

**LA PRATIQUE DU DROIT
COMMERCIAL AU LIBAN,
75 ANS APRÈS LE CODE**

Faculté de Droit

- 23 -

**LA PRATIQUE DU DROIT
COMMERCIAL AU LIBAN,
75 ANS APRÈS LE CODE**

Actes du Colloque international

7 mars 2018

Coordination scientifique par

Gaby Chahine



Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le code : actes du Colloque international, 7 mars 2018 / [organisé par la] Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik ; Coordination scientifique par Gaby Chahine. – Kaslik : PUSEK, impr. 2018. – 1 vol. (113 p.) ; 24 cm. – (Faculté de Droit ; 23).

ISBN 978-614-473-105-5.

1- Droit commercial – Liban – Congrès. 2- Droit des affaires – Liban – Congrès. I- Université Saint-Esprit de Kaslik. Faculté de Droit. Colloque (2018 ; Kaslik). II- Chahine, Gaby. Ed. III- Série.

Cdd23 346.569207

Organisé par :

Le Centre de Recherche Juridique de la Faculté de Droit
en collaboration avec D^r Gaby Chahine

Comité scientifique :

D^r Céline Baaklini, M^{me} Reine Daou, D^r Béchara Karam

ISBN 978-614-473-105-5

ISBN 978-614-473-106-2 (eBook)

© PUSEK, Kaslik, 2018

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

P. Talal HACHEM	
Allocation d'ouverture	7
Amine BARSÀ	
La pratique contractuelle en droit commercial libanais	9
Alexandre NAJJAR	
La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code de commerce : l'apport de la Banque du Liban	25
Gaby CHAHINE	
L'apport du législateur libanais : l'exemple de la loi sur les marchés financiers	35
Maya AFFEICH KARAM	
Le juge libanais face à un Code de commerce dépassé	61
Tala ZEIN	
L'apport de la <i>soft law</i> : évolutions éthiques, morales et professionnelles	69
Philippe PÉTEL	
L'apport de la recodification commerciale française	85

Valia CHARO

L'émancipation possible du droit commercial libanais 97

Melhem EL KIK

Rapport de synthèse :

Grandeur et décadence du Code de commerce libanais 107

Allocution d'ouverture

P. Talal HACHEM

*Vice-Recteur aux affaires administratives
à l'Université Saint-Esprit de Kaslik*

La philosophie de l'USEK repose sur plusieurs orientations stratégiques.

L'évolution dans la continuité est l'axe principal de notre pensée. C'est notre façon à nous de regarder l'avenir.

Nous sommes intimement convaincus que nos choix d'aujourd'hui doivent concourir à porter l'université, demain, vers des cieux encore plus hauts, pour le bien de nos étudiants, de notre société et du Liban. C'est là que se situe le cœur de notre mission.

L'organisation de l'entreprise au Liban est désormais bouleversée par les évolutions du monde économique moderne. Ainsi, l'ensemble des acteurs économiques et en particulier les dirigeants et les actionnaires exigent des structures juridiques et managériales plus réactives et plus transparentes. Comment faire pour s'adapter ? Est-ce par des réformes qui tombent d'en haut ? Est-ce par l'adoption d'autres structures ? Et quel est le rôle de la pratique dans tout cela ? Le rôle du Palais, celui de l'École, mais aussi, celui des avocats et de la pratique contractuelle ? Quelle place accorder à la morale et aux règles éthiques et professionnelles ?

Quels sont les enjeux qui engagent la crédibilité et la rentabilité de l'entreprise ? Qu'en est-il pour la prospérité de l'économie, de la nation ?

Le droit commercial libanais ainsi que celui des sociétés est désormais un droit vieillissant. Notre codification nationale semblerait de plus en plus en divorce avec les besoins des entreprises. À cet égard, les spécialistes semblent même identifier une certaine rigidité qui pourrait faire obstacle à l'adoption de structures innovantes. De structures adaptables pouvant satisfaire les besoins de l'entreprise et sécuriser l'investissement et l'épargne. Certes, plusieurs tentatives de recodification ont été initiées, mais leurs résultats demeurent malheureusement limités.

Qu'en est-il des entreprises qui tentent de se constituer à l'étranger ou d'établir outre-mer leurs structures de collaboration, faute d'un cadre législatif libanais satisfaisant.

