response Framework (CRRF) that is going to be organized and monitored by the UNCHR. This initiative includes *“rapid and well-supported reception and admissions; support for immediate and on-going needs (e.g. protection, health, education); assistance for local and national institutions and communities receiving refugees; and expanded opportunities for*

51 The proposal of Responsibility While Protecting (RWP) was presented by Brazil in November 2011.

52 N. CROSSLEY, “The Responsibility to Protect in 2012: R2P Fails in Syria, Brazil’s “RWP” Emerges”, *Global Policy Journal*, November 28, 2012, <<https://www.globalpolicyjournal.com/blog/28/12/2012/responsibility-protect-2012-r2p-fails-syria-brazil%E2%80%99s-%E2%80%98rwp%E2%80%99-emerges>>, consulted on February 12, 2019.

53 New York Declaration for Refugees and Migrants, A/RES/71/1, Annex 1, para. 18 (19 September 2016).

*solutions*⁵⁴). Therefore, we have to carefully follow the next report on the outcomes, obstacles and lessons learned provided by CRRF as a platform of cooperation among the UN agencies, the Lebanese Government and other stakeholders involved in the management of the Syrian refugees in Lebanon.

In fact, the CRRF is going to apply a multi-stakeholder, a whole society approach that benefits not only the Lebanese Government but “*national and local authorities, international organizations, international financial institutions, regional organizations, regional coordination and partnership mechanisms, civil society partners, including faith-based organizations and academia, the private sector, media and refugees themselves*”⁵⁵. Therefore, the Lebanese Government and the rest of the Lebanese stakeholders will have a word and the capability to be heard before approving and implementing any kind of measures concerning the management of the Syrian refugees in Lebanon. Thus, the CRRF can fit quite well into the “*communitocracy*” form of governance existing in Lebanon because it can give the chance to the different confessional groups to propose any sort of initiatives, suggestions, recommendations or changes to any kind of future decisions, policies, programs or projects approved within the GCR.

The problem of norm circulation for this specific case study is not going to be completely solved and we cannot guarantee that the international community is not going to find any other friction points in handling with the Lebanese authorities the issue of the Syrian refugees. But we can expect an important change concerning pressure that the Lebanese Government is receiving from UNCHR for instance that is hurting the sovereign competences of the Lebanese State. If the Lebanese authorities and the main stakeholders involved in the management of the Syrian refugees in Lebanon perceived themselves as important actors in the decision process, and the international community hears them out and works side by side with them, most probably Lebanon won't perceive any more the proposals adopted and implemented by UNHCR as mere impositions. Consequently, the implementation of the CRRF proposals and programs not only will be more efficient and effective but fairer and just in terms of refugee protection and sharing responsibilities between the international community and the hosting countries like Lebanon. As a matter of fact, the norm contestation, the norm localization and the resistance shown so far by the Lebanese Government will decrease accordingly when the Lebanese Government

54 New York Declaration for Refugees and Migrants, p. 1.

55 Annex 1, para. 2.

starts perceiving less aggravated the feeling of abuse by the international community with the R2P we are talking about.

5. Conclusion

The paper has aimed at answering the question of how the friction between the Lebanese Government and the UNHCR in the management of the Syrian refugees can spark a problem of non-circulation norms regarding the principle of non-refoulement and the doctrine of R2P. In order to understand this problematic, the paper addressed that Lebanon is neither a country of asylum nor a country for refugees. Furthermore, the rejection of the local integration leaves the resettlement as the only option to solve the potential negative impacts derived from the massive presence of refugees on its soil. In this sense, the Lebanese Government's policy stances concerning the Syrian refugees demonstrated on the one hand, that the exposure of national, regional and international events pushed Lebanon to violate international human rights standards when its national interest is in danger. In this way, the prevailing form of governance "*communitocracy*", and the rest of the sociopolitical and economic implications derived from the presence of these refugees on the Lebanese soil would justify the backlash of the Lebanese Government concerning certain proposals provided by the UN. The problem of non-circulation norms concerning the principle of non-refoulement and the doctrine of R2P could be served as an example of the aforementioned backlash.

The Lebanese case study shows how hosting states, regardless of their power, when they start perceiving the international obligations as unfeasible, and the international community response as not appropriate, can start showing unwillingness concerning the refugee protection. As we probed in this article, this hesitation often translates into an inability or unwillingness of states to perform their international obligations under refugee law that could explain the problem of non-circulation norms.

This criminalization of refugee presence may place Syrian refugees in such a vulnerable situation that it may *de facto* force some refugees to leave Lebanon, a scenario which some have argued would be in breach of Lebanon's international obligations. As per the principle of non-refoulement the new policies adopted by the Lebanese Government (stop the registration of refugees by the UNHCR, increasing the price of visa and residence permit, the non-registration of new Syrians baby born, close the border, etc.) aim to overcome this principle in a keen way because it is putting the conditions

for the Syrian refugees harder and tougher. As a result, a lot of these Syrian refugees are leaving the country or returning to Syria.

The so-called problem of Syrian refugees in Lebanon cannot be fixed unless the international community, on the one hand, starts providing adequate assistance to the refugees, the hosting countries and the stakeholders involved. While this assistance arrives the hosting countries have the right to apply or not certain principles and doctrines related to the refugees. On the other, and a part of the new initiative like the CRRE, the UN must improve its cooperation and coordination with the hosting countries through the improvement of the inclusive governance. To do so, UN should guarantee the signature of Memorandum of Understandings (MoUs) with the hosting countries that must show a certain level of flexibility and shall take into consideration the local traditions and practices in order to facilitate the fit between transnational norms and local norms. Therefore, the problem of non-circulation norms must be taken into consideration to make sure that the international community can respect the norms localization processes and does not harm the sovereign competences of the hosting countries. As the paper explains the protection of the refugees is at stake and depends on that. Thus, we have to keep thinking about how to overcome the unfair burdens of the distribution of refugee protection between the international community and the hosting countries. Perhaps, the non-circulation norms can become the most important factors to work on the diagnosis of this unbalance regarding the responsibility to protect.

BIBLIOGRAPHY

- ACHARYA A., “How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism”, *International Organization* 2004, vol.58, n° 2, p. 239-275.
- ACHARYA A., “The R2P and Norm Diffusion: Towards a Framework of Norm Circulation”, *Global Responsibility to Protect* 2003, n° 5, p. 469.
- Al Mayadeen, “Lebanese FM Gebran Bassil: There is an International Conspiracy to Keep Syrian Refugees in Lebanon”, <<https://www.youtube.com/watch?v=t-W4FF2klPk>>.
- ALON I. and MARTIN M. A., “A Normative Model of Macro Political Risk Assessment”, *Multinational Business Review* 1998, vol. 6, n° 2, p. 15.
- Annahar, “Lebanon Summons UN Official Over Refugee Naturalization Concerns”, *An- Nabar*, May 16, 2016, <<https://en.annahar.com/article/386158-lebanon-summons-un-official-over-refugee-naturalization-concerns>>.
- BARROSO F. S., “Why Lebanon cannot count on an independent foreign policy?”, Spanish Institute of Strategic Studies, Opinion Document, n° 23, March 7, 2017 <http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO23-2017_Libano_PolExt_FcoBarroso.pdf>.
- BARROSO F. S. and KECHICHIAN J. A., “Lebanon Confronts Partition Fears: Has Consociationalism Benefitted Minorities?”, *Contemporary Review of the Middle East* 2018, vol. 5, n° 1, p. 4.
- BOSWELL C., “The Conflict between Refugee Rights and National Interests: Background and Policy Strategies”, *Refugee Survey Quarterly* 1999, vol. 18, n° 2, p. 64.
- BOEGE V., BROWN M. A., and CLEMENTS K. P., “Hybrid political orders, not Fragile states”, *Peace Review: A Journal of Social Justice* 2009, n° 21, p. 17.
- BRUMBERG D., “Democratization in the Arab World: The trap of Liberalized Autocracy”, *Journal of Democracy* 2002, vol. 13, n° 4, p. 56.
- BUZAN B., WAEVER O. and DE WILDE J., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner, 1998.
- Central Intelligence Agency (CIA), “The World Factbook”, <www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>.
- CHATTY D., *Displacement and Dispossession in the Modern Middle East*, Cambridge University Press, 2010.
- COEN A., “R2P, Global Governance, and the Syrian refugee crisis”, *The International Journal of Human Rights* 2015, vol. 19, n° 8, p. 1044-1058.

Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 UNTS 150 (entered into force 22 April 1954); Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, 606 UNTS 267.

CROSSLEY N., “The Responsibility to Protect in 2012: R2P Fails in Syria, Brazil’s ‘RWP’ Emerges”, *Global Policy Journal*, November 28, 2012, <<https://www.globalpolicyjournal.com/blog/28/12/2012/responsibility-protect-2012-r2p-fails-syria-brazil%E2%80%99s-%E2%80%98rwp%E2%80%99-emerges>>.

EL KHOURY B., “The Economic Benefits of the Massive Presence of Syrian Refugees”, *The Peace Building in Lebanon*, United Nations Development Program, n° 16, August 2017, <<http://www.lb.undp.org/content/dam/lebanon/docs/CrisisPreventionRecovery/SupplementArticles/16Supp/PEACE%20BUILDING2%2016%20july%202017%20p7.pdf>>.

ETZIONI A., “Sovereignty as Responsibility”, *Orbis*, vol. 50, n° 1, 2006, p. 71-85.

FAWAZ M. *et al.*, *Refugees as City Makers*, Social Justice and the City Program at the Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, American University of Beirut, 2018, <http://website.aub.edu.lb/ifi/publications/Documents/research_reports/20180910_refugees_as_city_makers.pdf>.

FERRIS E. and KIRISCI K., *The Consequences of Chaos. Syria’s Humanitarian Crisis and the Failure to Protect*, Brooking Institutions Press, The Marshal Papers, 2016.

FRANGIEH G., “Forced Departure: How Lebanon Evades the International Principle of Non Refoulement”, *Legal Agenda*, December 29, 2014, <<http://english.legal-agenda.com/article.php?id=675& folder=articles&lang=en>>.

GAMMELTOFT-HANSEN, T., “The Role of International Refugee Law in Refugee Policy: The Case of Deterrence Policies”, *Journal of Refugee Studies* 2014, vol. 27, n° 4, p. 574-595.

GAMMELTOFT-HANSEN T. and TAM N. F., “The End of Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy”, *Journal on Migration and Human Security*, Center for Migration Studies of New York, vol. 4, n° 4, 2017, p. 28.

GEHA C. and TALHOUK J., “From Recipients of Aid to Shapers of Policies: Conceptualizing Government– United Nations Relations during the Syrian Refugee Crisis in Lebanon”, *Journal of Refugee Studies*, September 2018, p. 2.

International Organization for Migration (IOM), “Global Migration Indicators 2018”, Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC), 2018, Berlin, <https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf>.

- JALKH J., “Le risque de xénophobie plane de nouveau sur le Liban”, *L'Orient le Jour*, July 11, 2017, <<https://www.lorientlejour.com/article/1061703/le-risque-de-xenophobie-plane-de-nouveau-sur-le-liban.html>>.
- JANMYR M., *Protecting Civilians in Refugee Camps: Unable and Unwilling States, UNHCR and International Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- JANMYR M., “The Legal Status of Syrian Refugees in Lebanon”, Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, American University of Beirut, Working Paper n° 33, March 2016, <http://website.aub.edu.lb/ifi/publications/Documents/working_papers/20160331_Maja_Janmyr.pdf>.
- JANMYR M., “No Country of Asylum: ‘Legitimizing’ Lebanon’s Rejection of the 1951 Refugee Convention”, *International Journal of Refugee Law* 2017, vol. 29, n° 3, p. 460.
- JANMYR M. and MOURAD L., “Modes of Ordering: Labelling, Classification and Categorization in Lebanon’s Refugee Response”, *Journal of Refugee Studies* 2018, vol. 31, n° 4, p. 548.
- JOLIE A., “How to alleviate the refugee crisis”, *The Economist*, June 19, 2018, <<https://www.economist.com/open-future/19/06/2018/how-to-alleviate-the-refugee-crisis>>.
- KERSTEN M., “The Responsibility to Protect doctrine is faltering. Here’s why”, *The Washington Post*, December 8, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/08/12/2015/the-responsibility-to-protect-doctrine-is-failing-heres-why/?noredirect=on&utm_term=.d184a930cef8>.
- LAKKIS H., “Bassil: Lebanon, not UN, Sets Refugee Policies”, *Daily Star*, November 11, 2014, <<http://www.dailystar.com.lb/News/Lebanon-News/2014/Nov-277234/11bassil-lebanon-not-un-sets-refugee-policies.ashx>>.
- Middle East Monitor, “Lebanon Rejects Citizenship for Syrian Refugees”, *MEMO*, October 28, 2017, <<https://www.middleeastmonitor.com/-20171028lebanon-rejects-citizenship-for-syrian-refugees>>.
- MOORE T., “Violations of Sovereignty and Regime Engineering: A Critique of the State Theory of Stephen Krasner”, *Australian Journal of Political Science* 2009, vol. 44, n° 3, p. 503.
- NAJEM T., *Lebanon: The Politics of a penetrated society*, Routledge, 2012.
- NASSER Y. et al., *No Place to Stay? Reflections on the Syrian Refugee Shelter Policy in Lebanon*, AUB’s Issam Fares Institute for Public Policy and International Affairs, UN-Habitat, 2015, <http://website.aub.edu.lb/ifi/publications/Documents/research_reports/20150907_noplacetostay.pdf>.
- New York Declaration for Refugees and Migrants, A/RES/71/1, Annex 1, para. 18 (19 September 2016).

- POON J., “The Final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment, EU Law and Analysis”, *European Papers*, December 2016, vol. 1, n° 3, p. 1195-1203, <<http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/eu-turkey-deal-violation-or-consistency-with-international-law>>.
- SALAMEY I., *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, 2017.
- SALLOUKH B. *et al.*, *The Politics of Sectarianism in Postwar Lebanon*, Pluto Press, 2015.
- SCHEFFER D., “Atrocity Crimes Framing the Responsibility to Protect, Case Western Reserve”, *Journal of International Law* 2008, vol. 40, n° 1, <<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=jil>>.
- THAKUR R., “UN breathes life into ‘responsibility to protect’”, *The Star*, March 21, 2011, <https://www.thestar.com/opinion/editorialopinion/2011/03/21/un_breathes_life_intoresponsibility_to_protect.html>.

La protection du domicile de l'entrepreneur individuel en droit français / The Protection of the Individual Entrepreneur's Domicile in French Law

Pascal Rubellin, Maître de conférences (HDR), à la Faculté de Droit de Poitiers

Abstract

The concern to protect the property of individual entrepreneurs is very crucial in France. For twenty years many provisions have been taken in order to attempt to withdraw the principal residence of individual entrepreneurs from the pledge of their creditors. It seems appropriate to take stock of the effectiveness of the protection measures pertaining to these individual entrepreneurs, notably in the event of “*bankruptcy*”.

L'appétence pour les Français à être propriétaires de leur logement est intense. Cinquante-sept pour cent le sont déjà et quatre-vingt-cinq pour cent qui ne le sont pas rêvent de le devenir. Des incitations fiscales existent, que ce soit pour son acquisition ou pour sa rénovation¹. De plus, cet achat étant perçu comme celui d'une vie, l'acquéreur jouit d'une protection quasi inédite dans le droit français. Une dizaine de diagnostics portant sur le bien immobilier² – en augmentation constante au gré des différentes réformes –, doivent impérativement être réalisés avant la vente, à la charge du vendeur naturellement. L'acquéreur est ainsi créancier d'une obligation d'information très intense. Il bénéficie de surcroît d'un original délai de rétractation³, ou de repentir⁴, que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a porté de 7 à 10 jours.

Le logement est par principe saisissable par les créanciers en vertu de l'unité du patrimoine (C. civ., art. 2284). Cette crainte inhibe celui qui projette de se lancer dans la vie des affaires et qui, par voie de conséquence, appréhende alors de perdre son bien le plus précieux. C'est la raison pour laquelle plusieurs instruments ont été développés afin que ce risque ne se réalise pas. Certes, nombreux sont ceux qui préfèrent exercer en constituant une société de capitaux⁵, fût-ce par le truchement d'une société unipersonnelle⁶. Mais la

1 Prêt à taux zéro ; exonération des plus-values en cas de revente ; crédit d'impôt en cas de rénovation etc.

2 Il en existe une dizaine : la loi dite Carrez du 18 décembre 1996 a imposé un mètre ; la loi du 3 juillet 2000 un diagnostic termite, puis celle du 1^{er} septembre 2002, un diagnostic amiante, celle du 26 avril 2006 un CREP appelé couramment le diagnostic plomb. Ce fut ensuite la loi du 1^{er} juin 2006, modifiée par celle du 3 août 2018 qui instaura un diagnostic appelé depuis ERP (état des risques et de pollution), suivie de la loi du 1^{er} novembre 2006 pour l'exigence d'un diagnostic de performance énergétique. Quant à la loi du 1^{er} novembre 2007, elle exige un diagnostic gaz, celle du 1^{er} janvier 2009, un diagnostic électrique, et celle du 1^{er} janvier 2011 un diagnostic assainissement.

3 C. Const et habitat, art. 271-1 et suivant. « *Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte. Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes (...)* ».

4 Pour une étude de ce droit de repentir en droit comparé, V. <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/198869/1/LAVENTE_019_certified.pdf>.

5 Société anonyme (SA ; SAS), société à responsabilité limitée (SARL).

6 Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou une société anonyme simplifiée unipersonnelle (SASU).

protection n'est bien souvent qu'illusoire puisque les organismes bancaires exigent quasi-systématiquement une sûreté personnelle du dirigeant, essentiellement un cautionnement. L'hypothèse est accrue en raison de la propension des entrepreneurs français à créer des sociétés avec un capital social d'un montant familial depuis que le législateur n'impose plus de capital social minimal⁷. Or, en cas de défaillance sociale, tout le patrimoine de ce garant personnel peut être saisi, et en premier lieu son logement. Quelques fortes dispositions en droit des procédures collectives, protectrices des garants personnels, ont été prises afin d'épargner les garants personnels, personnes physiques. En particulier, la caution, personne physique, ne peut être poursuivie pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire⁸. Bien plus, elle peut se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. En somme il s'agit d'encourager le dirigeant caution de son entreprise à solliciter, avant l'apparition de l'état de cessation des paiements, l'ouverture de cette procédure collective facultative pour que soit traitée au plus tôt sa défaillance. Son entreprise sera sauvée, et le patrimoine personnel du dirigeant caution, aussi. Des mesures similaires existent pour la procédure de conciliation⁹.