Le colloque international d'aujourd'hui évoquera surtout les remèdes apportés par la pratique au vieillissement et dépassement du Code de commerce dont nous avons pu fêter le 75^e anniversaire ici même l'année dernière.

Les débats seront sans doute aussi riches qu'enrichissants.

Mais avant d'ouvrir les travaux de notre colloque permettez-moi de remercier :

Monsieur le Premier Président Jean Fahed si agréablement représenté par le Président Michel Tarazi, Président de la 5^e chambre civile de la Cour de Cassation.

Monsieur Philippe Pétel, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Montpellier I, avec laquelle l'USEK entretient depuis déjà plusieurs années des liens d'amitié et de collaboration scientifique.

Monsieur le Président Gaby Chahine, Juge unique de Beyrouth, et professeur à la Faculté de Droit de l'USEK, pour avoir initié ce colloque et œuvré avec beaucoup de zèle à sa réalisation.

Tous les intervenants qui nous ont fait l'honneur de bien vouloir participer à notre effort de recherche, notamment ceux qui ont accepté de participer pour la 2^e année consécutive.

Bienvenue à tous et bon colloque !

La pratique contractuelle en droit commercial libanais

Amine BARSA

Avocat à la Cour (Barreau de Beyrouth), Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Joseph (Beyrouth)

En droit commercial libanais, le contrat occupe une place de choix parmi les sources des droits subjectifs.

En effet, tous les actes de commerce par nature énumérés aux articles 6 et 7 du Code de commerce libanais, à l'exception de l'entreprise de manufacture (alinéa 6 de l'article 6), sont soit des contrats soit des opérations contractuelles. Certes, cette énumération étant énonciative non limitative (début de l'article 6), on peut qualifier comme acte de commerce par nature n'importe quel acte qui présente des analogies ou des similitudes avec l'un des contrats ou l'une des opérations contractuelles énumérés. Mais pour être analogue ou similaire à un contrat ou à une opération contractuelle, un acte doit logiquement être, lui aussi, un contrat ou une opération contractuelle. Quant aux actes de commerce par accessoire subjectif définis à l'article 8 du Code de commerce libanais comme étant des actes faits par le commerçant pour les besoins de son commerce, la plupart d'entre eux sont des contrats. Sont également des contrats les deux actes de commerce par accessoire objectif types que sont le cautionnement et le gage qui garantissent une dette commerciale. L'acte de commerce par la forme qu'est l'acte constitutif d'une société commerciale est bien évidemment, lui aussi, un contrat en droit libanais. Ainsi, puisque dès lors

qu'il existe un acte de commerce, le droit commercial s'applique, d'après l'article 1 du Code de commerce libanais, le contrat semble être la matrice de la commercialité en droit libanais.

En outre, le droit commercial libanais est dominé par le principe de la force obligatoire des contrats. Certes il existe en droit commercial libanais des règles qui paralysent ce principe dans certains cas précis. Il en est ainsi par exemple de l'article 13 du décret-loi numéro 11/1967 du 11 juillet 1967 qui oblige l'acquéreur ou le cessionnaire du fonds de commerce à s'abstenir de payer le prix de vente, même convenu au comptant, jusqu'à l'expiration du dixième jour qui suit l'accomplissement de la dernière formalité de publication, sous peine d'inopposabilité de ce paiement aux créanciers du vendeur ou du cédant (alinéa 1) et qui l'oblige également, en cas d'opposition au paiement pendant ce délai, à continuer à s'abstenir de payer, sous peine de la même sanction, jusqu'à décision judiciaire sur l'opposition (alinéa 2). Un autre exemple est celui de l'article 292, alinéa 2 du Code de commerce qui permet au juge de réduire ce qu'il appelle « *le salaire convenu* » du courtier, lorsqu'il apparaît hors de proportion avec la nature de l'affaire et les soins qu'elle comporte, à la juste rémunération du service rendu. Mais d'abord, ces cas de paralysie de la force obligatoire sont exceptionnels. Ensuite, le droit commercial ne comporte pas beaucoup de règles impératives qui l'emportent sur la volonté des parties, le régime économique libanais étant, d'après le paragraphe 9 du préambule de la Constitution libanaise, un régime libéral qui garantit l'initiative individuelle ainsi que la propriété privée. Enfin et surtout, plusieurs textes du droit commercial considèrent les dispositions du Code des obligations et des contrats comme étant les dispositions du droit commun auxquelles il faut se référer en cas de silence du droit commercial. Il en est ainsi notamment de l'article 2 du Code de commerce qui prévoit que dans le silence du présent Code sont applicables en matière commerciale les dispositions du droit commun, dans la mesure seulement où elles sont conciliables avec les principes propres au droit commercial et de l'article 263, alinéa 1 du Code de commerce qui prévoit que les contrats non réglementés dans le présent Code sont régis par le Code des obligations et les usages¹. Le principe de la force obligatoire du contrat consacré par l'article 221 du Code des obligations et des contrats entre donc en droit commercial par