Dans les autres cas, le dirigeant, caution, appelée en paiement, bénéficie subsidiairement d'une double protection. L'une classique vient du droit des régimes matrimoniaux. Par principe, un époux marié sous le régime de la communauté légale¹⁰ engage ses biens propres et tous les biens communs¹¹. Par exception, il n'engage que ses biens propres et ses revenus en présence d'un cautionnement (C. civ., art. 1415)¹². Le logement conjugal, s'il a été

7 La caution appelée en paiement bénéficie d'une certaine protection. N'étant pas en tant que telle éligible aux procédures collectives, elle a le droit de demander une procédure de surendettement des particuliers. Cette procédure consumériste est très simple à demander et à obtenir. Le particulier (le consommateur devrait-on dire en droit européen), doit s'adresser à la commission de la Banque de France. Dans les faits il s'agit d'un simple dossier que l'on remplit par voie numérique. Les conditions sont peu exigeantes. Il faut être de bonne foi, laquelle se présume.

8 C. com., art. L. 626-11. Une mesure similaire existe pour l'accord de conciliation qu'il soit homologué ou simplement constaté (C. com., art. L. 626-10-2).

9 C. com., art. L. 611-10-2.

10 Ce régime matrimonial légal supplétif est choisi par plus de 90 % des couples mariés.

11 C. civ., art. 1413 : « *Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu* ».

12 C. civ., art. 1415 : « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec*

acquis pendant le mariage, sera donc soustrait du gage des créanciers de la caution. L'autre protection, plus générale et plus économique, est issue du droit du surendettement des particuliers. Comme environ 200 000 Français chaque année¹³, le dirigeant caution de sa société peut demander une procédure de surendettement des particuliers qui a vocation à le désendetter. Mais celle-ci ne prend en compte et ne traite que des dettes non professionnelles, ce que n'est pas la dette de caution d'un dirigeant. Pour contrecarrer cette jurisprudence, la loi dite Borloo du 1^{er} août 2003 a alors modifié l'actuel article L. 711-1 du Code de la consommation pour que soient appréhendées et réaménagées les dettes issues d'un engagement « *de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société* ». Le dirigeant caution peut ainsi bénéficier de cette procédure si favorable pour lui.

On le voit, le droit français s'est attaché à tenter de sauver le logement du dirigeant d'une société de capitaux qui s'est porté caution. Mais il s'est aussi affairé à prendre des mesures fortes afin de protéger le logement de l'entrepreneur individuel. Celles-ci se manifestent de manière sous-jacente par l'édition de mesures générales destinées à protéger son patrimoine personnel (paragraphe 1), mais encore en instaurant de manière plus frontale et plus directe une insaisissabilité des droits portant sur la résidence principale de l'entrepreneur (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La protection du patrimoine « privé » de l'entrepreneur individuel

Deux mesures témoignent de la volonté de protéger les biens non professionnels de l'exploitant individuel. La première, symbolique et peu utilisée, concerne le droit des procédures civiles d'exécution (A). La seconde, révolutionnaire, consiste à créer pour la première fois en droit français un patrimoine d'affectation (B).

A. L'orientation des poursuites vers les biens nécessaires à l'exploitation

La première mesure de protection indirecte du logement de l'entrepreneur individuel destiné à encourager les personnes qui se décident

le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». En pratique cependant, les banquiers exigent quasi systématiquement un consentement du conjoint à l'acte de cautionnement.

13 <<https://particuliers.banque-france.fr/surendettement/chiffres-cles-et-bilan-national>>.

à tenter une aventure entrepreneuriale nous semble être issue de la loi n° 95-126 du 11 février 1994 répondant au nom évocateur de « *loi relative à l'initiative économique* », dite loi « *Madelin* », désormais insérée à l'article L.161-1 du Code des procédures civiles d'exécution¹⁴. En droit français, par principe, le créancier jouit de la liberté de choisir les biens qu'il entend faire saisir. En cas de difficultés financières d'un entrepreneur individuel, les voies d'exécutions individuelles s'orientent bien souvent vers le domicile du débiteur. Même si la saisie immobilière est longue et onéreuse, elle demeure très efficace. De plus elle revêt un aspect comminatoire et la simple menace de la mettre en branle incite alors le débiteur à tout faire pour honorer son engagement. Pour la première fois en droit français, cette loi a offert au débiteur une *possibilité* d'éviter cette saisie immobilière en lui donnant la faculté de proposer au créancier d'orienter ses poursuites sur un autre bien. L'article L. 161-1 du Code de procédure civile d'exécution énonce :

« Lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, (...) s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers ».

Même s'il n'est pas visé exclusivement par le texte qui vise de manière générale l'exécution forcée sur les « *biens du débiteur* », c'est, de manière à peine voilée, le logement de l'entrepreneur que l'on entend protéger. Le saisi peut alors proposer au créancier qu'il fasse appréhender en priorité les biens professionnels. Naturellement ce dernier peut s'y opposer, comme dit le texte, s'il « *établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance* ».

Ce texte n'a en réalité presque jamais été appliqué puisqu'il a été assez rapidement démontré que le remède était pire que le mal¹⁵. Si le débiteur oriente les poursuites sur les biens *nécessaires* à son exploitation, cette dernière sera nécessairement confrontée à des difficultés insurmontables et périclitera. L'entrepreneur individuel sera en conséquence inévitablement soumis à une procédure de liquidation judiciaire qui engendre cette fois-ci la saisie de tous les biens et notamment la résidence principale. Remarquons

14 Ce Code a été créé en 2011 et entré en application au 1^{er} juin 2012.

15 P. RUBELLIN, « L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel », *JCP G.* 26 juin 1995, I, 3856 ; M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, *RTD com.* 1994, p. 329 pour lesquels ce texte peut figurer au « *palmarès des lois mal faites* ».

ici, que le droit des procédures collectives fait preuve d'humanité puisque lorsque le bien immobilier est réalisé par le liquidateur, le débiteur, personne physique, peut demander au tribunal de lui accorder des délais de grâce pour quitter sa maison d'habitation principale (C. com., art. L.642- 18 al. 6). Bien maigre lot de consolation en vérité.

B. La création d'un patrimoine d'affectation : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)

La véritable protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel est venue de la création, par la loi du 15 juin 2010, d'une structure inédite : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Tout entrepreneur individuel peut alors décider d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale (C. com., art. L. 526-6). En somme, l'exploitant se retrouve à la tête de deux patrimoines : un patrimoine affecté (professionnel) et un patrimoine non affecté (privé), et même de plusieurs puisqu'il lui est possible, depuis le 1^{er} janvier 2003, de créer plusieurs patrimoines d'affectation s'il exerce plusieurs activités économiques indépendantes.

Cette scission se retrouve aussi – et c'est l'intérêt – au stade de l'obligation à la dette. Les créanciers professionnels ne pourront saisir que le patrimoine affecté alors que les créanciers non professionnels appréhenderont seulement le patrimoine privé. Là encore, en creux, la finalité est de protéger la résidence contre les actions des créanciers professionnels. Cette dernière intégrera uniquement le gage de ses créanciers personnels (et notamment de l'organisme prêteur du bien immobilier).

L'EIRL n'a pas rencontré le succès escompté. Cet échec relatif se justifie, à notre avis, pour trois raisons. La première est contextuelle. Il faut toujours un certain temps pour qu'une nouvelle pratique si dérogoire entre dans les mœurs. Cette justification doit être atténuée, puisque cela fait presque dix ans que l'EIRL a été créé. La seconde, plus prégnante, tient à la lourdeur de son régime. À titre d'exemple seulement, l'EIRL est contraint d'estimer ou de faire estimer les affectations qu'il réalise (C. com., art. L. 526-10), de tenir deux comptabilités (C. com., art. L. 526-13), de posséder deux comptes en banque. De surcroît sa « *rémunération personnelle* » n'est pas simple puisqu'il faut comptablement basculer les profits commerciaux dans le patrimoine privé non affecté (C. com., art. L. 526-19). Il est en réalité beaucoup plus simple de constituer une société unipersonnelle de capitaux dont les rouages sont connus et rodés et qui, *in fine*, s'avère plus protectrice du patrimoine du gérant.

Enfin, et plus fondamentalement, la troisième raison tient à l'efficacité de la protection du patrimoine que l'EIRL est censée procurer à l'aune de sa résistance au droit de la liquidation judiciaire auquel se dernier est éligible¹⁶. Sur le papier, celle-ci existe indubitablement. L'état de cessation ne s'apprécie qu'en comparaison du passif strictement professionnel et du patrimoine affecté. Le patrimoine non professionnel ne sera en principe pas appréhendé par le liquidateur¹⁷ et le logement sera sauvé. La réciproque existe et la Cour de cassation a admis dernièrement que l'EIRL qui serait dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir au regard de son seul patrimoine non affecté (C. consomm., art. L. 711-1) possède la latitude de demander une procédure de surendettement des particuliers¹⁸. C'est d'autant plus intéressant pour lui que dans cette procédure non collective, ouverte à la seule demande du consommateur de bonne foi, il existe de nombreuses dispositions tendant à éviter la vente du logement du surendetté¹⁹, tout en réaménageant son passif.

L'inconvénient majeur de ce statut vient d'une disposition spéciale du droit des entreprises en difficulté, laquelle nuit gravement à l'attractivité de l'EIRL. L'action exceptionnelle, mais classique, en extension de procédure collective en présence d'une confusion de patrimoine (C. com., art. L. 620-2) lui est applicable et aura pour conséquence de réunir les deux patrimoines dans la procédure. Tous les laborieux efforts faits lors de la constitution de l'EIRL auront été vains. Le logement, placé initialement dans le patrimoine non affecté sera réalisé par le liquidateur. Mais comme si une telle mesure n'était pas suffisante, cette action en réunion des patrimoines, si néfaste, est aussi ouverte dans des cas particuliers exposés dans l'article L. 620-2 lequel édicte :

16 C. com., art. L. 620-2

17 C. com., art. L. 680-1 et suivant.

18 Cass. civ. 2^e, 27 sept. 2018, n° 17-22013, *JCP E.* 2018, 1528, note J.-D. Pellier ; V. LEGRAND, « L'EIRL en surendettement : première application pratique », *D.* 2018, p. 2071.

19 Sur ce point, S. LEDAN-CABARROQUE, « La vente de la résidence principale appartenant à un propriétaire surendetté », *Rev. Proc. Coll.* 2016, mars 2016, étude n° 6. Pour un exemple, l'article 732-1 du Code de la consommation prévoit que : « Si l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement fait apparaître que le débiteur se trouve dans la situation définie au premier alinéa de l'article L. 724-1 et que le débiteur est propriétaire d'un bien immobilier, la commission s'efforce de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers ».

« À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. Dans les mêmes conditions, un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci. Il en va de même lorsque le débiteur a commis un manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ou encore une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure ».

L'article L. 526-6 dont il est question impose que *tous* les biens nécessaires à l'exploitation soient affectés à son patrimoine professionnel²⁰. Il s'agit d'une obligation et non d'une faculté. Or, en pratique, bien souvent, les EIRL, souvent par ignorance, parfois par filouterie, ne le font pas afin de limiter le gage de leurs créanciers professionnels futurs. Ils en subissent alors lourdement les conséquences puisque le tribunal qui a ouvert la procédure collective pourra réunir les deux patrimoines, anéantissant ainsi la protection initiale²¹. De même, l'article L. 526-13 impose l'exigence de la tenue de deux comptabilités. Or lorsque les difficultés s'amoncellent, un des premiers réflexes est de ne plus rémunérer son comptable lequel ne fera donc plus la double comptabilité, absence susceptible d'entraîner la réunion des deux patrimoines. L'EIRL, cet « *OJNI* » – objet juridique non identifié –, selon les termes du Professeur F. Pérochon, qui a bousculé toutes les règles ancestrales du droit français²² est sans doute pour les créanciers professionnels un tigre de papier et pour l'entrepreneur lui-même une bien pâle protection de son logement. Tout cela a sans doute encouragé le législateur à prendre une disposition bien plus radicale : l'insaisissabilité légale des droits portant sur la résidence principale.

Paragraphe 2. L'insaisissabilité des droits portant sur la résidence principale de l'entrepreneur

S'il existe aujourd'hui deux sortes d'insaisissabilité des droits portant sur la résidence principale de l'entrepreneur, c'est parce que, chronologiquement, a été mis en place une insaisissabilité sur déclaration de l'entrepreneur,

20 En matière agricole, il est possible de laisser toutes ses terres agricoles dans le patrimoine non affecté.

21 Cass. com., 7 févr. 2018, *JCP G.* 2018, 279, note J.-D. Pellier ; *D.* 2018, p. 292, obs. A. Lienhard.

22 Il est à titre d'exemple admis que l'EIRL peut se porter caution de ses propres dettes.

puis une insaisissabilité légale (A). Malgré leur coexistence, la protection instaurée n'est efficace que dans certains cas exceptionnels (B).

A. L'instauration des différentes insaisissabilités des droits portant sur la résidence principale

À l'origine, la loi du 3 août 2003²³ a permis à l'entrepreneur individuel, par un acte volontaire, de rendre insaisissable les droits sur lesquels portent sa résidence principale. Puis la loi du 4 août 2008 a étendu cette possibilité à tous les immeubles bâtis ou non bâtis. Naturellement, la décision de rendre insaisissables les biens immobiliers doit être faite devant notaire et pour être opposable aux tiers, publiée, non seulement au fichier immobilier, comme toutes mesures touchant les immeubles mais encore au registre professionnel (registre du commerce et des sociétés (RCS) si l'exploitant est un commerçant). Cette insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers professionnels dont la créance naît postérieurement à ces publicités. Les créanciers personnels quant à eux, antérieurs ou postérieurs, ne sont pas impactés, tout comme les créanciers professionnels antérieurs. Cette déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI) n'a pas eu l'effet escompté malgré son coût modique. On estime que moins de 15 000 DNI ont été effectuées en plus de 15 ans sur le territoire français. C'est sans doute la raison pour laquelle, la loi « dite Macron » du 6 août 2015, n° 2015-990 a changé de paradigme et a instauré une insaisissabilité *légale* cette fois-ci, automatique et sans publicité, des droits portant sur l'immeuble où est fixée la résidence légale. Cette insaisissabilité légale n'a pas fait disparaître pour autant la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI), mais cette dernière ne sera utile que si l'entrepreneur veut rendre insaisissables des biens bâtis ou non bâtis autres que sa résidence principale (C. com., art. L. 526-2). L'article L. 526-1 édicte :

« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers

23 Loi n° 2003-721, 1^{er} août 2003 sur « l'initiative économique et déclaration d'insaisissabilité ». D. BERT et S. KHERBOUCHE, « L'insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur : une réforme insaisissable ? », *RTD com.* 2016, p. 241. P.-M. LE CORRE, « L'insaisissabilité légale de la résidence principale : quid nov, quid boni ? », *Gaz. Pal.* 18 oct. 2015, p. 3 ; M. CAZAJUS, « L'immeuble insaisissable en liquidation judiciaire en 10 questions », *Defrénois* 2018, n° 5, p. 13 ; C. LISANTI, « Déclaration notariée d'insaisissabilité : Une protection efficace de l'entrepreneur individuel ? », *JCP N.* 2017, 1330.

dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du présent Code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire ».

L'instauration de cette insaisissabilité légale, appelée en pratique « *insaisissabilité loi Macron* » a provoqué un véritable séisme dans le paysage économique français : environ 800 000 biens immobiliers seraient devenus immédiatement insaisissables à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, c'est-à-dire le 7 août. Qu'il nous soit permis d'insister. Toute personne qui s'inscrit à un registre professionnel voit son logement²⁴ automatiquement soustrait au gage de ses créanciers professionnels postérieurs. Naturellement, l'entrepreneur individuel peut renoncer à cette insaisissabilité, par acte notarié, publié aux différents registres (C. com., art. L. 526-3). Enfin et sans être exhaustif, il se peut que l'entrepreneur déménage et vende sa résidence. Le cas est prévu par la loi. Sa nouvelle résidence est de droit insaisissable, mais l'insaisissabilité ne concerne alors que les créanciers postérieurs à la publication de cette nouvelle acquisition. Pour y remédier, l'article L. 526-2 prévoit un mécanisme dit de remploi, inspiré par le droit des régimes matrimoniaux : le prix de réalisation de la résidence demeure insaisissable pendant un délai d'un an après la vente. Et si pendant ce délai l'entrepreneur rachète une résidence principale et qu'il indique qu'il le fait avec les fonds issus de la vente initiale, les effets de l'insaisissabilité légale sont alors reportés à la date de la première insaisissabilité. En somme, avec ce mécanisme le changement de la résidence principale ne modifie en rien les effets de l'insaisissabilité. L'article L. 526-2 énonce en effet :

« En cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale, le prix obtenu demeure insaisissable, sous la condition du remploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition par la personne mentionnée au premier alinéa de l'article L. 526-1 d'un immeuble où est fixée sa résidence principale ».

B. L'efficacité

La DNI et l'insaisissabilité légale ont donné lieu, malgré la clarté des textes, à un contentieux très nourri. Celui en devenir, depuis que l'insaisissabilité est automatique, sera définir ce qu'il faut entendre par

24 Sauf s'il a été apporté dans une société civile immobilière (SCI). En ce sens, Rép. Minist. n° 52819, JOAN Q, 5 avr. 2005, p. 3540.

« droits d'une personne physique immatriculée (...) portant sur l'immeuble où est situé sa résidence principale²⁵ ». Si la notion est connue dans de nombreuses branches du droit²⁶, ces dernières adoptent toutes une définition différente. Quoi qu'il en soit, il nous semble que la charge de la preuve incombe au débiteur et non au créancier. Par définition, tout bien est saisissable et c'est donc au débiteur de soulever des moyens propres pour s'opposer à la saisie immobilière entreprise. En réalité, le contentieux déjà né et résolu s'est focalisé sur l'efficacité de l'insaisissabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le problème juridique qui s'est posé était de savoir si, en présence de créanciers antérieurs et postérieurs à la prise d'effet de l'insaisissabilité, le liquidateur conserve le pouvoir de faire réaliser l'immeuble. Prenant appui sur le fait qu'il jouit d'un monopole pour agir « *au nom de l'intérêt collectif* » des créanciers antérieurs²⁷, l'immense majorité de la doctrine l'admettait. Toutefois, suite à une dizaine de décisions publiées, la chambre commerciale lui a dénié ce droit justifié par un raisonnement original et contesté de manière virulente par certains²⁸.

Le liquidateur représente certes l'intérêt collectif des créanciers mais uniquement lorsque l'action de ces derniers porte sur « *le gage commun* », constitué des biens pouvant être, en temps normal, saisis par tous les créanciers²⁹. Or l'immeuble insaisissable n'en fait pas nécessairement partie. Ainsi, à partir du moment où il existe des créanciers antérieurs à la date de prise d'effets de l'insaisissabilité, l'immeuble ne fait pas partie du gage commun puisque ces créanciers sont les seuls à pouvoir le saisir. Non représentés par le liquidateur, ils retrouvent leur droit individuel et ne sont pas impactés par les règles de la procédure collective. Leur créance est inopposable à celle-ci. En conséquence, il a été jugé qu'ils n'étaient pas soumis à la suspension des poursuites et qu'ils pouvaient saisir l'immeuble,

25 À titre illustratif, quelle est la résidence principale d'un débiteur détenu en prison depuis 2 ans ?

26 Droit international privé, procédure civile, droit des régimes matrimoniaux.

27 C. com., art. L. 620-1 : le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers.

28 Cass. com., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-15482 ; Cass. com., 14 mars 2018, pourvoi n° 16-27302. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 9^e éd., 2012, n° 1127 : « *La haute juridiction aurait-elle perdu toute logique et toute raison* ».

29 Cass. com., 2 juin 2015, pourvoi n° 13-24714.

sans avoir à déclarer leur créance à la procédure et sans même avoir besoin de solliciter une ordonnance du juge-commissaire !³⁰.

Schématiquement deux cas se rencontrent. Ou bien il n'y a pas de créanciers antérieurs à l'insaisissabilité. Cette hypothèse se rencontre notamment lorsqu'il n'y a plus de prêt immobilier. L'immeuble est alors insaisissable par le liquidateur. La protection de la résidence principale est efficace. Ou bien il existe un créancier antérieur à l'insaisissabilité et ce dernier uniquement pourra faire vendre l'immeuble et le liquidateur³¹ ne le pourra pas. Dans cette occurrence, si la créance du créancier antérieur à l'insaisissabilité est inférieure au prix de réalisation de l'immeuble, le reliquat tombera dans l'actif de la procédure. La protection légale aura été totalement inefficace³². Cette situation se présentera systématiquement lorsque le débiteur n'aura pas encore remboursé le prêteur de deniers ayant permis l'acquisition de l'immeuble, ou bien encore lorsqu'au moment de son installation professionnelle et avant son immatriculation au registre professionnel, l'exploitant aura sollicité un prêt bancaire, ce qui est quasiment toujours le cas. L'insaisissabilité légale est ainsi devenue une super garantie pour les banquiers, même chirographaires – la plus efficace qu'il soit. De manière dévoyée, il pourrait alors être constaté que l'insaisissabilité dite « *Macron* » favorisera l'accès au logement puisque les établissements prêteurs seront plus enclins à accorder du crédit immobilier avec une telle garantie qui résiste aux procédures collectives !

On le voit, tous les efforts entrepris par le législateur français pour protéger les droits portant sur la résidence principale semblent sinon vains, du moins peu efficaces. Cela tient du fait que l'immeuble dans lequel l'exploitant vit est bien souvent son seul actif. Or il est quasiment impossible d'entreprendre sans actif et sans crédit. Tenter de concilier l'inconciliable est peine perdue. Celui qui se lance dans la grande aventure entrepreneuriale doit conserver à l'esprit qu'il peut gagner mais aussi tout perdre. À lui d'être seulement locataire, mais cela reste contraire à l'aspiration des Français.

30 Cass. com., 5 avr. 2016, pourvoi n° 14-14640. Corolairement, le liquidateur commettrait un excès de pouvoir s'il entreprenait la vente d'un tel bien.

31 Sauf si le débiteur renonce à cette insaisissabilité (C. com., art 526-3.). La renonciation à l'insaisissabilité est un droit propre qui échappe au dessaisissement. F. PÉROCHON, « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence » in *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary. L'immeuble et le droit*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse et Éditions Législatives, 2006, p. 409.

32 Sauf emploi. Le débiteur dans l'année peut alors avec ce reliquat racheter une résidence principale insaisissable.

BIBLIOGRAPHIE

- BERT D. et KHERBOUCHE S., « L'insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur : une réforme insaisissable ? », *RTD com.* 2016, p. 241.
- CAZAJUS M., « L'immeuble insaisissable en liquidation judiciaire en 10 questions », *Deffrénois* 2018, n° 5, p. 13.
- LE CORRE P.-M., « L'insaisissabilité légale de la résidence principale : quid nov, quid boni ? », *Gaz. Pal.* 18 oct. 2015, p. 3.
- LEDAN-CABARROQUE S., « La vente de la résidence principale appartenant à un propriétaire surendetté », *Rev. Proc. Coll.* 2016, mars 2016, étude n° 6.
- LISANTI C., « Déclaration notariée d'insaisissabilité : Une protection efficace de l'entrepreneur individuel ? », *JCP N.* 2017, 1330.
- PÉROCHON F., « Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence » in *Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary. L'immeuble et le droit*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse et Éditions Législatives, 2006, p. 409.
- PÉROCHON F., *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 9^e éd., 2012.
- RUBELLIN P. « L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel », *JCP G.*, 26 juin 1995, I, 3856.

Le droit libanais au croisement des civilisations méditerranéennes / Lebanese Law at the Crossroads of Mediterranean Civilizations

Rodny Daou, Magistrat rattaché au Secrétariat du Conseil supérieur de la magistrature, Juge unique à Beyrouth, Enseignant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'USEK

Abstract

According to Catala and Gervais, “*Lebanese law is, like the whole country, a mosaic in which the meanders of a long history and the vicissitudes of the present times are inscribed*”. To provide an inkling of the citation being used, consider Petit Larousse’s definition of the mosaic as “*an assemblage of multicoloured pieces of hard materials, called tesserae, juxtaposed to form a drawing and linked by a cement*”.

This communication is presented in the form of an assemblage of pieces through which the history of Lebanon and the evolution of Lebanese law are tinted like the beautiful natural portraiture of the famous historical stelae of *Nabr-El-Kalb*. Yet it turns out that in this assembly of juxtaposed pieces revealing different civilizations in the history of Lebanon, it lacks the cement to agglomerate these various substances and thus form the drawing.

The use of universal human values and the principles of fundamental rights advocated for two thousand years by Ulpian and Imam Ouzai seems the best cement to the Lebanese “*juridical diversity*”. Thus, unification will be established but with respect for diversity.

« *Le droit libanais est, à l'image du pays tout entier,
une mosaïque où s'inscrivent
les méandres d'une longue histoire
et les vicissitudes des temps actuels* ».

CATALA et GERVAIS¹

Une mosaïque ...

Le Petit Larousse définit la mosaïque comme « *un assemblage de pièces multicolores de matériaux durs, dites tesselles, juxtaposées pour former un dessin et liées par un ciment* ». Ce vocable, qui est souvent utilisé pour décrire en un seul mot mon pays, dans ses méandres et ses vicissitudes, me paraît la seule et unique expression pour aborder les difficultés de ce sujet dans ses conflictualités, convergences et continuités. Un sujet qui, à mon sens, comporte en lui-même les éléments d'un croisement de temps, –le passé et le présent–, de géographies, –l'Orient et l'Occident–, et de disciplines variées, notamment –l'histoire et le droit–.

C'est la raison pour laquelle cette intervention sera présentée sous forme d'un assemblage de pièces à travers lesquelles l'histoire du Liban et l'évolution du droit libanais seront teintées par les couleurs de l'Orient et de l'Occident et façonnées par le soleil, le mistral et les vagues de la Méditerranée. Une sorte de mosaïque juridique qui reflète non seulement le tissu social libanais mais l'image de cette honorable assemblée ici présente qui, elle aussi, rassemble une pléiade de juristes, praticiens et étudiants doctorants, venus de différents pays et de divers horizons du pourtour méditerranéen.

L'École doctorale des juristes méditerranéens (EDJM) et l'École doctorale de Droit du Moyen-Orient (EDDMO), qui organisent cette belle manifestation dans les locaux de la prestigieuse Faculté de Droit de l'Université Aix-Marseille, me font penser aux éminentes écoles de droit du monde romain, parmi lesquelles l'École de Droit de Béryte qui nous permet de remonter dans l'histoire jusqu'au II^e siècle. Cette École, considérée alors

1 P. CATALA et A. GERVAIS, « Avant-propos », in *Le droit libanais, Livre du Cinquantenaire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Beyrouth* (dir. P. CATALA et A. GERVAIS), LGDJ, Les systèmes de droit contemporain XV, 1963, t. I, p. IX.

comme étant « *bien plus célèbre que celle même de Rome*² », constitue dans l'édifice juridique libanais un prodigieux héritage. Le cosmopolitisme humain et culturel de ses professeurs et de ses étudiants, venant d'Europe, d'Afrique, d'Asie mineure et de Constantinople, lui a permis d'être également un centre privilégié de rencontre, de dialogue et de confrontation des particularismes nationaux culturels et conceptuels³.

Le droit romain, influencé par les premiers codes nés en Mésopotamie, comme le Code d'Ur-Nammu et le Code d'Hammourabi, a été élaboré du II^e siècle au IV^e siècle dans cette célèbre École⁴ ; ce qui a fait dire à certains juristes et historiens que le droit a été conçu au Moyen-Orient⁵.

Un des brillants professeurs et éminents conseillers de cette École fut Domitius Ulpianus (170-228) qui, né à Tyr, au sud du Liban, a vécu une partie de sa vie à Beyrouth. Il est considéré comme « *un des pères du droit Romain* ». Les compilateurs du Digeste, qui constitue la partie la plus importante du *Corpus juris civilis* rédigé à l'initiative de Justinien, ont largement emprunté aux œuvres d'Ulpianus. Mille six cents ans avant le siècle des Lumières, Ulpianus a établi le principe selon lequel, si au regard du *ius civile*, les esclaves ne comptent pas, il n'en est toutefois pas ainsi par rapport au droit naturel, car pour ce qui touche à ce dernier, tous les hommes sont égaux⁶.

Ce patrimoine riche et multiséculaire, au niveau tant juridique qu'humain, représente la source principale du droit libanais.

La chute de l'Empire romain d'Occident en 476, suivie de la destruction de Beyrouth et de son École de droit par un tremblement de terre en 551, constituent un tournant important dans l'histoire du Liban, de la région et du monde.

2 P. COLLINET, *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Sirey, 1925, p. 181.

3 J. TABET, *L'École de Droit de Béryte*, Dar An-Nahar, 2009, p. 12.

4 F. NAMMOUR, « Le Code civil français : un modèle utilisé au Liban », in *Code civil et modèles* (dir. T. REVET), Paris I, LGDJ, 2005, p. 481 et s.

5 Gh. GHANEM, *Les lois et les régimes juridiques à travers l'histoire*, Sader, 1991 (ouvrage en langue arabe) ; J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967 ; E. REVILLOUT, *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Librairie Paul Geuthner, 1912.

6 P. COLLINET, « Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien », in *Mélanges Huvelin, Livre du 25^e anniversaire de l'École française de droit de Beyrouth*, Sirey, 1938, p. 75 et s. ; J.-M. MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC*, 1968, p. 47 ; J. TABET, *L'École de Droit de Béryte*, p. 61-67.

Au milieu du VII^e siècle, Beyrouth fut prise lors de la conquête arabe « *sans que l'École de droit eu repris naissance*⁷ ». Et dès lors, le droit romain commence à décliner au profit des nouveaux préceptes de la *chari'a* islamique ; la religion a ainsi son mot à dire sur le droit et ces nouveaux préceptes deviennent la source principale de législation.

Toutefois, l'extension du droit musulman dans les pays du Proche-Orient n'a pas été absolue. La coupure avec les systèmes juridiques occidentaux n'a jamais été complète et l'influence des valeurs humaines sur l'évolution du droit a toujours persisté.

Un certain nombre de théologiens musulmans et surtout d'*ulémas* libanais « *ont brillé en toutes époques dans tout l'espace du monde islamique*⁸ » grâce à ce mélange de cultures. Parmi ces brillants *ulémas* l'Imam libanais El-Ouzai qui a conçu au VIII^e siècle, une doctrine propre, portant son nom, dans laquelle il promeut et prêche la justice, la tolérance mais surtout la « *fraternité humaine* ». Sa doctrine fut appliquée par les *kadis* musulmans en Syrie et au Liban durant 200 ans avant d'y être remplacée par les deux doctrines *banéfite* et *chafiite*.

À l'époque des croisades (1096-1291), le droit romain « *proche-oriental* » de Justinien a connu un regain :

« *“Les communautés chrétiennes installées dans les régions islamisées maintenaient vivante une législation gréco-latine héritée de Justinien”. Il n'est pas exclu que ce soit par l'intermédiaire des “croisés que l'Occident ait reçu les premières bribes de l'œuvre de Justinien”, ce qui lui a permis de retrouver ses sources juridiques d'origine et de reprendre à partir du XII^e siècle l'essor du droit romain “qui devait plus tard avoir une grande importance dans l'édification de la théorie des obligations”* ».

Avec les *mamelouks* (1292-1516), le Liban traverse l'une des périodes les plus sombres de son histoire. Un véritable choc de civilisations s'est produit pendant près de deux siècles, toutes communautés confondues. Les *mamelouks* dévastent le Liban. Ils pratiquent la politique de la « *terre brûlée* » : les villes sont détruites et leurs habitants exterminés. D'une part,

7 P. COLLINET, *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, p. 58 : « *Beyrouth était encore en ruines en l'an 600 ; elle tomba facilement aux mains des musulmans en 635, sans que l'École de Droit eût repris naissance* ».

8 J. TABET, *L'École de Droit de Béryte*, p. 25.

9 J. DUCRUET, *Livre d'Or, 1913-1993, Université Saint-Joseph de Beyrouth, Faculté de Droit, de Sciences politiques et économiques*, 1995, p. 16 in J. TABET, *L'École de Droit de Béryte*, p. 27-28.

les *mamelouks* accusent les chrétiens - *dhimmis*¹⁰- d'avoir noué alliance avec les croisés et ils font brûler vif leur Patriarche Gebraël Hjoula à Tripoli en 1365. D'autre part, ils accusent les communautés musulmanes non sunnites d'hétérodoxie. Selon l'historien et le juriste Edmond Rabbath, si, durant cette période,

« les Dhimmis devaient continuer de bénéficier du statut légal que la chari'a leur garantit, aucun quartier ne pouvait être laissé aux dissidents de l'Islam, Nossairiés, Ismailiés, Druzes et Chiïtes, dont les groupements fermés apparaissent en tâches nombreuses sur toute l'étendue du territoire. Une politique déterminée, destinée à les fondre à jamais dans la masse sunnite, leur fut appliquée, poussée, en certains endroits, jusqu'à l'annihilation totale¹¹ ».

Face à ces atrocités, les différentes communautés libanaises commencent à s'interroger non seulement sur leurs droits et devoirs respectifs mais aussi sur leur avenir dans cette région du Levant.

Durant les quatre siècles de l'Empire ottoman (1516-1918), les différentes communautés libanaises chrétiennes et musulmanes retrouvent progressivement leur place et les prémices d'une mosaïque communautaire commencent à apparaître.

« La Sublime Porte considérait la population de l'Empire, non comme un ensemble d'individus avec lesquels elle devait traiter directement, mais plutôt comme un certain nombre de groupes communautaires (en turc « millet »). Ces communautés se virent institutionnalisées en personnes de droit public jouissant de certaines prérogatives législatives, administratives et judiciaires¹². Le Hattî-Humayoun de Gul-Hane pérennisa ces prérogatives¹³ ».

Ainsi, le droit de chacune des communautés était préservé mais avec une prédominance du droit musulman.

10 En arabe : ذمِّي, terme historique du droit musulman qui désigne un citoyen non-musulman d'un État musulman.

11 E. RABBATH, *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, Publications de l'Université libanaise, 1973, p. 164-165.

12 La population des communautés chrétiennes au Liban a augmenté considérablement sous l'Empire ottoman. Du XVI^e au XIX^e siècle la frontière de leur présence s'est déplacée vers le sud. De Bikfaya, au milieu du Liban actuel jusqu'à Rmeich et Kleiya à la frontière sud du Liban actuel.

13 Communication du Premier président de la Cour de cassation libanaise Jean FAHED à Budapest, le 23 avril 2015, « Dialogue et identité, le Proche Orient à la découverte de soi et de l'autre dans une communauté de synthèse », publiée dans la revue libanaise *Al-Adl* 2015, p. 1258 et s.

Les règles juridiques applicables sous l'Empire ottoman, dans les régions libanaises et syriennes, étaient celles de la Sublime Porte qui avait beaucoup emprunté aux systèmes juridiques occidentaux. Ainsi, sous Selim III, en 1839, les codifications napoléoniennes exercent une influence sur les codes ottomans surtout en matières commerciale, pénale et de procédure civile, sans toucher aux droits de la famille et des successions dont l'organisation et l'application ont été laissées sous l'autorité de la hiérarchie propre de chaque communauté¹⁴.

Quant au droit civil ottoman, formé principalement du *Medjellé* de 1869, il a fait l'objet d'une codification distincte dont les sources et les procédés d'inspiration hanafite, restent à l'écart du modèle napoléonien. Les dispositions du *Medjellé* demeurent en vigueur au Liban jusqu'à la promulgation du Code des obligations et des contrats où elles cessèrent partiellement de s'appliquer¹⁵.

À l'issue des événements sanglants de 1860 entre druzes et chrétiens, la Montagne libanaise¹⁶ bénéficia d'un régime de semi autonomie (*Moutassarifat*) vis-à-vis de l'Empire ottoman. Ce régime, contrôlé par les puissances européennes, consacra expressément l'équilibre et le rôle politique des communautés à travers leur participation au pouvoir administratif et judiciaire.

Selon le Professeur Hyam Mallat, cette période de l'histoire devait connaître le développement d'un droit coutumier dont certaines de ses dispositions ont été intégrées aux législations actuelles libanaises.

« Ce droit coutumier est fondé sur les anciennes traditions du droit romain en matière de statut personnel, de propriété et le recours aux préceptes de la chari'a dans le cadre des institutions publiques adoptées par l'Empire Ottoman dont la conquête de tout le Proche et le Moyen-Orient en 1516 et 1517 devait se perpétuer jusqu'à 1918 date du retrait ottoman de la région moyen-orientale suite à sa défaite aux côtés de l'Allemagne et de l'Autriche-Hongrie¹⁷ ».