1. V. également l'article 42 du Code de commerce.

la grande porte, celle du droit commun, pour devenir un principe du droit commercial et non simplement un principe du droit civil.

Le contrat étant ainsi une source importante des droits commerciaux subjectifs, la pratique contractuelle est-elle une source du droit commercial objectif ? La réponse à cette question ne peut être que nuancée : la pratique contractuelle ne devient source du droit commercial que si elle se transforme en usage. Cette transformation (paragraphe 1) puis ses effets (paragraphe 2) doivent être étudiés.

Paragraphe 1. La transformation de la pratique contractuelle en usage

Pour qu'une pratique contractuelle devienne une source du droit commercial, il faut qu'elle se transforme en usage. La nécessité de cette transformation doit être démontrée (A) et ses conditions doivent être dégagées (B).

A. Nécessité de la transformation

Plusieurs raisons fondent cette nécessité.

D'abord toute pratique contractuelle n'est pas forcément une source du droit commercial. Un arrêt de la quatrième chambre civile de la Cour de cassation libanaise n° 86 du 11 mai 2006 est assez significatif à cet égard². Il approuve un arrêt de la cour d'appel qui avait considéré que la pratique contractuelle qui a consisté pour le vendeur de marchandises à ne percevoir le prix de vente qu'après la revente des marchandises par l'acheteur et à récupérer de ce dernier les marchandises qu'il n'a pas pu revendre ne constitue pas un usage et ne saurait donc obliger les parties en l'absence d'accord exprès voire écrit en ce sens. Il ajoute, en réponse au pourvoi qui prétendait qualifier cette pratique d'usage spécial qui prévaut sur l'usage général selon l'article 4 du Code de commerce, que l'usage spécial est celui qui concerne une catégorie déterminée d'actes de commerce et non pas les rapports entre les parties au litige qui ne peuvent en eux-mêmes créer un usage.

2. *Sader Cass. civ.* 2006, p. 728.

Cette distinction que fait l'arrêt entre la pratique contractuelle (*course of dealing*) et l'usage commercial (*usage of trade*) est consacrée à l'article 1.303 (b) et (c) du Code de commerce des États-Unis (*Uniform Commercial Code*³).

Ensuite, l'usage est une source du droit commercial. Quinze articles du Code de commerce libanais s'y réfèrent comme tel. Il s'agit des articles 4, 157, 233, 254, 263, 266, 273, 278, 281, 284, 285, 292, 305, 356 et 432. Il constitue une source directe d'origine privée du droit commercial, à la différence de la doctrine qui en est une source indirecte, c'est-à-dire une source d'inspiration d'origine privée. En effet le juge peut ne pas tenir compte d'une doctrine, alors que l'article 4, alinéa 1 du Code de commerce dispose que « *le juge appliquera les usages bien établis, à moins qu'il n'apparaisse que les parties aient entendu y déroger, et à moins que ces usages n'aillent à l'encontre de dispositions légales impératives* », ce qui signifie qu'en principe, l'application de l'usage est pour le juge une obligation, un devoir, non une faculté. La force obligatoire de l'usage paraît même supérieure à celle de la jurisprudence qui pourtant est une source du droit émanant d'une autorité publique, puisque, d'après l'article 3 du Code de commerce, « *à défaut de toute disposition légale applicable, le juge pourra s'inspirer* » des « *précédents jurisprudentiels* », ce qui signifie qu'il n'en est pas tenu.