14 N. LYAN, Séminaire du programme EuroMed Justice sur les Systèmes judiciaires, Athènes, 12-15 février 2007, « Gestion et administration de la justice : gestion des procédures, informatisation » – « Système judiciaire du Liban » (en ligne <<https://www.ahjucaf.org/liban-cour-de-cassation>>).

15 Extrait des travaux de l'Association Henri Capitant, « La circulation du modèle juridique français au Liban », *Journées franco-italiennes, 1993*, Litec 1994, p. 253 in P. GANNAGÉ, *Au fil du temps – Études juridiques libanaises et proche-orientales*, PUSJ, 2013, p. 13 et s.

16 Actuellement la région du Mont-Liban.

17 H. MALLAT, *La création de la Cour de cassation au Liban en 1919 – Origines des institutions judiciaires libanaises* (Ouvrage sous presse) : « L'un des aspects les plus significatifs de cette

Le retrait ottoman du Liban en 1918 devait ouvrir une nouvelle période. Du perron de la Résidence des Pins, à Beyrouth, entouré du Patriarche maronite et du grand Mufti, le Général Gouraud proclama le 1^{er} septembre 1920 l'État du Grand Liban.

Cette célèbre proclamation du Général Gouraud fut précédée d'un évènement fondateur des pouvoirs de cet État nouvellement créé mais qui est resté discret à l'image même de l'institution créée : la naissance de la Cour de cassation libanaise.

Les pourvois en cassation contre les décisions rendues par les juridictions des provinces de l'Empire déchu ne pouvaient plus être portés devant la Cour de cassation de Constantinople. Afin de ne pas « *laisser en suspens pour une période indéterminée la solution de nombreux procès* » et « *interrompre le cours de la Justice* », les autorités mandataires françaises prirent l'initiative de créer un « *Tribunal supérieur résidant à Beyrouth faisant fonction de Cour de cassation jusqu'à nouvel ordre*¹⁸ » doté d'un corps de règles propres qui définissent sa composition, son fonctionnement et ses attributions¹⁹.

Il s'agit de l'arrêté n° 452 du 17 juin 1919 signé par le Colonel Copin²⁰. Cet arrêté constitue la pierre angulaire d'une Cour suprême libanaise qui a même précédé l'État du Grand Liban proclamé en 1920²¹. Actuellement

émergence revient aux dispositions du Protocole du Mont-Liban de 1861 amendé en 1864 issu de la Conférence Internationale de Beyrouth de 1861 où pour la première fois dans l'histoire, les puissances du temps : France, Grande Bretagne, Russie, Autriche-Hongrie, Prusse, Italie et l'Empire Ottoman lui-même ont reconnu au sein d'un État – soit donc l'Empire Ottoman – une entité politique autonome qui s'est développée sous la dénomination de la mutassarifiyya du Mont-Liban avec ses frontières reconnues, ses institutions judiciaires, l'exemption du service militaire, l'exemption du paiement des impôts à la Sublime Porte... ».

- 18 Arrêté n° 452 du 17 juin 1919, *Recueil des actes administratifs du Haut-Commissariat de la République française en Syrie et au Liban, Répertoire des arrêtés, 1919-1932*, par Georges Tiret, Imprimerie Jeanne d'Arc, p. 35.
- 19 Arrêté n° 1210 du 20 avril 1920, *Recueil des actes administratifs du Haut-Commissariat de la République française en Syrie et au Liban, ibid*, p. 50. C'est par l'arrêté n° 954 du 15 juillet 1921 signé par le Haut-Commissaire de la République Française en Syrie et au Liban Gouraud que le Tribunal supérieur de Beyrouth a fonctionné sous la dénomination de « *Cour de cassation* ». (V. *Recueil des actes administratifs du Haut-Commissariat de la République française en Syrie et au Liban*, année 1921, vol. II, p. 231).
- 20 Léon Albert Maurice Copin : né le 4 juin 1878 à Reims (Marne) et décédé le 9 janvier 1978 à Paris. Il fut alors Chef du contrôle administratif du Haut-Commissariat du Gouvernement au Levant.
- 21 J. FAHED, « Préserver l'accès au juge suprême : les limitations volontaires », *Justice et Cassation 2017*, Dalloz, 2017, p. 459 : « *La création de la Cour suprême du Liban a précédé même la création de l'État du Liban moderne* ».

centenaire, notre Cour peut être considérée comme la plus ancienne parmi les cours suprêmes des pays du Levant²². La mise en place de la Cour de cassation libanaise a été également accompagnée durant la même année par « *l'organisation du Barreau et de la profession d'avocat* » ; un Ordre des avocats toujours considéré comme bastion des libertés et des droits de l'Homme.

Parallèlement à cette entreprise institutionnelle, la France s'engagea dans la modernisation du droit civil libanais faisant appel à des éminents juristes français pour l'élaboration de certains codes. Ainsi, fut rédigé en 1932 le Code des obligations et des contrats libanais, pour partie inspiré du Code civil français. Confiée à l'origine au magistrat français Ropers, la rédaction dudit Code fut revue par le Doyen Josserand et achevée par le Comité consultatif de la législation composé de juristes libanais et français.

Cette modernisation reste cependant limitée à une partie de la législation civile, à l'exclusion du droit des personnes et de la famille soumis depuis le XVI^e siècle et jusqu'à nos jours aux lois du Statut personnel, relatives aux dix-huit communautés religieuses qui composent actuellement la mosaïque confessionnelle libanaise.

Le Statut personnel, reflet juridique de cette mosaïque confessionnelle, est l'une des composantes essentielles du droit libanais. Il est régi par l'arrêté n° 60 LR du 13 mars 1936 du Haut-Commissaire de la République française pour la Syrie et le Liban. Cet arrêté donne à chacune des communautés, dénommées « *historiques*²³ » par ledit arrêté, une compétence de législation et de juridiction dans le domaine du mariage, du divorce, de la filiation, des successions, etc. Ce pan du droit est régi par différentes lois régissant les dix-huit communautés religieuses reconnues officiellement par l'État²⁴.

22 C. ABOUSSOUANE, *De la montagne du Liban à la Bastide Royale de Fleurance*, Mémoires et souvenirs, Les Cahiers de l'Est, 2008, p. 66 ; François Georges-Picot confia à un juriste libanais : « *La France va créer un Grand-Liban islamo-chrétien indépendant réunissant ses provinces démantelées en 1840 et il est important d'y établir d'ores et déjà la structure des Services judiciaires d'un État de Droit qui sera le pilier et les assises de sa constitutionnalité juridique* ».

23 L'article 1^{er} de l'arrêté n° 60 LR du 13 mars 1936 : « *Sont légalement reconnues, en tant que communautés à Statut personnel, les communautés historiques dont l'organisation juridique et judiciaire est fixée par un acte législatif* ».

24 Les chrétiens comptent douze communautés différentes (maronite, grec-orthodoxe, grec-catholique melkite, arménien apostolique, arménien catholique, syrien-orthodoxe, syrien-catholique, assyrien, chaldéen, copte orthodoxe, latin et protestant), les musulmans sont représentés par cinq communautés différentes (chiite, sunnite, druze, ismaélien et alaouite) et une communauté juive.

Ainsi, le Statut personnel des communautés musulmanes s'étend à tous les aspects de la famille, y compris l'aspect patrimonial (notamment les successions), alors que pour les communautés chrétiennes, les successions sont régies par une loi civile dite « *loi sur les successions des non-musulmans du 23 juin 1959* » et sont soumises à la compétence des tribunaux civils. Les communautés chrétiennes ne relèvent des tribunaux religieux que pour le mariage et la filiation.

Les tribunaux religieux des communautés chrétiennes ne font pas partie de l'organisation judiciaire de l'État libanais. En revanche, les tribunaux communautaires musulmans y appartiennent et les magistrats qui y siègent sont des fonctionnaires nommés et rémunérés sur le budget de l'État.

Force est de constater qu'à la différence du droit des biens, du droit des obligations, ou encore du droit pénal, le mariage, la filiation, et le divorce ne relèvent pas du droit civil unifié mais des lois propres aux communautés. Cette double particularité du droit libanais : un droit laïc unificateur et un droit religieux fédérateur, ne doit pas être une source de division mais bien au contraire un élément de richesse.

Ainsi donc, nous pouvons redire à la suite du Professeur Pierre Gannagé que :

« La révélation et la raison constituent les sources premières des systèmes juridiques qui, malgré leur diversité, puisent en elles leur force et leurs points de communication. Les exigences de l'une, comme l'observait le Pape Jean-Paul II (Lettre encyclique Fides et ratio 1998) rejoignent très souvent celles de l'autre. L'une et l'autre portent en effet en elles un potentiel d'universalité qui peut toujours rapprocher les hommes et les sociétés²⁵ ».

Toutefois, il est important de signaler que dans le cas du droit libanais le caractère obligatoire du Statut personnel, quoiqu'à connotation religieuse, ne tire pas sa légitimité d'un droit divin. L'État libanais n'est pas un État théocratique mais un État laïc. « *L'autorité civile n'appartient qu'à l'État : c'est lui qui reconnaît et légitime les pouvoirs des communautés dans les matières du Statut personnel ; il lui appartient de la même manière de les contrôler, de les restreindre ou même de les supprimer²⁶ ».*

25 P. GANNAGÉ, *Au fil du temps – Études juridiques libanaises et proche-orientales*, p. 105 et 106.

26 M.-C. NAJM, « Pour une législation civile unifiée de la famille au Liban », *Travaux et Jours* automne 2004, n° 74, p. 131 et s.

Une autre spécificité du Statut personnel libanais est qu'il est égalitaire dans la mesure où, en cas de conflit entre deux statuts personnels, aucun ne domine l'autre. Dans d'autres pays arabes, en cas de conflit de statuts personnels, c'est la chari'a islamique qui s'applique : « *on relève des protestations en Égypte et ailleurs pour que les statuts personnels soient égalitaires*²⁷ ».

Malgré ces spécificités, l'application du Statut personnel peut amener parfois à des divergences entre les juridictions laïques et les juridictions confessionnelles, d'une part, et entre les juridictions confessionnelles d'autre part. Ces divergences peuvent mettre la cohérence du système judiciaire libanais en cause et la cohésion de la mosaïque en jeu²⁸.

Gardienne de la justice et sentinelle du droit, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, est la seule à pouvoir garantir la cohérence de l'ensemble du système judiciaire libanais et l'égalité de traitement des justiciables concernant leur droit fondamental d'accès à la justice.

Dans sa communication prononcée lors de la journée de droit organisée à l'Assemblée nationale en France, Jean Fahed, Premier président de la Cour de cassation libanaise a considéré que :

« Ce droit à l'égalité de traitement est assuré par un droit au recours que l'on peut qualifier de fédérateur, qui s'exerce par tous les justiciables devant l'Assemblée plénière. Ce recours est ouvert contre toute décision définitive rendue par des tribunaux confessionnels entachée du vice d'incompétence ou basée sur une atteinte à une formalité substantielle relevant de l'ordre public procédural²⁹. La décision sera annulée et le dossier renvoyé à l'ordre compétent pour y être statué à nouveau³⁰. Les décisions ainsi rendues par l'Assemblée plénière vont délimiter le champ d'application du droit communautaire et garantir les droits

27 A. MESSARRA, « II. Droit public méditerranéen : réhabiliter et moderniser le pluralisme juridique », 1^{er} Colloque international du Laboratoire méditerranéen de droit public à l'Université du Maine en France (LMPD), *L'Orient-Le Jour*, 28/11/2015 (en ligne <<https://www.lorientlejour.com/article/957487>>).

28 N. HABILLAT, « Du quai de l'horloge à l'avenue Sami El Solh », Discours prononcé le 1^{er} décembre 2015 lors de la séance solennelle de rentrée de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, publié par l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, p. 20.

29 Tels les principes directeurs du procès (libre accès au prétoire, aux voies de recours, violation des droits de la défense, du principe dispositif).

30 Dans le même ordre d'idées le législateur libanais a imposé l'exécution des décisions des tribunaux confessionnels à travers le bureau exécutif ce qui donne au juge de l'exécution le moyen d'assurer cette même égalité de traitement.

fondamentaux des justiciables devant les tribunaux confessionnels et ainsi préciser le contour de la jurisprudence de ceux-là³¹ ».

Depuis quelques décennies, le droit libanais se trouve confronté à un double défi. D'une part, il est au contact avec le système anglo-américain qui concurrence notre modèle romano-germanique. D'autre part, il est influencé par différentes cultures occidentales qui véhiculent parfois des conceptions areligieuses et trop libérales contredisant le caractère conservateur des sociétés orientales, en général, et l'esprit des dispositions du Statut personnel des différentes communautés libanaises, en particulier.

En effet, la première question liée à l'influence anglo-américaine n'est pas propre au Liban. Il s'agit d'un phénomène mondial qui accompagne les tendances modernes du commerce international, de l'arbitrage, de *plea bargain* en matière pénale, de la technologie, etc., conçues en grande partie par les anglo-saxons. Dans ce contexte, le droit français lui-même, qui résiste, perd quand-même une partie de sa spécificité sous l'effet de la mondialisation et de l'eupéanisation. Malgré la forte attraction qu'exercent ces tendances et la facilité pour le Libanais de s'adapter à toutes les cultures³², il faut nous atteler à conserver notre prodigieux patrimoine juridique, enraciné dans l'histoire et les valeurs humaines, fiable par ses sources juridiques, et riche de son Statut personnel, tout en réservant à l'influence anglo-saxonne des domaines restreints liés notamment au commerce international et à la nouvelle technologie.

Concernant la deuxième question, elle peut être abordée par la proposition d'une modernisation du Statut personnel compatible avec l'évolution de la société civile au Liban. En fait le régime libanais, par l'arrêté 60 LR du 13 mars 1936, prévoyait la création d'une communauté de droit commun, comme dans l'ex-Yougoslavie et à Chypre, ce qui implique la possibilité de ne pas être membre d'une communauté³³ sans être obligatoirement catégorisé « *athée chrétien* » ou « *athée musulman*³⁴ ».

31 J. FAHED, « Préserver l'accès au juge suprême : les limitations volontaires », p. 463.

32 Le peuple libanais a toujours été un peuple ouvert à toutes les cultures et trilingue, à savoir du temps de l'Empire byzantin, s'exprimant en araméen ou syriaque, grec et latin, et actuellement il parle l'arabe, le français et l'anglais.

33 A. MESSARRA, « Les garanties constitutionnelles des libertés religieuses au Liban », *Orient-Le Jour*, 16/7/2015 (en ligne <<https://www.lorientlejour.com/article/934704>>).

34 V. J. NAMMOUR, « Les identités au Liban, entre complexité et perplexité », *Cités* 2007, 1, n° 29, p. 49 ; N. HABILLAT, « Du quai de l'horloge à l'avenue Sami El Solh », p. 16.

La mise en place de cette communauté peut faire partie de l'essence même du Liban, pays des libertés et des droits de l'homme, et ne contredit pas les religions fondées toutes sur le précepte « *point de contrainte en religion* ».

Pour conclure,

À cet assemblage de pièces juxtaposées révélateur des différentes civilisations de l'histoire du Liban, il nous manque le ciment pour agglomérer ces substances variées dans un beau tableau naturel à l'image des fameuses stèles historiques de Nahr-El-Kalb.

Le recours aux valeurs humaines universelles et aux principes des droits fondamentaux prônés depuis deux mille ans par Ulpien et l'Imam Ouzai me semble le meilleur ciment à la « *juridiversité* » libanaise. Ainsi, l'unification s'établira mais dans le respect de la diversité.

Pour ce faire, le Liban doit reprendre sa place comme laboratoire de foi pour les différentes communautés religieuses, centre privilégié de dialogue entre les différentes civilisations..., et un phare juridique pour l'Orient et l'Occident en faisant renaître de ses cendres, l'esprit de l'École de Béryte. Ainsi, il donnera « *le meilleur exemple au défi actuel de la mondialisation des mosaïques communautaires, ethniques et religieuses en Europe et dans presque tous les pays*³⁵ ».

Enfin, puissent les Libanais apprendre les leçons « *de l'histoire* » afin de ne pas réitérer « *dans l'histoire* » les fautes du passé³⁶ et, de ce fait, tourner la tête, comme Janus, vers un avenir promettant pour le pays du Cèdre et devenir les ferments de la construction d'une culture juridique commune en Méditerranée.

35 V. Communication du Premier président de la Cour de cassation du Liban Jean Fahed à Budapest, « Dialogue et identité, le Proche Orient à la découverte de soi et de l'autre dans une communauté de synthèse », p. 1264.

36 A. MESSARRA, *Cours de droit constitutionnel à la Faculté de Droit de l'USEK, 1992-1993* : "علينا أن نتعلم من التاريخ وليس في التاريخ".

BIBLIOGRAPHIE

- ABOUSSOUANE C., *De la montagne du Liban à la Bastide Royale de Fleurance*, Mémoires et souvenirs, Les Cahiers de l'Est, 2008.
- CATALA P. et GERVAIS A., *Le droit libanais, Livre du Cinquantenaire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Beyrouth* (dir. CATALA P. et GERVAIS A.), LGDJ, Les systèmes de droit contemporain XV, 1963, t. 1, p. IX.
- COLLINET P., *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Sirey, 1925.
- COLLINET P., « Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien », in *Mélanges Huvelin, Livre du 25^e anniversaire de l'École française de droit de Beyrouth*, Sirey 1938, p. 75 et s.
- FAHED J., « Dialogue et identité, le Proche Orient à la découverte de soi et de l'autre dans une communauté de synthèse », *Al-Adl* 2015, p. 1258 et s.
- FAHED J., « Préserver l'accès au juge suprême : les limitations volontaires », *Justice et Cassation 2017*, Dalloz, 2017, p. 459.
- GANNAGÉ P., *Au fil du temps – Études juridiques libanaises et proche-orientales*, PUSJ, 2013.
- GAUDEMET J., *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, 1967.
- GHANEM Gh., *Les lois et les régimes juridiques à travers l'histoire*, Sader, 1991 (ouvrage en langue arabe).
- HABILLAT N., « Du quai de l'horloge à l'avenue Sami El Solh », *Justice et Cassation 2016*, Dalloz, 2016, p. 459.
- LYAN N., « Gestion et administration de la justice : gestion des procédures, informatisation » - « Système judiciaire du Liban », Séminaire du programme EuroMed Justice sur les Systèmes judiciaires, Athènes, 12-15 février 2007, (en ligne <<https://www.ahjucaf.org/liban-cour-de-cassation>>).
- MALLAT H., *La création de la Cour de cassation au Liban en 1919 – Origines des institutions judiciaires libanaises* (Ouvrage sous presse).
- MESSARRA A., *Cours de droit constitutionnel à la Faculté de Droit de l'USEK*, 1992-1993.
- MESSARRA A., « II. Droit public méditerranéen : réhabiliter et moderniser le pluralisme juridique », 1^{er} Colloque international du Laboratoire méditerranéen de droit public à l'Université du Maine en France (LMPD), *L'Orient-Le Jour*, 28/11/2015 (en ligne <<https://www.lorientlejour.com/article/957487>>).

- MESSARRA A., « Les garanties constitutionnelles des libertés religieuses au Liban », *Orient-Le Jour*, 16/7/2015 (en ligne <<https://www.lorientlejour.com/article/934704>>).
- MOUSSERON J.-M., « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC* 1968, p. 47.
- NAJM M.-C., « Pour une législation civile unifiée de la famille au Liban », *Travaux et Jours* automne 2004, n° 74, p. 131 et s.
- NAMMOUR F., « Le Code civil français : un modèle utilisé au Liban », in *Code civil et modèles* (dir. T. REVET), Paris I, LGDJ, 2005, p. 481 et s.
- NAMMOUR J., « Les identités au Liban, entre complexité et perplexité », *Cités* 2007, 1, n° 29, p. 49.
- RABBATH E., *La formation historique du Liban politique et constitutionnel*, Publications de l'Université libanaise, 1973.
- REVILLOUT E., *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Librairie Paul Geuthner, 1912.
- TABET J., *L'École de Droit de Béryte*, Dar An-Nahar, 2009.

Le bail entre la réforme du droit commun des contrats et l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux / Lease, Between the Reform of the Ordinary Law of Contracts and the Preliminary Draft for the Reform of Nominate Contracts

Rose-Noëlle Schütz, Professeur de droit privé à l'Université de Poitiers, Équipe de recherche en Droit privé (EA 1230), Co-Directeur du Master 2 « Juriste d'affaires » de l'USEK et de l'Université de Poitiers

Abstract

The renewal of the law of obligations by the *Ordonnance* for the reform of the law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations of the 10th of February 2016, necessarily affects the law of nominate contracts, particularly leases. Ordinary law rules prevail every time there is no special rule, which is frequent in matter of rental. For a part of the doctrine, the reform of ordinary law also calls for the reform of nominate contracts law, to avoid contradictions and gaps between both sets of rules. This, in particular, explains why the Association Capitant delivered to the Ministry of Justice, on the 26th of June 2017, a preliminary project for the reform of the law of nominate contracts.

It is necessary then to measure the impact, on the law of leases, of the combined application of the already effective reform of the ordinary law of contract and the prospective reform of leases proposed by the Association Capitant. If the preliminary draft presented by this association is adopted such as it is by the legislator, its accentuated laconism will reinforce the grip of the reformed ordinary law over the contract of lease. These two sets of rules will converge to reconfigure the characteristic elements of lease. However, the Capitant preliminary draft will unsettle the legal regime of leases by disputably redefining the obligations of the parties.

Le droit du louage des choses, comme la vente et les autres contrats spéciaux, sort modifié de la réforme du droit des obligations. Le nouveau droit des contrats devrait permettre de régler des questions encore controversées, comme la nécessité d'un loyer déterminé ou déterminable, ou de mettre fin à des silences de la loi, tels la sanction des baux perpétuels ou le régime de la cession du bail.

Mais au-delà, se pose la question de la nécessaire réforme des dispositions du bail. « *Le législateur ne peut approcher les contrats spéciaux qu'à partir des règles générales, en évaluant leur degré de compatibilité avec les particularités de chaque contrat nommé, afin de décider soit d'appliquer lesdites règles, soit d'y déroger*¹ ». C'est ce que tente l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux élaboré par l'Association Capitant², avec, il est vrai, plus ou moins de bonheur... plutôt moins³.

L'avant-projet Capitant a le mérite de moderniser le vocabulaire désuet du Code civil. Il abandonne les termes de « *louage des choses* » pour les remplacer par ceux de location ou de bail. Le loyer se substitue au prix, le locataire au preneur ce qui correspond au vocabulaire usuel. Avec moins de pertinence, il remplace le terme de bailleur par celui de loueur, plutôt que d'en faire des synonymes répondant à la double dénomination qu'il retient de location et de bail.

Il a aussi le mérite d'abandonner la distinction tripartite de l'article 1711 du Code civil entre « *le bail à loyer* » qui désigne le louage des maisons et celui des meubles, « *le bail à ferme* » et « *le bail à cheptel*⁴ ». Il reconstruit le régime du bail à partir d'une division principale : les règles communes à

1 R. DINKA, « Commentaire introductif au livre V », in *Nouveau Code civil roumain*, Dalloz, 2013.

2 L'Association Henri Capitant a remis à la Chancellerie, le 26 juin 2017, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux.

3 Les textes cités dans cet article figurent en annexe dans un tableau comparatif des principales dispositions régissant le bail dans le Code civil, des articles issus de la réforme du droit des obligations et des contrats, et de ceux relatifs au bail dans l'avant-projet Capitant.

4 En l'état actuel, la majorité des règles de droit commun du bail est contenue dans une section consacrée aux immeubles. Cette présentation ne reflète pas le droit positif, la jurisprudence décidant depuis le 19^e siècle que les règles applicables aux biens immeubles « *le sont ... au louage de biens meubles, autant qu'elles sont compatibles avec la nature des choses* ». V. not. Cass. civ., 16 août 1882, S. 1884, 1, p. 33, note Esmein ; Cass. civ. 1^{re}, 22 juill. 1968, D. 1968, p. 622.

toutes les locations, d'une part, et les règles propres aux locations de certains biens, d'autre part⁵.

Ce qui, en revanche, est discutable c'est d'abord la construction globale de l'avant-projet qui retentit immanquablement sur la réglementation du bail. Ses auteurs ont pris le parti d'introduire un titre relatif aux droits et obligations spéciaux, qu'il faut combiner avec le droit applicable à chaque contrat nommé. Ce choix est critiquable pour trois raisons.

D'abord, il complexifie encore la conciliation des règles générales et des règles spéciales en intercalant un « *droit commun des contrats spéciaux* » entre le droit commun du contrat et les règles spéciales de la location, elles-mêmes communes au regard des statuts spéciaux du bail immobilier (baux ruraux, baux commerciaux, baux d'habitation).

Ensuite, parce qu'une telle conception masque trop les différences qui peuvent opposer une soi-disant obligation identique. Si l'on prend l'exemple de l'obligation de délivrance, il est douteux que celle-ci soit la même selon qu'il s'agit de celle du vendeur, instantanée, et celle du bailleur, qui survit pendant toute la durée du bail⁶. C'est méconnaître la richesse des contrats spéciaux et rapprocher artificiellement certaines obligations qui en découlent.

Enfin, l'accessibilité et donc l'attractivité du régime de chaque contrat spécial, pourtant recherchées par les auteurs du projet, risquent bien de ne pas être atteintes, en raison des nécessaires allers-retours et de la nécessaire conciliation des deux corps de règle.

Le deuxième regret c'est, comme le dit un auteur, « *le grand nettoyage que subit le louage*⁷ » parce que, selon l'exposé des motifs lui-même, « *conurrencés par des législations spéciales relatives aux baux d'habitation, commerciaux ou ruraux, les articles du Code civil n'ont plus désormais qu'une vocation tout à fait résiduelle et subsidiaire* ».

5 Il supprime avec raison les règles particulières aux baux à ferme et à cheptel déjà contenues dans le Code rural. Le bail à cheptel, variété du bail rural, « *est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner* » (art. 1800 C. civ.). Le preneur – le cheptelier –, moyennant un loyer fixé par les parties, profite de la moitié du croît mais supporte la moitié de la perte.

6 Sur les conséquences fâcheuses de cette nature instantanée de l'obligation de délivrance, V. *infra*.

7 F. AUQUE, « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », D. 2018, p. 423.

Or, c'est inexact. Le bail commercial demeure largement soumis au droit commun du bail du Code civil et le bail à usage professionnel libéral l'est presque intégralement⁸. En outre, la location mobilière qui a aujourd'hui une importance économique considérable est régie uniquement par lui⁹.

Le troisième regret, lié au précédent, c'est qu'il manque beaucoup de choses. Il ne reste que 12 articles consacrés au droit commun du bail, à combiner avec 8 articles du titre relatif aux droits et obligations spéciaux, contre 51 dans le Code civil.

Sans doute, la disparition des dispositions sur la tacite reconduction (art. 1737 à 1739 C. civ.) est compensée par son introduction dans le droit commun du contrat (art.1215 C. civ.). On peut aussi approuver la disparition du régime particulier de la preuve (art. 1715 et 1716 C. civ.). D'autres disparitions sont en revanche plus discutables, telle l'incidence du décès de l'une des parties sur la fin du bail. Certes, les trois statuts des baux immobiliers prévoient les conséquences du décès du locataire, mais il reste tous les autres baux.

En revanche, il y a des manques dans le régime actuel qui ne sont pas comblés, particulièrement le sort des améliorations du bien loué par le locataire, souvent source de litige au moment de la restitution de l'immeuble.

En outre, des dispositions mal rédigées dans le Code civil ne sont pas améliorées. Ainsi la doctrine s'accorde pour critiquer la rédaction de l'article 1743 du Code civil qui ne prévoit la cession automatique du bail qu'en cas de vente du bien alors qu'il faudrait viser plus largement son aliénation ; pourtant l'article 63 de l'avant-projet continue de n'évoquer que la vente.

Dans l'hypothèse où l'avant-projet Capitant serait accueilli par le législateur, son laconisme relatif accroîtrait l'empire du nouveau droit commun des contrats sur la location, du moins lorsqu'aucune règle très spéciale de l'un des statuts immobiliers ne s'applique.

Ces deux corps de règles convergeraient pour réaménager les éléments caractéristiques du bail (paragraphe 1).

En revanche, l'avant-projet Capitant bouleverserait le régime du bail (paragraphe 2).

8 À l'exception des articles 57 A et 57 B de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

9 En ce sens F. AUQUE, « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux ».

Paragraphe 1. Le réaménagement des éléments caractéristiques du bail

L'article 1709 du Code civil qui reprend presque au mot près la définition du bail donnée par Pothier dispose que « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Le bail se caractérise par trois éléments cumulatifs : la jouissance de la chose louée, le loyer et le maintien de la jouissance un certain temps. Les deux premiers éléments se retrouvent dans la définition donnée par l'article 53 alinéa 1 de l'avant-projet Capitant selon lequel « *le contrat de location, aussi dénommé bail, est celui par lequel le loueur confère au locataire un droit personnel de jouissance sur un bien en contrepartie du paiement d'un loyer* ». En revanche, la durée n'y est plus expressément visée.

Il est nécessaire de mesurer l'incidence de la réforme du droit des obligations sur l'interprétation de l'article 1709 tout en confrontant la nouvelle définition du bail proposée par l'avant-projet Capitant à celle du Code civil.

L'analyse révèle que la réforme des obligations, confortée par l'avant-projet Capitant, lève les incertitudes concernant la mise à disposition onéreuse du bien loué (A). En revanche, l'avant-projet Capitant, contrairement à la réforme, instaure le doute concernant la durée de la mise à disposition (B).

A. Levée des incertitudes concernant la mise à disposition onéreuse du bien loué

Obligation de *praestare* du bailleur. Le contrat de bail est un contrat de mise à disposition. Cette obligation est traditionnellement qualifiée d'obligation de faire, par la majorité de la doctrine. Néanmoins, pour quelques auteurs¹⁰, l'obligation caractéristique du bailleur de conférer la jouissance de la chose louée, est une obligation de *praestare*¹¹. L'obligation de faire implique une activité personnelle du débiteur alors que l'obligation

10 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 4^e éd., 2011, n° 547 ; G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41.

11 L'article 1146 de l'avant-projet Catala avait créé l'obligation de donner à usage : « *L'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage ; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt* » ; G. PIGNARRE, « L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 384.

de *praestare* porte davantage sur une chose sans en transmettre la propriété¹². On peut regretter que la disparition, dans le nouveau droit des obligations, d'une classification des obligations selon leur objet clôt la question de l'introduction de l'obligation de *praestare*¹³. On peut le regretter, d'autant que la qualification d'obligation de *praestare* peut être utile lorsqu'il s'agit d'appliquer les nouvelles règles de détermination du prix¹⁴.

Droit personnel de jouissance du locataire. Quoi qu'il en soit, l'obligation qui pèse sur le bailleur ne confère qu'un droit personnel au locataire¹⁵. Cette nature n'est plus vraiment contestée aujourd'hui¹⁶. Elle résulte de la formulation même de l'article 1719 du Code civil : « *le bailleur doit faire jouir paisiblement le preneur* ». Le locataire n'a donc pas de droit direct sur la chose.

L'avant-projet Capitant consacre cette nature en précisant que le loueur confère au locataire « *un droit personnel de jouissance* », défini par l'article 2 comme « *le droit d'exiger de son débiteur certaines utilités d'un bien* » ; les utilités du bien loué étant, aux termes de l'article 53 alinéa 2, bordées par la destination convenue qui fait son entrée opportunément dans la définition du bail¹⁷.

Cette qualification du droit du locataire est à notre sens l'envers de l'obligation de *praestare* pesant sur le bailleur. Elle permet de ne pas assimiler la prestation fournie par le bailleur à une prestation de service, cette dernière étant elle-même définie par l'avant-projet Capitant comme « *un travail accompli de manière indépendante* » (article 3 alinéa 1).

12 Le droit romain y rangeait l'obligation de délivrance du vendeur et celle du bailleur.

13 L'un des enjeux de la distinction de l'obligation de faire et de l'obligation de *praestare* était traditionnellement la possibilité d'une exécution forcée de celle-ci en cas d'inexécution. Selon l'ancien article 1142 C. civ., « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Désormais le principe de l'exécution forcée est posé par l'article 1221 C. civ. pour toutes les obligations.

14 V. *infra*.

15 À l'exception de quelques baux spécialement réglementés qui confèrent un droit réel : bail emphytéotique (art. L 451-1 et s. C. rural), bail à construction (art. L 251-1 et s. CCH) et bail réel immobilier (art. L 254-1 et s. CCH).

16 Au 19^e siècle, des auteurs comme Troplong, considéraient, en se fondant sur l'article 1743 du Code civil, que le locataire était titulaire d'un droit réel. Au 20^e siècle, l'apparition des statuts ayant institué un droit de renouvellement du locataire a renouvelé un peu la controverse. Elle s'est aujourd'hui éteinte. V. : J. DERRUPE, « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », in *Études offertes à L. Boyer*, PUSS, 1996.

17 Art. 53 al. 2 : « *Le droit de jouissance du locataire est limité par la destination du bien qui a pu être convenue* ».

L'obligation du locataire de payer le prix. En contrepartie de l'obligation du bailleur de fournir la jouissance du bien, le locataire doit payer le prix. Le bail est par essence un contrat à titre onéreux – ce que confirme sans surprise l'avant-projet Capitant, et ce qui permet de le distinguer du prêt à usage essentiellement gratuit¹⁸.

La vileté du loyer, comme dans la vente celle du prix, entraîne la nullité du bail¹⁹. Cette solution fondée traditionnellement sur l'absence de cause de l'obligation du bailleur perdurera avec le nouveau droit du contrat. Elle trouve désormais son fondement dans l'article 1169 qui prévoit la nullité du contrat à titre onéreux, lorsqu'au moment de sa formation, la contrepartie convenue est « *illusoire ou dérisoire*²⁰ ».

La détermination du prix avant la réforme du droit des contrats. Ce n'est pas la nécessité d'un prix qui a été et est encore objet de débat en France. Ce qui a été contesté par une doctrine minoritaire, c'est que le montant du loyer doit être déterminé ou déterminable dès la conclusion du contrat. En se contentant d'indiquer que la contrepartie de la jouissance de la chose est « *un certain prix* », l'article 1709 n'affirme pas expressément que la détermination du prix est une condition de validité du bail, contrairement à l'article 1591 en matière de vente²¹.

18 Art. 1876 C. civ. et 100 avant-projet Capitant. À défaut de loyer, le prétendu bail est requalifié en prêt à usage, par ex. : Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 00-17707, *Bull. civ.* III, n° 60. À l'inverse le prêt à usage est qualifié de bail dès qu'il comporte un prix. V. par ex, Cass. com., 2 févr. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 57 ; Cass. civ. 3^e, 17 oct. 2007, n° 06-18503, *Bull. civ.* III, n° 179 ; *JCP N.* 2008, 1066, Barbieri ; Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2004, n° 02-12663, inédit ; *RDC* 2004, p. 708, J.-B. Seube ; Cass. civ. 3^e, 7 mars 2012, n° 11-14630, *Bull. civ.* III, n° 40.

19 Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1971, n° 70-13450, *Bull. civ.* III, n° 644.

20 Pour une première illustration, TGI Paris, ch. 4^e, section 1^{re}, 27 juin 2017 (*Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n° 31018, p. 32, obs. D. Houtcieff), qui prononce la nullité du bail sur le fondement de l'article 1169.

21 Quelques auteurs considèrent que la détermination du prix n'est pas une condition de validité du bail en se fondant sur trois arguments : 1) d'abord sur l'article 1716 qui prévoit un système de fixation du prix par expert. Ce premier argument est critiquable car l'article règle uniquement une question de preuve propre au bail verbal. 2) Les auteurs invoquaient aussi un arrêt de la Cour de cassation de 1991 qui aurait admis la validité d'un bail où le prix n'était pas déterminé (Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *JCP* 1991, 21751, note L. Leveneur). Cependant, dans sa motivation, la Cour prend le soin d'indiquer qu'il s'agissait de la location mais aussi de l'entretien de vêtements pour en déduire que l'ancien article 1129, relatif à la détermination de l'objet, ne s'appliquait pas. Or, il a toujours été admis que le contrat d'entreprise dont le prix n'est pas déterminé est valable. 3) Les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, relatifs au prix dans les contrats cadre de distribution. On ne pouvait en effet

Pouvait-on alors considérer que l'article 1709 imposait – impose – quand même un loyer déterminé ou objectivement déterminable lors de la formation du contrat ? Implicitement oui pour la majorité de la doctrine pour qui la détermination du prix est une condition de validité du bail²², et la jurisprudence dans son dernier état le confirme²³.