Enfin, tout usage est au départ une pratique contractuelle, c'est-à-dire une réponse apportée par deux parties à une difficulté rencontrée lors de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, réponse reprise dans leurs rapports ultérieurs. Parce qu'elle apporte une solution adéquate selon les parties à un problème, « *cette réponse est proposée aux tiers*⁴ » qui peuvent l'adopter et la reprendre dans leurs contrats. On trouve une définition légale intéressante de l'usage de commerce (*usage of trade*) à l'article 1.303 (c) du Code de commerce des États-Unis (*Uniform Commercial Code*) : « *Any practice or method of dealing having such*

-
3. L'article 1.303 (b) définit la pratique contractuelle (*course of dealing*) comme suit : "A 'course of dealing' is a sequence of conduct concerning previous transactions between parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct". Quant à l'usage de commerce (*usage of trade*), sa définition est donnée à l'article 1.303(c). Elle sera examinée plus loin.
 4. M. PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335, n° 13.

regularity of observance in a place, vocation, or trade, as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question » (pratique ou méthode observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans l'opération ou le contrat en question). Par conséquent, l'usage ne surgit pas de nulle part. L'embryon de l'usage est une pratique contractuelle. Certaines pratiques contractuelles sont certes imposées par le plus fort au plus faible ce qui amène certains auteurs à les considérer comme « *d'origine unilatérale*⁵ ». Mais c'est oublier que les contrats d'adhésion sont eux aussi des contrats. Or dans quelles conditions une pratique contractuelle née de contrats conclus de gré à gré ou par adhésion se transforme-t-elle en usage ?

B. Conditions de la transformation

Pour qu'une pratique contractuelle se transforme en usage, il faut qu'elle présente deux caractéristiques essentielles : la généralité et la répétition. Ces deux notions doivent être précisées.

Une pratique contractuelle devient générale lorsqu'elle s'étend bien au-delà des parties qui l'ont créée pour être adoptée par plusieurs autres parties et se répandre ainsi à un tel point qu'elle devient la règle. Cette expansion ou cette généralisation n'est actuellement pas toujours spontanée. En effet de nos jours, la plupart des pratiques contractuelles se transforment en usages à travers leur formalisation par des documents écrits divers⁶ : conditions générales⁷ ou contrats types⁸ qui apportent souvent des éléments de *common law*, règlements professionnels dont les règlements émis par le Gouverneur de la Banque du Liban constituent un exemple significatif, codes d'usage ou de conduite donnant naissance

5. E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n° 46.

6. M. SALAH M. MAHMOUD, *Rép. Com. Dalloz*, V° « Usages commerciaux », oct. 2007 (actualisation : sept. 2011), n° 15.

7. A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 621 et s. ; P. MALINVERNI, *Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales* (préface J. HÉMARD), LGDJ, 1978.

8. J. LEAUTÉ, « Les contrats-types », *RTD com.* 1953, p. 430.

au néocorporatisme⁹, normes techniques¹⁰ et, au niveau international, « *Règles et Usances Uniformes* » émanant de la Chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires, « *Incoterms* » émanant de la même chambre¹¹ et « *Principes relatifs aux contrats du commerce international* » émis par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)¹² ayant pour objet la codification de ce qu'une doctrine appelle la *lex mercatoria*¹³. Cette codification privée n'a pas toujours pour objet de reprendre simplement les usages antérieurs mais aussi parfois de fixer des usages encore incertains voire d'instaurer et d'imposer de nouveaux usages pour l'avenir.

La généralité de la pratique contractuelle ne signifie pas nécessairement qu'elle devrait être appliquée par tout le monde partout pour se transformer en usage. Il suffit qu'elle le soit dans une ou plusieurs branches d'activité déterminées ou au sein d'une ou plusieurs professions, ce qui explique la distinction que fait l'alinéa 2 de l'article 4 du Code de commerce libanais entre les usages spéciaux qui se rapportent à un type d'activité précis et les usages généraux qui se rapportent à tout type d'activité, en faisant prévaloir les usages spéciaux sur les usages généraux. En outre, il suffit que la pratique contractuelle soit appliquée dans un cadre géographique déterminé pour qu'elle devienne un usage, ce qui explique la distinction que fait le même alinéa entre les usages locaux et les usages généraux, plus exactement les usages nationaux, en faisant prévaloir les premiers sur les

-
9. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privée » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47 et s. ; ID., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in *Les transformations de la régulation juridique* (dir. J. CLAM et G. MARTIN), LGDJ, 1998, p. 151 et s.
 10. J. INGALENS et H. PENANT, *La normalisation*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1994 ; A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989.
 11. J. STOUFFLET, « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, p. 361 et s.
 12. C. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, n° 4011 ; C. SERAGLINI, « Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2003, p. 1101.
 13. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives Philosophie du droit* 1964, p. 177 et s. ; P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, p. 125 et s. ; E. LOQUIN, « Les rapports avec la lex mercatoria », *LPA*, n° 252, 18 déc. 2003, p. 63 et s.

seconds. Il faut y ajouter les usages internationaux ou transnationaux sur lesquels doivent prévaloir les usages nationaux et naturellement les usages locaux.