La détermination du prix à la lumière de la réforme. Les nouveaux articles 1163 à 1165 auraient dû *a priori* lever tous les doutes mais des divergences d'interprétation des textes suscitées par ceux qui prônaient l'absence de détermination du prix ont brouillé la clarté des nouvelles dispositions. Trois interprétations discutables des articles 1163 et 1165 ont été avancées.

La première est celle de l'alinéa 1 de l'article 1163 selon lequel « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* ». Profitant de l'absence de définition de « *la prestation* », quelques rares auteurs ont soutenu que celle-ci ne vise que la « *prestation en nature* » et pas « *la prestation pécuniaire* ». Dès lors, cette dernière n'a pas à être déterminée ou déterminable²⁴. Cette

plus se fonder sur l'article 1129 pour considérer que le loyer devait être déterminé mais uniquement sur une disposition spéciale. Surtout, deux des quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995 (n° 91-15578 et 91-15999, *Bull. Ass. Plén.*, n° 7 et 9), rendus à propos d'un contrat-cadre de location d'une installation téléphonique, visaient l'article 1709 ce qui pouvait laisser penser que la nouvelle jurisprudence s'appliquait au bail et pas seulement au contrat-cadre de location téléphonique (J. GHÉSTIN, note sous Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP* 1996, II, 22565, n° 9 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ Lextenso, 9^e éd., 2017, n° 649 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ Lextenso, 3^e éd., 2012, n° 21143).

22 V. par ex : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, Précis Domat, 12^e éd., 2017, n° 336 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2015, n° 46.

23 Selon des arrêts postérieurs à ceux de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, la détermination du prix demeurerait une condition de validité du bail. Ainsi la Cour a déduit qu'une promesse de bail vaut bail du fait que les parties se sont accordées sur la chose et sur le prix (Cass. civ. 3^e, 28 mai 1997, n° 95-17953, *Bull. civ.* III, n° 116). Plus nettement encore, elle a jugé, au visa de l'article 1709 que « *la conclusion d'un bail commercial suppose l'accord des parties sur la chose et le prix du loyer* » (Cass. civ. 3^e, 4 mars 2008, n° 07-15522, inédit ; *RDC* 2008, p. 836, obs. J.-B. Seube.)

24 Pour un auteur (J. MOURY, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013, n° 1), la prestation n'englobe pas « *la prestation monétaire* » car cela mettrait à néant la jurisprudence de 1995 alors que le rapport au Président de la République précise que la réforme en tient compte. C'est oublier l'article 1164. C'est ce texte qui est censé consolider la jurisprudence de 1995 relative au prix, mais en la cantonnant expressément aux contrats cadre. V. aussi J. MOURY, « Retour sur le prix, le champ de l'article 1163, al. 2 », *D.* 2017, p. 1209) ; Ph. MALAURIE,

interprétation est très critiquable car elle distingue là où l'article 1163, pour qui la prestation constitue « *l'objet de l'obligation*²⁵ », ne distingue pas. D'ailleurs, la majorité de la doctrine considère que la prestation monétaire entre dans le champ de l'article 1163²⁶ et qu'elle doit donc être déterminable ce qui revient sur la règle plus libérale qui semblait ressortir des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de décembre 1995. L'article 1163 alinéa 1 renforce donc l'interprétation selon laquelle l'article 1709 exige que le prix du bail soit déterminé ou déterminable puisque le loyer constitue la prestation objet de l'obligation du locataire.

La deuxième interprétation contestable est celle de l'alinéa 3 de l'article 1163 selon lequel « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat [...], sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Pour quelques-uns, les règles de détermination de la prestation seraient notablement assouplies par la réforme car elle permettrait qu'une clause du contrat autorise l'une des parties à fixer unilatéralement la prestation, donc le prix²⁷. Cette interprétation ne tient pas. La déterminabilité de la prestation par déduction du contrat implique que la détermination ultérieure résulte d'éléments contenus dans le contrat lui-même. « *L'idée de déduction s'oppose nettement à celle de fixation unilatérale au stade de l'exécution du contrat*²⁸ ». Le rapport au Président de la République conforte cette interprétation puisqu'il précise que « *compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats, le champ de ce texte a été limité aux contrats cadre...* » ; et, un peu plus loin : « *... consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, le projet autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise...* ».

L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 9^e éd., 2017, n^o 600.

- 25 Sur la définition de la prestation, V. les longs développements de F. ZENATI-CASTAING et T. REVET qui dans une leçon relative à la nomenclature des prestations en distinguent trois : celles ayant pour objet un service, celles ayant pour objet une chose et celles ayant pour objet une somme d'argent (*Cours de droit civil des obligations, Régime*, PUF, coll. Droit fondamental, 2013, p. 37 et s.).
- 26 V. par ex : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, n^o 162 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code*, Dalloz, 2^e éd., 2018, n^o 414 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 4^e éd., 2016, n^o 389 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 6^e éd., 2016, n^o 171.
- 27 V. par ex : C. AUBERT DE VINCELLES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, p. 752.
- 28 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code*, n^o 414.

La troisième interprétation discutable est celle de l'article 1165 du Code civil selon lequel, dans les contrats de prestation de service, le prix peut être fixé unilatéralement par le créancier, à défaut d'accord des parties avant l'exécution du contrat. Le bail peut-il être qualifié de contrat de prestation de service²⁹ ? Pour quelques auteurs, oui³⁰. À notre sens, non car l'obligation caractéristique du bailleur de conférer la jouissance de la chose louée, est une obligation de *praestare* et non pas de *facere* : d'un côté, les contrats ayant pour objet une obligation de prester, tel le bail, dont la prestation monétaire doit en principe être déterminée ou déterminable³¹ ; de l'autre, les contrats ayant pour objet une prestation de service – entreprise et mandat – soumis à l'article 1165.

En conclusion, l'article 1163 du Code civil, seul applicable au bail à l'exclusion de l'article 1165, interdit que le loyer soit fixé unilatéralement par l'une des parties sous peine de nullité, même si une clause du contrat le prévoit.

L'apport de l'avant-projet Capitant. L'avant-projet Capitant conforte cette analyse. D'abord, parce qu'il définit la prestation de service comme « *un travail accompli de manière indépendante* » (art. 3), ce qui exclut le bail du domaine de l'article 1165.

Ensuite, parce que l'article 54 alinéa 2 fait de la détermination du prix une condition de la validité du bail. Le bail « *est valablement formé[e] dès que les parties sont convenues d'un bien et d'un loyer...* ».

Seul bémol, la fin de l'article 54 laisse encore plus de place à l'interprétation déformante proposée par certains auteurs de l'article 1163 : « *... Les parties sont convenues du bien et du loyer lorsque ceux-ci sont déterminés ou déterminables, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur de leur part* ». Contrairement à l'article 1163 du Code civil, l'article 54 de l'avant-projet ne dit pas que la déterminabilité doit être « *déduite du contrat* ». Ce qui peut laisser beau jeu aux auteurs hostiles au principe de déterminabilité du prix de considérer que la clause prévoyant la détermination unilatérale de celui-ci par l'une des parties est permise dès lors qu'elle écarte la nécessité d'un accord ultérieur des parties.

29 Sur cette notion, G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016, p. 1259, spéc. p. 1260-1262.

30 Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, n° 649.

31 À l'exception de celle prévue dans un contrat cadre (art. 1164 C. civ.).

Contre une doctrine minoritaire, le nouveau droit commun des contrats et l'avant-projet Capitant convergent sur l'exigence de détermination du prix. Le projet Capitant est malheureusement beaucoup moins clair concernant la durée de la mise à disposition.

B. Doute concernant la durée de la mise à disposition

La durée est traditionnellement présentée comme le troisième élément caractéristique du bail. Le bail est conclu pour un certain temps selon le Code civil.

Curieusement, la durée n'apparaît plus dans la définition retenue par l'avant-projet Capitant. À tort, ses auteurs ont jugé la précision inutile sans doute parce que le nouveau droit des contrats suffit à maintenir le caractère temporaire de la location. C'est oublier l'autre aspect de la durée qui se traduit par la nécessaire stabilité du locataire.

L'interdiction des baux perpétuels par application du droit commun des contrats. Le caractère temporaire de la location est traditionnellement déduit de la prohibition des baux perpétuels. Celle-ci n'était pas expressément affirmée par le Code civil³². Néanmoins, les tribunaux ont rapidement posé le principe d'ordre public de leur interdiction en se fondant notamment sur la définition de l'article 1709 selon laquelle la jouissance de la chose dure « *un certain temps* », ce qui implique l'exclusion de la perpétuité³³. Cette

32 Un bail est rarement expressément perpétuel. Le juge est donc tenu de rechercher si la perpétuité caractérise ou non le contrat. En général, le bail est considéré comme perpétuel lorsque sa durée est à la discrétion de l'une des parties. Il en va ainsi du bail ne pouvant cesser qu'à la seule volonté du preneur qui peut renouveler indéfiniment le contrat (V. notamment, Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ.* III, n° 242 ; *RTD civ.* 2000, p. 568 ; Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 99-14152, *Bull. civ.* III, n° 61 ; *RTD civ.* 2002, p. 511, obs. Mestre). Le bail est également perpétuel lorsque le preneur est engagé indéfiniment. Pour une clause insérée dans un contrat de location d'une installation téléphonique qui prévoyait la reprise de la location pour sa durée initiale de 15 ans dès que l'installation aurait subi une augmentation égale ou supérieure à 25 % : Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-17632, *Bull. civ.* IV, n° 339. En revanche, la jurisprudence ne considère pas comme perpétuel un bail conclu pour la vie du preneur ou pour la vie du preneur et de ses enfants (Cass. civ. 3^e, 30 nov. 1983, n° 82-13223, *Bull. civ.* III, n° 249).

33 L'interdiction se fondait aussi sur la transposition de la loi des 18-29 décembre 1790 relative au bail emphytéotique fixant à 99 ans la plus longue durée possible du bail et évoquant, à sa manière, l'affirmation d'une limite chiffrée aux baux de la plus longue durée.

prohibition était dans le dernier état de la jurisprudence sanctionnée par la nullité absolue du contrat³⁴.

Désormais, l'article 1211 du Code civil consacre le principe général de l'interdiction des engagements perpétuels. Il prévoit que chaque partie peut mettre fin au contrat dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée³⁵. La stipulation de perpétuité est donc bien une clause illicite mais sa sanction est originale. Le contrat n'est pas rétroactivement annulé. Comme pour un contrat à durée indéterminée, chaque partie peut le résilier unilatéralement à tout moment en respectant un préavis raisonnable (art. 1212 C. civ.).

La stabilité du locataire. En droit français, le caractère certain de la durée du bail impose que le bailleur ne puisse pas reprendre à première demande la chose louée. Cela n'interdit cependant pas que la location ait une durée indéterminée. Dans ce cas, la nécessité de donner congé en respectant un délai de préavis écarte toute reprise à première demande. L'article 1715 du Code civil prévoit même que la durée est forcément indéterminée lorsque le bail est verbal, règle que l'avant-projet Capitant – à juste raison – abandonne.

C'est donc seulement la précarité de la jouissance, autrement dit la fragilité du droit de l'occupant, qui disqualifie le bail en convention d'occupation précaire. Dans ce contrat, déjà connu avant le Code civil, la possibilité d'user de la chose peut cesser à tout moment, sans préavis et sans indemnité. Ce qui distingue le bail de la convention d'occupation précaire « ...*ce n'est pas [tant] la longueur du temps convenu, ... [que] la sécurité du temps*³⁶ ».

Selon une jurisprudence ancienne et bien établie, la convention d'occupation précaire est un contrat innommé, distincte du bail, qui n'est pas soumis à la réglementation du louage des choses³⁷. Le législateur fait aussi désormais échapper expressément cette convention au statut des baux ruraux à condition que la précarité repose sur des motifs légitimes (art. 411-

34 V. notamment, Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 98-10430, *Bull. civ.* III, n° 242, préc.

35 Cette solution était plutôt celle retenue par la jurisprudence en matière de louage de service : V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 99-21209, inédit ; *RTD civ.* 2002, p. 510, obs. J. Mestre et B. Fages.

36 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2017, n° 330.

37 Par ex., Cass. civ. 3^e, 17 juill. 1996, n° 94-16590, *Bull. civ.* III, n° 184 ; *Defrénois* 1997, p. 403, A. Bénabent (exclusion de l'application de l'article 1733 C. civ. à une convention d'occupation précaire).

2 C. rur.) et au statut des baux commerciaux si des « *circonstances particulières indépendantes de la volonté des parties* » le justifie (art L 145-5-1 C. com.).

Ces règles très spéciales contenues dans deux des statuts immobiliers ne sont cependant pas une raison pour ne plus viser la durée comme élément caractéristique. La convention d'occupation précaire risquerait de devenir, au regard de la définition de l'avant-projet, une variété du bail dès lors soumise au régime de celui-ci, à défaut de dispositions spéciales alors qu'actuellement, elle n'est soumise qu'au seul droit commun des contrats.

L'avant-projet Capitant, à trop vouloir déléguer, d'un côté au droit commun du contrat, pour le bail perpétuel, de l'autre aux statuts immobiliers spéciaux, pour la convention d'occupation précaire, oublie l'impérieuse nécessité de donner une définition complète du bail, quelles que soient ensuite, les règles plus générales ou plus spéciales applicables.

En revanche c'est plutôt la délégation aux droits et obligations spéciaux qui, dans l'avant-projet Capitant, conduit à bouleverser partiellement le régime du contrat de bail.

Paragraphe 2. Le bouleversement partiel du régime du contrat de bail

Le régime du bail est peu touché par la réforme du droit des contrats à l'exception de la cession du bail, qui dans le silence des textes réglementant ce contrat, a désormais vocation à s'appliquer. Il le serait plus si l'avant-projet Capitant devenait le droit positif dans la mesure où il ne réglemente pas de manière détaillée le congé lorsque le bail est à durée indéterminée, ne dit mot ni de la tacite reconduction, ni de la prorogation du bail et supprime presque toute référence aux cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties, même en ce qui concerne l'obligation de délivrance³⁸ et les garanties des défauts cachés et de l'éviction³⁹. C'est donc le droit commun du contrat contenu dans les sections relatives à la durée et à l'inexécution du contrat qui s'appliquerait très largement.

En revanche, l'avant-projet Capitant procède à une redéfinition des obligations des parties (A) et il modifie le régime de la cession de bail (B).

38 L'article 5 prévoit simplement que « *en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation de délivrance, le créancier – donc le locataire – peut émettre des réserves lors de réception ou refuser de réceptionner le bien, de l'enlever ou d'en prendre livraison* ».

39 V. *infra*.

A. Redéfinition des obligations des parties par l'avant-projet Capitant

Selon l'article 55 de l'avant-projet « *le loueur doit délivrer le bien loué, participer à sa conservation, et garantir au locataire une jouissance paisible* ».

Les garanties des défauts cachés et d'éviction ressortent indemnes de la redéfinition des obligations du bailleur, du moins quant à leur principe. Le loueur répond de tout vice caché pour le locataire au moment de la conclusion du contrat ou de la réception sans réserves du bien loué, même lorsque le vice est postérieur à la délivrance (art. 58 al. 1). Il doit garantir au locataire de l'absence d'éviction pendant toute l'exécution du contrat (art. 58 al. 2). Cette garantie couvre les troubles du fait personnel du bailleur et les troubles de droit du fait des tiers (art. 8). Il n'y a en revanche aucun régime spécifique de ces garanties. En son absence, les sanctions devraient être celle du droit commun de l'inexécution des obligations.

Ce texte remet cependant en cause le tryptique classique des obligations du bailleur, en remplaçant son obligation d'entretien par celle de participation à la conservation du bien et en déformant son obligation de délivrance.

L'avant-projet bouleverse ainsi l'ordonnancement des obligations des parties, sans que ses auteurs s'en expliquent vraiment dans l'exposé des motifs. C'est une conséquence – voulue ? - de la création d'un corpus de règles générales applicables à des obligations spéciales : d'une part l'obligation de délivrance sans distinguer selon que le contrat entraîne transfert de propriété ou crée un droit personnel de jouissance (1). D'autre part les obligations de conservation et d'entretien qui s'appliquent à tout contrat qui crée une obligation de restitution (2).

1. L'obligation de délivrance

Disparition du caractère continu. Selon l'article 56, « *le loueur doit mettre à disposition du locataire le bien loué, conformément aux stipulations convenues et, à défaut, en bon état* ». Pour le reste, l'obligation de délivrance est réglemantée par les dispositions générales des articles 5 à 7. Ceux-ci prévoient pour l'essentiel que l'obligation de délivrance impose de mettre le bien et ses accessoires à disposition du créancier, qu'elle emporte l'obligation de conserver le bien jusqu'à son enlèvement ou à sa livraison, que sauf disposition contraire, c'est au créancier – donc au locataire – d'enlever le bien et que celui-ci peut émettre des réserves lors de la réception du bien ou même refuser celle-ci en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de la délivrance. Globalement donc, la délivrance est dans l'avant-projet vue

comme une obligation instantanée ce qui convient sans doute aux contrats translatifs de propriété.

On peut dès lors regretter que l'avant-projet ignore la jurisprudence qui, depuis de nombreuses années, sanctionne les clauses contraires à l'obligation de délivrance du bailleur, considérée comme l'obligation essentielle du bail⁴⁰. Ainsi, les tribunaux déclarent inefficaces les clauses limitant l'obligation d'entretien du bailleur⁴¹ ou celle de garantie⁴² lorsqu'elles ont pour effet de remettre en cause son obligation de délivrance. Les tribunaux français ont donc fait de l'obligation de délivrance, une obligation continue et impérative. Cette solution trouve désormais un fondement textuel dans l'article 1170 du Code civil selon lequel « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

Le caractère instantané de l'obligation de délivrance participe de la redéfinition des obligations des parties dans l'avant-projet Capitant. Le bailleur n'a en effet plus d'obligation d'entretien, ce qui justifie *a priori*, que son obligation de délivrance s'exécute en un trait de temps.