En plus de la généralité, la pratique contractuelle doit se répéter pour devenir un usage. Cette répétition s'inscrit-elle nécessairement dans le temps ou la durée ? Le facteur temps ou durée ne revêt plus dans la formation des usages contemporains une importance décisive puisqu'actuellement, avec le développement du commerce électronique, les pratiques contractuelles se propagent « à un rythme torrentiel¹⁴ » d'où l'émergence d'« usages à formation quasi-instantanée¹⁵ ». L'extrême rapidité des échanges commerciaux contemporains et de la répétition des pratiques contractuelles qu'ils véhiculent aboutit forcément à la réduction de la durée voire à l'accélération de la transformation desdites pratiques en usages.

Quels sont les effets de cette transformation ?

Paragraphe 2. Les effets de la transformation de la pratique contractuelle en usage (distinction entre usage de fait et usage de droit)

Les effets de la transformation de la pratique contractuelle en usage ne sont pas tout à fait les mêmes selon que l'usage en question est un usage de fait ou un usage de droit. En France cette distinction entre usage de fait et usage de droit est contestée d'autant plus que, comme en droit libanais, elle n'est prévue expressément par aucun texte. Mais les auteurs qui la condamnent ne s'accordent pas, voire s'opposent, sur le fondement de cette condamnation. Pour certains il n'y a, en matière commerciale, que des usages de fait, les usages de commerce ne pouvant être des règles de droit¹⁶ ; pour d'autres au contraire, tous les usages commerciaux sont des usages de droit, l'usage de fait n'étant en réalité que la pratique contractuelle

14. B. STARCK, « À propos des accords de Grenelle, réflexion sur une source informelle du droit », *JCP* 1970, I, 2363.

15. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques », *JDI* 1997, p. 323 et s.

16. A. KASSIS, *Théorie générale de l'usage de commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria)*, LGDJ, 1984, p. 578 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, GLN Joly, 1992, p. 136, n° 174.

instaurée entre deux parties relativement à leurs relations d'affaires¹⁷, en d'autres termes « *the course of dealing* » du Code de commerce américain qui s'oppose à l'usage de commerce (*usage of trade*).

En réalité, pour que la distinction se maintienne, il suffit que s'y attachent des intérêts de droit. Ces intérêts doivent être dégagés (A) avant de tenter d'identifier les critères de la distinction (B).

A. Les intérêts de la distinction

On prête à la distinction entre usage de fait et usage de droit des intérêts qui ne sont pas réels.

Ainsi, il n'est pas vrai que la preuve de l'usage de droit, contrairement à celle de l'usage de fait, ne doit pas être rapportée. En principe, l'existence et le domaine d'application d'un usage de droit ou de fait constituent des faits dont la preuve doit être rapportée par celui qui s'en prévaut et ce par tous moyens¹⁸. Cette preuve sera facilitée si ces faits sont établis dans un code privé ou dans un parère qui est un certificat délivré par une chambre de commerce, un syndicat professionnel ou une association professionnelle.

Il n'est pas vrai non plus que l'usage de droit, contrairement à l'usage de fait, ne peut être écarté par les parties. En effet, d'après l'article 4, alinéa 1 du Code de commerce libanais, « *le juge appliquera les usages bien établis, à moins qu'il n'apparaisse que les parties aient entendu y déroger* ». *Ubi lex non distinguit* : ce texte, par sa généralité, s'applique à la fois aux usages de fait et aux usages de droit. Ainsi dans un arrêt n° 18 du 25 février 2016, en réponse à la banque demanderesse au pourvoi qui invoquait l'existence d'un usage bancaire de droit, impératif d'après elle, selon lequel le compte de dépôt nanti auprès d'une banque en garantie d'un débit en

17. A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial », *RTD com.* 1985, p. 220 et s., spécialement p. 259.

18. Sur l'absence de preuve de l'usage bancaire invoqué selon lequel les intérêts sont capitalisés après la clôture du compte courant, V. : Tribunal de première instance de Beyrouth, 1^{re} ch., 24 mai 2004, *Al Adl* 2005, 1, p. 137. Sur l'absence de preuve également de l'usage selon lequel les banques paient un supplément d'indemnité en cas de licenciement d'un salarié, V. : Cass. soc., n° 52, 26 sept. 2013, *Sader électronique*. Un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation civile libanaise n° 141 du 13 déc. 1967 permet au juge de faire état de sa connaissance personnelle de l'usage commercial pour fonder sa décision (*Rev. Jud. Lib.* 1971, p. 1141).

compte courant ne produit pas d'intérêts ou produit des intérêts très réduits, la Cour de cassation libanaise s'est fondée sur les constatations des juges du fond selon lesquelles, en appliquant des intérêts consistants au profit de ce compte de dépôt, la banque a volontairement passé outre à l'usage dont elle se prévaut¹⁹. La jurisprudence française va dans le même sens puisqu'elle admet le principe selon lequel les usages de droit peuvent être écartés par la volonté des parties et que le juge ne pourrait alors méconnaître cette volonté au profit de l'usage²⁰. Ce principe s'applique même aux deux usages de droit les plus reconnus en droit français que sont l'usage selon lequel la solidarité est de droit en matière commerciale²¹ et l'usage selon lequel la capitalisation des intérêts du compte courant est présumée trimestrielle²². Par conséquent, bien que les usages de droit soient parfois appelés « *usages impératifs*²³ », Yves Guyon²⁴ a proposé à juste titre de renoncer à cette expression en droit commercial. Il convient aussi à notre avis de renoncer à l'expression « *usages supplétifs* » pour désigner les usages de fait, dans la mesure où tous les usages, de fait ou de droit, sont supplétifs.

Enfin, l'article 4 alinéa 1 du Code de commerce libanais exclut qu'un usage, qu'il soit de fait ou de droit, le texte étant général, puisse s'appliquer aux dépens d'une disposition légale impérative puisque d'après ce texte, le juge n'appliquera les usages bien établis que s'ils ne vont pas à l'encontre de dispositions légales impératives²⁵. Il en résulte qu'il n'est pas vrai en droit libanais que l'intérêt de la distinction entre usage de fait et usage de

-
19. Cass. civ. 2^e, n° 18, 25 févr. 2016, *Al Adl* 2016, 2, p. 818. V. également : Cass. civ. 2^e, n° 47, 24 juin 2003 qui déclare que le juge ne peut avoir recours à l'usage pour écarter une clause du contrat (*Cassandra* 2003, 6, p. 985).
 20. Req., 29 mai 1902, *S.* 1902, p. 347.
 21. Cass. com., 21 avr. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 58 ; Cass. civ., 18 juill. 1929, *D.H.* 1929, p. 556 ; Cass. com., 5 juin 2012, *D.* 2012, p. 1607.
 22. Req., 5 déc. 1910, *D.* 1912, 1, p. 24.
 23. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., 18^e éd. par M. GERMAIN, R. ROBLOT et L. VOGEL, 2001, t. 1, vol. 1, n° 51.
 24. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, 12^e éd., 2003, t. 1, n° 32.
 25. Cette solution rejoint celle adoptée en droit civil : V. notamment le jugement n° 742, 12 nov. 2015 de la deuxième chambre du tribunal de première instance de Beyrouth qui déclare que le fait pour le Conseil de l'Ordre des avocats de Beyrouth d'avoir payé durant des années aux notaires une commission de 10% sur les droits perçus par ces derniers au profit de l'Ordre ne peut être considéré comme un usage, au motif qu'un tel usage serait contraire aux textes impératifs réglementant l'exercice de la profession de notaire (*Al Adl* 2016, 3, p. 1501).