2. La disparition de l'obligation d'entretien du bailleur

Une nouvelle répartition des obligations de conservation et d'entretien. Actuellement, sauf clauses contraires, l'entretien du bien pèse pour le tout sur le bailleur, à l'exception des réparations locatives (art. 1720 al. 2 C. civ.) qui demeurent à la charge du locataire (art. 1754 C. civ.) si elles n'ont pas pour origine la vétusté ou la force majeure (art. 1755 C. civ.). La seule limite à cette obligation est la destruction totale ou partielle du bien par cas fortuit (art. 1722 C. civ.). Dans l'avant-projet Capitant, l'obligation de fournir la jouissance du bien perd donc de sa vigueur en cours de bail

40 C'est d'ailleurs à propos des baux d'immeubles que les tribunaux ont, dès le 19^e siècle, progressivement dégagé la notion d'obligation essentielle : « Un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme pas les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à l'exécuter ; il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'engage à faire jouir le locataire de la chose louée et à l'entretenir, pendant la durée du bail, en l'état de servir à l'usage auquel elle est destinée » (Req., 19 janv. 1863, DP 1863, 1, 248).

41 V. par ex, Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2008 : « Si le bailleur peut mettre à la charge du preneur, par une clause expresse du bail, l'obligation de prendre en charge les travaux rendus nécessaires par la vétusté, il ne peut, en raison de l'obligation de délivrance à laquelle il est tenu, s'exonérer de l'obligation de procéder aux travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble » (n° 07-14631, Bull. civ. III, n° 121 ; Dr et proc. 2009, p. 3, obs. E. Savaux).

42 Cass. civ. 3^e, 2 juill. 2013, n° 11-28496, inédit.

puisqu'elle n'est plus confortée par l'obligation d'entretien pesant sur le bailleur.

La répartition se fait autrement : au bailleur les travaux de conservation relatifs à la structure du bien non imputables à la force majeure (art. 57), au locataire tous les autres travaux de conservation non imputables à la force majeure (art. 59 al. 2).

Le locataire est aussi chargé de « *l'entretien du bien* » (art. 59 al. 2). Cette obligation n'a pas le contenu de celle qui pèse actuellement sur le bailleur. Elle n'englobe pas tous les travaux de conservation répartis entre les deux parties, c'est-à-dire ceux qui, comme le précise l'article 10 de l'avant-projet, « *permettent d'assurer la sauvegarde du bien* », autrement dit évitent la détérioration ou la destruction de la chose louée.

Selon l'article 11, l'obligation d'entretien pèse sur le locataire, en sa qualité d'utilisateur du bien. Elle a pour objet le maintien du bien dans un état d'usure normal. Elle correspond donc sans doute, au moins pour l'essentiel, aux actuelles réparations locatives dès lors qu'elles ne résultent pas de la vétusté ou de la force majeure.

La nouvelle répartition de l'obligation de conservation du bien loué n'est pas déclarée impérative par l'avant-projet Capitant. Le principe de la liberté contractuelle devrait donc aboutir à l'efficacité d'une clause qui ferait peser les travaux touchant à la structure du bien sur le locataire. Seul le maintien du caractère continu de l'obligation de délivrance aurait pu l'éviter. Une telle clause priverait en effet de sa substance l'obligation essentielle de délivrance et serait déclarée non écrite par application de l'article 1170 du Code civil.

Au-delà du bien-fondé discutable de cette nouvelle répartition de la charge de l'entretien et de la conservation du bien, qui aggrave notablement les obligations du locataire, l'application de ces dispositions soulève beaucoup de questions.

On peut dénombrer au moins trois difficultés d'application concernant cette nouvelle répartition de la charge des travaux de conservation.

Le critère de répartition des travaux de conservation. D'abord, le critère choisi - les travaux relatifs ou non à la structure du bien - convient sans doute aux immeubles. Il est d'ailleurs inspiré d'une décision de la Cour de cassation qui avait considéré que le bailleur ne pouvait mettre conventionnellement à la charge du locataire les travaux relatifs à la structure de l'immeuble, en

l'espèce la réfection des murs et de la toiture⁴³. Mais comment définir la structure d'un meuble corporel ou pire celle d'un meuble incorporel⁴⁴ ? Il faudra du temps avant que les tribunaux rendent suffisamment de décisions pour que se dessine clairement la notion.

Incertitude de la prise en charge de la vétusté et de la force majeure.

La deuxième difficulté est relative au traitement de la vétusté. Les articles 57 et 59 écartent l'obligation de procéder aux travaux de conservation imputable à un cas de force majeure alors que l'article 10 traitant de l'obligation de conservation en général précise que « le débiteur de la conservation ne répond pas de ce qui a été dégradé ou a péri par la vétusté ou la force majeure ». Faut-il admettre que les articles 57 et 59 s'appliquent à l'exclusion de l'article 10, en considérant qu'il s'agit d'une disposition spéciale qui écarte celle générale issue du titre relatif aux droits et obligations spéciaux ? La vétusté ne pourrait alors pas être invoquée par le bailleur ou le locataire pour se dispenser de faire les travaux. Ou faut-il estimer que ces articles, qui n'entrent pas directement en contradiction avec l'article 10, permettent d'appliquer celui-ci au bail ?

Non prise en charge par les deux parties des travaux de conservation dus à la force majeure ou la vétusté. On arrive alors à la troisième difficulté, si ce n'est la troisième surprise. L'application cumulée des articles 57 et 59 et de l'article 10 aboutirait à ce que tous les travaux de conservation imputables à la force majeure et, peut-être, à la vétusté, quelle que soit leur ampleur, ne pourraient être imposés, ni au bailleur, ni au locataire. Cette règle aboutirait dans certains cas à la ruine des immeubles loués, ce qui socialement et économiquement est fort critiquable.

Or, actuellement, c'est uniquement lorsque le bien est détruit totalement ou partiellement que le bailleur n'est pas tenu des travaux imputables à un cas fortuit, qui recouvre la force majeure mais aussi la vétusté sauf si celle-ci provient d'un défaut d'entretien du bailleur (art. 1722 C. civ.). L'avant-projet maintient cette disposition à l'article 64 alinéa 2 en remplaçant la référence au cas fortuit par celle de la force majeure⁴⁵ et en prévoyant, selon que la destruction est totale ou partielle, une résiliation de plein droit ou une

43 Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-14631, *Bull. civ.* III, n° 121 ; D. 2009, p. 896, obs. N. Damas ; *Dr. et proc.* 2009, cahier spécial baux immobiliers janvier-février, p. 3, obs. E. Savaux.

44 En ce sens, F. AUQUE, « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux ».

45 Cette notion est plus étroite que le cas fortuit qui englobe la vétusté.

résiliation à la demande du locataire⁴⁶. La simple dégradation due à la force majeure ou à la vétusté ne serait donc pas une cause de résiliation : le locataire devrait les supporter sans pouvoir ni demander au bailleur d'y remédier, ni obtenir la résiliation du bail.

Globalement la nouvelle répartition des travaux et des réparations en cours de bail comme les conséquences de la dégradation par cas de force majeure ou vétusté présente bien des imperfections. C'est de manière plus heureuse que l'avant-projet Capitant remodèle le régime de la cession du bail.

B. Modification du régime de la cession de contrat

La réforme du droit des contrats introduit des dispositions générales sur « *la cession de contrat* » (art. 1216 à 1216-3 C. civ.). Celles-ci doivent être articulées avec les dispositions spéciales du droit commun du bail pour déterminer dans quelle mesure, et avec quels effets, un bail peut désormais être cédé à un tiers.

Le consentement du bailleur à la cession. L'article 1216 du Code civil consacre la faculté pour un contractant de « *céder sa qualité de partie au contrat à un tiers... avec l'accord de son cocontractant*⁴⁷ ».

L'article 1216 du Code civil met fin aux controverses et aux hésitations en affirmant la nécessité du consentement du cédé⁴⁸. La règle n'a cependant guère d'application en matière de bail qui comporte des règles spéciales qui doivent l'emporter sur la disposition générale.

Selon l'article 1717 du Code civil, « *le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite* ». Le principe en droit commun du bail est donc inverse de celui de l'article 1216 :

46 Sans aucune justification dans l'exposé des motifs, l'article 62 al. 2, s'il maintient la résiliation de plein droit du bail en cas de destruction totale, supprime donc l'option du locataire entre résiliation et diminution du prix lorsque le bien est détruit partiellement. Si le locataire choisit le maintien du bail, ce sera sans diminution du loyer.

47 Le texte ne régit pas la cession légale. Le nouveau droit commun ne devrait donc pas saisir la cession automatique du bail de l'article 1743 du Code civil en cas de vente de l'immeuble loué. La jurisprudence pourrait néanmoins s'inspirer de ces règles pour trancher les questions non résolues par les textes concernant les effets de la cession.

48 Consacrant ainsi la solution à laquelle la jurisprudence semblait être arrivée par des voies détournées : Cass. civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15627, *Bull. civ.* III, n° 153 ; *D.* 2002, p. 984, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Defrénois* 2002, art. 37558, n° 36, obs. R. Libchaber. V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-13280, inédit ; Cass. com., 9 mars 1999, n° 97-15165, inédit.

le locataire peut céder le bail sans le consentement du bailleur. Pour que celui-ci soit requis, il faut une convention le prévoyant. Les statuts immobiliers contiennent cependant des règles particulières souvent dérogoatoires. Pour les baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989, l'article 8 prévoit que le locataire ne peut céder le contrat de location sans l'accord écrit du bailleur, ce qui revient au même que l'article 1216⁴⁹.

L'avant-projet Capitant renverse le principe posé par les rédacteurs du Code civil en prévoyant que le locataire ne peut pas céder son contrat sans l'accord du bailleur (art. 60). La libre cessibilité du bail serait donc écartée. Il ne s'agirait plus que d'un rappel du droit commun de la cession de contrat.

Le droit commun n'indique pas expressément la sanction du défaut de consentement du cédé. Celle-ci devrait plutôt être la nullité car le consentement du cédé semble indispensable à la validité de la cession. L'avant-projet Capitant tranche au contraire en retenant l'inopposabilité. Ce qui laisserait subsister une cession interne de contrat.

La nécessité d'un écrit constatant la cession. Selon l'article 1216, alinéa 3 du Code civil : « *la cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ». En droit commun, la cession conventionnelle de contrat devient donc un contrat solennel.

L'application éventuelle du texte au bail illustre parfaitement les difficultés de l'articulation des « *règles générales* » et des « *règles particulières* » (art. 1105, al. 3 C. civ.). Le nouvel article 1216 doit-il conduire à inverser le principe et à exiger un écrit pour la validité de la cession du bail ? Deux interprétations sont possibles.

Aucune des dispositions actuelles du droit du bail réglementant sa cession n'exige d'écrit pour sa validité. On pourrait en déduire que la cession de bail obéit au principe du consensualisme, désormais énoncé expressément par l'article 1172, alinéa 1^{er} du Code civil. Le principe en matière de cession de bail serait le consensualisme qui l'emporterait sur la règle de droit commun de la cession de contrat. Mais il est aussi possible de juger que la loi spéciale du bail est muette sur la question de la forme de la cession. Le nouvel article 1216 qui énonce une règle générale ne se heurte donc à

49 Dans le bail rural, la cession est en principe interdite sauf s'il s'agit d'un bail rural cessible. Pour les baux commerciaux, l'article L. 145-16 du Code de commerce répute non écrites les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. Le consentement du bailleur n'est donc pas requis. Quant aux cessions isolées du bail commercial, elles relèvent du droit commun du louage.

aucune règle particulière et il peut s'appliquer sans difficulté à la cession du bail qui deviendrait un contrat solennel.

Cette seconde issue devrait valoir si l'avant-projet Capitant devenait loi. L'article 60, écartant la liberté de céder le bail, il n'y aurait plus de texte spécial qui autoriserait la cession, implicitement sans nécessité d'écrit, conformément au principe du consensualisme. Pour que la cession soit possible il faudrait « l'accord du bailleur ». Le texte ne précisant pas la forme de la cession, celle-ci devrait se faire conformément à l'article 1216 imposant un écrit à peine de nullité.

On arriverait ainsi à une situation paradoxale. Si le bailleur n'autorise pas la cession, elle lui est simplement inopposable. S'il donne son accord mais que la cession elle-même n'est pas constatée par écrit, celle-ci est nulle.

Opposabilité de la cession du bail au tiers. En la rattachant au consentement du cédé, l'article 1216 alinéa 1 règle du même coup la question de l'opposabilité de la cession de contrat au contractant cédé. Il ajoute, dans son alinéa 2, que lorsque l'accord du cédé est donné par avance, la cession produit ses effets à son égard à compter de la notification de la cession ou lorsque le cédé en prend acte.

Le principe posé par l'article 60 de l'avant-projet aboutirait au même résultat. Soit le bailleur consent à la cession au moment de celle-ci ; ce qui, comme en droit commun de la cession de contrat, règle la question de l'opposabilité. Soit le bailleur autorise par avance le locataire à céder le contrat. Dans le silence de l'article 60 de l'avant-projet, c'est l'article 1216 alinéa 2 du Code civil qui s'appliquerait.

Mais en l'état actuel, la libre cessibilité du bail laisse intacte la question de son opposabilité au bailleur. La tendance nette de la jurisprudence, antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, était de subordonner l'opposabilité au bailleur au respect des formalités de la cession de créance de l'ancien article 1690 du Code civil (signification de la cession au débiteur ou acceptation de la cession par acte authentique)⁵⁰. Cette solution est désormais obsolète car la réforme du droit des obligations a abrogé l'article 1690. C'est désormais l'article 1324 alinéa 1^{er} qu'on devrait mettre en œuvre si la jurisprudence

50 Cass. civ. 3^e, 6 févr. 1979, n° 77-14312, *Bull. civ.* III, n° 34 ; Cass. civ. 3^e, 2 févr. 1977, n° 75-13002, *Bull. civ.* III, n° 58 ; Cass. com., 11 juill. 1949, *RTD civ.* 1951, p. 391, obs. Carbonnier. Le respect de ces formalités ne devient inutile que si le propriétaire a non seulement eu connaissance de la cession, mais qu'il l'a également acceptée sans équivoque (Ass. plén., 14 févr. 1975, *D.* 1975, p. 349 ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, 342, note Brault).

persiste à appliquer les règles de la cession de créance à la cession de bail. Celle-ci ne sera opposable au bailleur que si elle lui a été notifiée ou qu'il en a pris acte⁵¹.

Régime de la cession de bail. Deux questions importantes, quant aux effets de la cession, sont tranchées par les nouveaux textes : la libération du cédant à l'égard du cédé et l'opposabilité des exceptions entre cessionnaire et cédé⁵².

Le droit commun du bail ne traitant pas de ces questions, il n'y a aucune difficulté d'articulation des textes. La cession conventionnelle de bail doit désormais s'organiser à partir de ces principes.

Libération du cédant. Selon l'article 1216-1, « *si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir* [al. 1]. *À défaut, et sauf clause contraire, le cédant reste tenu solidairement à l'exécution du contrat* [al. 2] ». L'absence de libération du cédant était une solution classique en matière de bail⁵³, mais qui, au moins un temps, semblait avoir été écartée à l'égard de baux commerciaux⁵⁴. L'article 1216-1 a donc le mérite d'énoncer une règle claire qui s'applique au bail et qui met fin à la controverse doctrinale portant sur le point de savoir si l'accord du cédé à la cession d'un contrat libérait du même coup le cédant pour l'avenir ou si cette libération nécessitait un consentement exprès⁵⁵.

De même, la nature de l'obligation qui subsiste quand le cédant n'est pas libéré n'avait jamais été clairement indiquée. Désormais, le cédant « *est tenu*

51 La jurisprudence pourrait appliquer, plus légitimement, les conditions d'opposabilité de la cession conventionnelle de contrat qui sont en fait les mêmes (art. 1216, al. 2 C. civ.).

52 Les rapports entre le cédant et le cessionnaire sont en revanche totalement ignorés.

53 Cass. civ. 3^e, 19 mai 1971, *Bull. civ.* III, n° 324 ; Cass. soc., 9 nov. 1956, *Gaz. Pal.* 1957, I, 120 ; *RTD civ.* 1957, p. 357, obs. Carbonnier ; Cass. civ., 7 janv. 1947, *JCP* 1947, II, 3510, obs. Becqué.

54 Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 86-15759, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *RTD com.* 1989, p. 217, obs. M. Pédamon : en l'absence de clause de solidarité entre le cédant et le cessionnaire figurant dans le bail, le bailleur ne peut exiger du cédant le paiement des loyers échus postérieurement à la cession. V. aussi : Cass. civ. 3^e, 15 janv. 1992, n° 90-11289, inédit ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 654, note H. Barbier ; *JCP E.* 1993, I, 234, obs. M.-L. Izorche.

55 Cependant, dans son dernier état, en se fondant sur l'article 1275 du Code civil relatif à la délégation, la Cour de cassation juge que la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire (Cass. civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15627, préc. V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-13280, préc. ; Cass. com., 9 mars 1999, n° 97-15165, préc.).

solidairement à l'exécution du contrat », sauf si le cédé renonce à la solidarité par une « *clause contraire* ».

Enfin, si le cédé n'est pas libéré, les sûretés subsistent (art. 1216-3, al. 1). S'il est libéré, les sûretés consenties par le cédant ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord⁵⁶.

L'avant-projet Capitant déroge pour partie à ces règles. Selon l'article 61, « *par dérogation à l'article 1216-1, la cession du contrat par le locataire le libère pour l'avenir* ». Il suffirait donc que le bailleur donne son accord à la cession pour que le locataire soit libéré. Gageons que si ce texte entrerait en vigueur, une stipulation du bail, comme c'est déjà le cas dans les baux commerciaux, prévoirait que le locataire demeure garant de l'exécution de ses obligations par le cessionnaire. La stipulation serait sans doute valable, l'article 61 ne paraissant pas être impératif.

Opposabilité des exceptions entre le cédé et le cessionnaire. Le cessionnaire – le locataire – peut opposer au cédé – le bailleur – les exceptions inhérentes à la dette, mais pas les exceptions personnelles au cédant (art. 1216-2, al. 1). Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant (art. 1216-2, al. 1).

L'avant-projet ne déroge pas à ces règles qui auraient toujours vocation à s'appliquer au bail.

Globalement, la cession de bail ressort plus ou moins transformée selon que l'on considère le droit commun du contrat ou l'avant-projet Capitant.

Une conclusion en forme de bilan. Sur un plan plus général, l'analyse démontre que la réforme du droit commun des contrats a le mérite de permettre de clarifier la notion de bail et de compléter son régime, spécialement en ce qui concerne la cession du bail.

Au contraire, l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux brouille en partie la notion de bail et redéfinit de manière contestable les obligations des parties.

56 Les codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de la part du cédant dans la dette (art. 1216-3, al. 2 C. civ.).

ANNEXE

Code civil Titre huitième du contrat de louage (Extraits)	Code civil Droit nouveau des obligations et des contrats (Extraits)	Avant-projet de réforme des contrats spéciaux, Association Capitant Titre IV Ter – Des droits et obligations spéciaux Titre VIII – Du contrat de location (Extraits)
<p>Article 1709. Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.</p>	<p>Article 1210. Les engagements perpétuels sont prohibés.</p> <p>Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.</p> <p>Article 1211. Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.</p>	<p>Article 53. Le contrat de location, aussi dénommé bail, est celui par lequel le loueur confère au locataire un droit personnel de jouissance sur un bien en contrepartie du paiement d'un loyer.</p> <p>Le droit de jouissance du locataire est limité par la destination du bien qui a pu être convenue.</p> <p>Article 2 al. 1. Le droit personnel de jouissance confère au créancier le droit d'exiger de son débiteur certaines utilités d'un bien.</p>
<p>Article 1714. On peut louer ou par écrit ou verbalement, sauf, en ce qui concerne les biens ruraux, application des règles particulières aux baux à ferme et à métayage.</p>		<p>Article 54 al. 1. La location est un contrat consensuel.</p>

	<p>Article 1163. L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.</p> <p>Article 1165. Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.</p>	<p>Article 54 al. 2. Elle est valablement formée dès que les parties sont convenues d'un bien et d'un loyer. Les parties sont convenues du bien et du loyer lorsque ceux-ci sont déterminés ou déterminables, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur de leur part.</p> <p>Article 3. La prestation de service est un travail accompli de manière indépendante. Le travail peut avoir pour objet la réalisation d'un bien, mobilier ou immobilier, suivant les besoins spécifiques du client.</p>
<p>Article 1719. Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :</p> <p>1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ;</p> <p>2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;</p> <p>3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ;</p> <p>4° D'assurer également la permanence et la qualité des plantations.</p>	<p>Article 1170. Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.</p>	<p>Article 55. Le loueur doit délivrer le bien loué, participer à sa conservation, et garantir au locataire une jouissance paisible.</p>

<p>Article 1720 al. 1. Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce.</p>		<p>Article 56. Le loueur doit mettre à disposition du locataire le bien loué conformément aux stipulations convenues et, à défaut, en bon état.</p>
		<p>Article 5. Le débiteur de la délivrance doit mettre le bien et ses accessoires à disposition du créancier.</p> <p>L'obligation de délivrance emporte celle de conserver le bien jusqu'à ce qu'il soit enlevé ou livré.</p> <p>En cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation de délivrance, le créancier peut émettre des réserves lors de réception ou refuser de réceptionner le bien, de l'enlever ou d'en prendre livraison, sans préjudice de la mise en œuvre des mesures prévues à l'article 1217.</p> <p>Article 6. Le créancier de la délivrance doit enlever le bien chez le débiteur, sauf s'il est convenu qu'il sera livré.</p> <p>S'il ne l'enlève ou n'en prend livraison, le débiteur de la délivrance peut le mettre en demeure d'y satisfaire dans les conditions prévues aux articles 1345 et suivants, sans préjudice de la mise en œuvre des mesures prévues à l'article 1217.</p> <p>L'enlèvement et la livraison du bien en transfèrent la garde.</p> <p>Article 7. La réception est l'acte par lequel le créancier de la délivrance agréé le bien ou une partie de celui-ci, avec ou sans réserves.</p>

<p>Article 1720 al. 2. Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives.</p>		<p>Article 57. Le loueur doit accomplir les travaux de conservation relatifs à la structure du bien, dès lors qu'ils ne sont pas imputables à un cas de force majeure.</p>
<p>Article 1721. Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.</p> <p>S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser.</p>		<p>Article 58 al. 1. Le loueur répond de tout vice, même postérieur à la délivrance. Toutefois, il ne répond pas d'un vice que le locataire connaissait ou aurait dû connaître au moment de la conclusion du contrat ou de la réception sans réserves du bien loué.</p>
<p>Article 1725. Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée ; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel.</p> <p>Article 1726. Si, au contraire, le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire.</p>		<p>Article 58 al. 2. Il doit garantie au locataire de l'absence d'éviction pendant toute l'exécution du contrat.</p> <p>Article 8. La garantie d'éviction couvre les troubles du fait personnel de celui qui la doit.</p> <p>Si le contrat est à titre onéreux, elle couvre également les troubles de droit du fait des tiers.</p>

<p>Article 1727. Si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendent avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède.</p>		
<p>Article 1728. Le preneur est tenu de deux obligations principales :</p> <p>1° D'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;</p> <p>2° De payer le prix du bail aux termes convenus.</p>		<p>Article 59 al. 1. Le locataire doit payer le loyer et jouir du bien conformément à la destination convenue.</p>
<p>Article 1754. Les réparations locatives ou de menu entretien dont le locataire est tenu, s'il n'y a clause contraire, sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire :</p> <p>Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes de cheminées ;</p>		

<p>Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés ;</p> <p>Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidents extraordinaires et de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ;</p> <p>Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutiques, gonds, targettes et serrures.</p> <p>Article 1755. Aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge des locataires quand elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure.</p>		<p>Article 59 al. 2. Le locataire doit payer le loyer et jouir du bien conformément à la destination convenue.</p> <p>Il est tenu, outre de l'entretien du bien, de participer à sa conservation en accomplissant les travaux autres que ceux relatifs à la structure du bien, dès lors qu'ils ne sont pas imputables à un cas de force majeure.</p> <p>Article 9 al. 1. L'obligation de restitution emporte celle de conserver et d'entretenir le bien, suivant la nature du contrat.</p> <p>Article 10. L'obligation de conservation est celle d'assurer la sauvegarde d'un bien.</p> <p>Le débiteur ne répond pas ce qui a été dégradé ou a péri la vétusté ou la force majeure.</p> <p>Article 11. L'obligation d'entretien est celle, pour qui peut user d'un bien, de le maintenir dans un état d'usure normal.</p>
<p>Article 1730. S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure.</p>		<p>Article 9 al. 2. S'il n'a pas été dressé un état du bien, le débiteur est présumé avoir reçu le bien en bon état.</p>

<p>Article 1717. Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie.</p> <p>Cette clause est toujours de rigueur.</p>	<p>Article 1216. Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.</p> <p>Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.</p> <p>La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.</p> <p>Article 1216-1. Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.</p> <p>À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.</p>	<p>Article 60. Le locataire ne peut ni sous-louer le bien ni céder son contrat, sans l'accord du bailleur.</p> <p>La sous-location ou la cession irrégulière est inopposable au loueur, mais elle produit ses effets entre les parties.</p> <p>Article 61. Par dérogation à l'article 1216-1, la cession du contrat par le locataire le libère pour l'avenir.</p>
<p>Article 1753. Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.</p> <p>Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation.</p>	<p>Article 1216-2. Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant.</p> <p>Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.</p> <p>Article 1216-3. Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.</p> <p>Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette.</p>	<p>Article 62. Le loueur dispose d'une action directe à l'encontre du sous-locataire dans la double limite de la location et de la sous-location.</p>

<p>Article 1743 al. 1. Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.</p>		<p>Article 63. La vente du bien loué emporte cession de plein droit de la location à l'acquéreur, dès lors qu'elle a date certaine ou que ce dernier en avait connaissance. Le bailleur est libéré pour l'avenir.</p>
<p>Article 1722. Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement.</p>		<p>Article 64. Le contrat de location prend fin par l'échéance du terme, sans qu'il soit besoin de délivrer congé, ou, à défaut de terme, par un congé.</p> <p>Il prend fin dès avant si, au cours de son exécution, le bien loué est détruit en totalité par un cas de force majeure. Si la perte n'est que partielle, le locataire peut demander le maintien du bail aux conditions initiales ou sa résiliation.</p>
<p>Article 1741. Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée, et par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements.</p>		
<p>Article 1742. Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur.</p>		

Article 1751. Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité.

En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux.

En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément.

Article 65. Nonobstant toute clause contraire, les époux, de même que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité qui en ont fait la demande conjointement, sont réputés être cotitulaires de la location portant sur le local non professionnel leur servant de résidence principale, alors même qu'elle aurait été conclue avant leur union.

En cas de divorce ou de séparation de corps, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, attribue la location à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux.

En cas de dissolution du pacte civil de solidarité, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, la juridiction compétente en matière de location attribue la location à l'un des partenaires, sous réserve des créances ou droits à indemnité au profit de l'autre partenaire.

Dans tous les cas, le bailleur est appelé à l'instance.

En cas de décès d'un des époux ou d'un des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le conjoint ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité survivant dispose d'un droit exclusif sur la location celui-ci sauf s'il y renonce expressément.

<p>Article 1751-1. En cas de dissolution du pacte civil de solidarité, l'un des partenaires peut saisir le juge compétent en matière de bail aux fins de se voir attribuer le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation des deux partenaires, sous réserve des créances ou droits à indemnité au profit de l'autre partenaire. Le bailleur est appelé à l'instance. Le juge apprécie la demande en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties.</p>		
<p>Article 1732. Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.</p>		
<p>Article 1733. Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve :</p> <p>Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction.</p> <p>Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.</p> <p>Article 1734. S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ;</p> <p>A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ;</p> <p>Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.</p>		<p>Article 67. Lorsque la location porte sur un immeuble, le locataire répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que ce dernier est arrivé par cas de force majeure, vice de fabrication ou de conception, ou que l'incendie a été communiqué par un immeuble voisin.</p> <p>De même, si l'immeuble est occupé par plusieurs locataires, ils sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent.</p> <p>Cette présomption est écartée s'il est démontré que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-ci seul est tenu, ou s'il est démontré que l'incendie n'a pas pu commencer chez certains, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus.</p>

<p>Article 1735. Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.</p>		
		<p>Article 68. Sauf clause d'exclusivité, lorsque la location porte sur un immeuble dans lequel le locataire exerce une activité économique, le loueur ne trouble pas sa jouissance en exerçant lui-même la même activité ou en autorisant des tiers à le faire.</p>

BIBLIOGRAPHIE

- AUBERT DE VINCELLES C., « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, p. 752.
- AUQUE F., « Quelques remarques sur la location dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *D.* 2018, p. 423.
- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, Précis Domat, 12^e éd., 2017.
- BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^e éd., 2017.
- CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code*, Dalloz, 2^e éd., 2018.
- COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2015.
- DERRUPE J., « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », in *Études offertes à L. Boyer*, PUSS, 1996.
- DINKA R., « Commentaire introductif au livre V », in *Nouveau Code civil roumain*, Dalloz, 2013.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 4^e éd., 2016.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 6^e éd., 2016.
- HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C. et LÉCUYER H., *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ Lextenso, 3^e éd., 2012.
- LARDEUX G., « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016, p. 1259.
- MALAUURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ Lextenso, 9^e éd., 2017.
- MALAUURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, LGDJ Lextenso, 9^e éd., 2017.
- MOURY J., « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013.
- MOURY J., « Retour sur le prix, le champ de l'article 1163, al. 2 », *D.* 2017, p. 1209.
- PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41.
- PIGNARRE G., « L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 384.
- PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. Hypercours, 4^e éd., 2011.

ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil des obligations, Régime*, PUF, coll. Droit fondamental, 2013.

Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP* 1996, II, 22565, n° 9.

Ass. plén., 14 févr. 1975, *D.* 1975, p. 349 ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, 342, note Brault.

Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-14.631, *Bull. civ.* III, n° 121, *D.* 2009, p. 896, obs. N. Damas, *Dr. et proc.* 2009, cahier spécial baux immobiliers janvier-février, p. 3, obs. E. Savaux.

Cass. civ. 3^e, 4 mars 2008, n° 07-15522, inédit ; *RDC* 2008, p. 836, obs. J.-B. Seube.

Cass. civ. 3^e, 17 oct. 2007, n° 06-18503, *Bull. civ.* III, n° 179 ; *JCP* N. 2008, 1066, Barbieri.

Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2004, n° 02-12663, inédit ; *RDC* 2004, p. 708, J.-B. Seube.

Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, n° 99-21209, inédit ; *RTD civ.* 2002, p. 510, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 99-14152, *Bull. civ.* III, n° 61 ; *RTD civ.* 2002, p. 511, obs. Mestre.

Cass. civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15627, *Bull. civ.* III, n° 153 ; *D.* 2002, p. 984, note M. Billiau et Ch. Jamin ; *Deffrénois* 2002, art. 37558, n° 36, obs. R. Libchaber.

Cass. civ. 3^e, 17 juill. 1996, n° 94-16590, *Bull. civ.* III, n° 184 ; *Deffrénois* 1997, p. 403, A. Bénabent.

Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *JCP* 1991, 21751, note L. Leveneur.

Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1988, n° 86-15759, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *RTD com.* 1989, p. 217, obs. M. Pédamon.

Cass. soc., 9 nov. 1956, *Gaz. Pal.* 1957, 1, 120 ; *RTD civ.* 1957, p. 357, obs. Carbonnier.

Cass. com., 11 juill. 1949, *RTD civ.* 1951, p. 391, obs. Carbonnier.

Cass. civ., 7 janv. 1947, *JCP* 1947, II, 3510, obs. Becqué.

Cass. civ. 3^e, 15 janv. 1992, n° 90-11289, inédit ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 654, note H. Barbier ; *JCP* E 1993, I, 234, obs. M.-L. Izorche.

Cass. civ., 16 août 1882, *S.* 1884, 1, p. 33, note Esmein

TGI Paris, ch. 4^e, section 1^{re}, 27 juin 2017, *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, n° 31018, p. 32, obs. D. Houtcieff.

Cour de cassation, Chambre pénale 3, 26/1/2016, 2016-36 (Rejet)

Traduction faite par M. Rodny Daou, Juge unique à Beyrouth, sous la supervision de M. Michel Tarazi, Président de chambre à la Cour de cassation libanaise.

Mots clés : Vente immobilière – contrat de vente falsifié – annulation du contrat – compétence du juge pénal – restitution de la propriété – dommages – intérêts – partie civile – action civile – action publique – Code pénal – Code des obligations et des contrats.

Décision attaquée : Jugement n° 698 du 26/11/2014 rendu par la Cour criminelle de Beyrouth.

Résumé

Il est de la compétence du juge pénal de prononcer l'annulation d'un contrat de vente immobilière falsifié et de restituer la propriété à la partie lésée en se fondant sur les dispositions du Code pénal relatives à la restitution et aux dommages-intérêts, et sur celles du Code des obligations et des contrats.

Texte intégral : L'original en langue en arabe¹.

1 Publié dans ce même numéro, p. 119 partie arabe.

AU NOM DU PEUPLE LIBANAIS

La Cour de cassation, troisième chambre pénale, formée des magistrats M^{me} Suhair Al Haraki, Présidente, M^{me} Nahida Khaddaj et M. François Elias (délégué), conseillers, a rendu l'arrêt suivant :

(...)

Attendu que la question de l'appréciation du montant des sanctions civiles, qui est fixé par le juge pénal statuant sur une action civile intentée consécutivement à une action publique, est régie par les règles juridiques énoncées aux articles 129 à 146 du Code pénal ;

Attendu que, conformément aux dispositions de l'article 138 du Code pénal, « *toute infraction qui cause à autrui un dommage soit matériel, soit moral, oblige son auteur à réparation* » ;

Attendu que, conformément aux dispositions de l'article 129 du Code pénal, les restitutions et les dommages-intérêts figurent parmi les sanctions civiles qui peuvent être prononcées par le juge pénal, et que les restitutions consistent, selon l'article 130 du Code pénal, « *dans le rétablissement de l'état de choses antérieur à l'infraction. Elles doivent toujours être ordonnées d'office quand elles sont possibles. La restitution de la chose qui est au pouvoir d'un tiers est régie par les dispositions du droit civil* » ;

Attendu que, conformément aux dispositions de l'article 132 du Code pénal, « *les dommages-intérêts sont régis par les articles 134 à 136 du Code des obligations et des contrats. Ils sont prononcés à la requête de la partie civile* » ;

Attendu que, au vu des règles juridiques précitées qui régissent l'action civile intentée consécutivement à l'action publique examinée par le juge pénal, il est de la compétence de ce dernier de prononcer l'annulation d'un contrat de vente immobilière falsifié et de restituer la propriété à la partie lésée tant que cela reste possible et conforme aux règles régissant la matière en droit civil, et qu'il devait par conséquent décider d'office la restitution, si elle s'avère possible, ainsi que le versement de dommages-intérêts conformément aux dispositions du Code des obligations et des contrats, à la requête de la partie civile ;

Attendu que, selon l'article 134 du Code des obligations et des contrats, le versement de dommages-intérêts à la victime d'une infraction pénale se portant partie civile doit correspondre au dommage qu'elle a subi, qu'il revient à la juridiction pénale statuant sur l'affaire d'apprécier souverainement le montant de cette réparation au vu des circonstances et des faits relatifs à l'affaire jugée, ainsi qu'aux documents fournis par les parties au procès, en se

fondant sur les différents critères matériels, moraux, subjectifs et objectifs, en ne dépassant point le montant de dommages-intérêts réclamés ;

Attendu que la Cour criminelle ayant,

d'une part, prononcé l'annulation du contrat de vente falsifié et la réinscription au registre foncier de la propriété de la parcelle n° 10 du bien-fonds n° 2085 – Al Musaitbeh – au nom du demandeur Y. D., et l'anéantissement dudit contrat à partir du moment où le jugement prononcé devient insusceptible de recours,

et d'autre part, condamné l'accusé à restituer au demandeur T. A. la somme de deux cent soixante mille dollars américains ou son équivalent en monnaie libanaise à la date de paiement, en sus des intérêts légaux à compter de la date de recouvrement de ce montant, ainsi que le versement d'un montant de cinq millions de livres libanaises à titre de dommages-intérêts, et constaté que l'accusé avait falsifié le contrat par la présentation d'une fausse carte d'identité portant sa propre photo ainsi que le nom de son frère Y. D., et l'ayant utilisée auprès du notaire public en vue de signer le contrat susmentionné, et conclu ainsi à l'incrimination de l'accusé,

a respecté les dispositions légales susmentionnées relatives à la « restitution » et aux dommages-intérêts, et s'est conformée aux demandes de la partie civile,

et n'a point outrepassé les règles de sa compétence ni violé les dispositions juridiques mentionnées au pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

1. Accepte le pourvoi dans la forme et le rejette au fond.
2. Condamne le demandeur au pourvoi aux frais et dépens.

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre pénale, et prononcé le 26/1/2016.

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par la Présidente, M^{me} Al Haraki, les conseillers, M^{me} Khaddaj et M. Elias, et le greffier de chambre, M. Mansour.