droit serait que l'usage de droit peut l'emporter sur une loi impérative, puisque ceci n'est pas possible. Il en va différemment en droit français où certains usages de droit et non pas tous sont des usages *contra legem* qui l'emportent sur des textes impératifs civils comme l'usage selon lequel la capitalisation des intérêts du compte courant pour une période inférieure à un an est admise et même présumée trimestrielle, contrairement à l'article 1343-2 du Code civil et au-delà des conditions que ce texte prévoit. Cette solution est consacrée au Liban non pas par un usage *contra legem* mais par un texte : l'article 768 du Code des obligations et des contrats qui limite la capitalisation des intérêts à ceux dus au moins pour 6 mois « *sauf les règles et les usages particuliers du commerce* ». On admet même en France que certains usages de droit s'appliquent aux dépens de lois impératives commerciales. En effet, même si l'article L.442-1 du Code de commerce français et l'article L.122-1 du Code de la consommation français interdisent sous peine de sanction pénale de « *subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée* », les tribunaux français admettent que le mode de conditionnement impose au consommateur l'achat d'une quantité minimale selon les usages. Ces usages *contra legem*²⁶ qui écartent une loi impérative sont certainement des usages de droit, mais tous les usages de droit ne sont pas en droit français des usages *contra legem* ou des usages qui l'emportent sur une loi impérative. Il en résulte que la prééminence ou non par rapport à une loi impérative n'est pas, même en droit français, un intérêt de la distinction entre usage de droit et usage de fait.

Mais quels sont les véritables intérêts de cette distinction ?

Le premier intérêt de la distinction est que l'application de l'usage de fait doit se fonder sur la volonté expresse ou présumée des parties, raison pour laquelle il est parfois appelé usage conventionnel, alors que l'usage de droit s'applique sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les parties s'y sont référées et indépendamment de la connaissance qu'elles pouvaient en avoir²⁷. Certes la limite entre la volonté présumée et l'absence de volonté ne peut être tracée avec beaucoup de précision. Il reste qu'une chose est

26. V. : M. SALAH, « L'usage *contra legem* », *LPA*, 8 nov. 1991, n° 134, p. 6 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et E. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial. Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, Domat droit privé, 10^e éd., 2010, n° 29 *in fine*.

27. Cass. soc., 3 juill. 1952, *Bull.civ.* IV, n° 569.

sûre, c'est que le juge ne peut pas appliquer un usage de fait sans préciser les raisons pour lesquelles il considère que les parties en ont voulu ainsi et que par contre, il ne peut, en l'absence de volonté expresse contraire des parties, omettre de leur appliquer un usage de droit.

D'où le deuxième intérêt de la distinction relatif aux cas de cassation : la non-application par les juges du fond d'un usage de droit établi est toujours une violation de la loi²⁸ à moins que les parties n'aient expressément écarté l'usage en question, alors que la non-application par les juges du fond d'un usage de fait établi n'est une violation de la loi ou une dénaturation du contrat que si les parties se sont référées expressément à cet usage. Quant à l'application par les juges du fond d'un usage de droit, il ne constitue une violation de la loi ou une dénaturation du contrat que si les parties ont écarté expressément cet usage, alors que l'application par les juges du fond d'un usage de fait établi auquel les parties ne se sont référées ni expressément ni tacitement constitue une violation de la loi ou une dénaturation du contrat sinon un manque de base légale. Bien entendu l'existence ou l'inexistence d'un usage non codifié, qu'il soit un usage de droit ou de fait, reste une question de fait dont l'appréciation relève des juges du fond²⁹ sauf en ce qui concerne les usages de droit consacrés par la Cour de cassation. Mais lorsque l'usage est codifié, c'est-à-dire lorsqu'il a fait l'objet d'une codification privée, la mauvaise application de l'usage peut être un cas de cassation à travers la dénaturation du document qu'est le Code privé. Cette solution rappelle l'article 1.303 du Code de commerce américain (*Uniform Commercial Code*) qui s'exprime ainsi : « *The existence and scope of such usage must be proved as facts. If it is established that such usage is embodied in a trade code or similar code, the interpretation of the record is a question of law* ».

Après avoir tenté de dégager les intérêts de la distinction, il nous reste à en identifier les critères.

28. V. : Cass. civ. 4^e, n° 20, 26 févr. 2009 (*Sader Cass. civ.* 2009, p. 444) qui casse un arrêt de la cour d'appel pour violation de l'article 4 du Code de procédure civile et de l'usage de droit selon lequel la provision du chèque versé pour les besoins d'une action de « *chifaa* » doit demeurer bloquée jusqu'à la fin de l'action.

29. Cass. civ. 2^e, n° 80, 9 nov. 1999, *Cassandre* 1999, 11, p. 1073 ; Cass. civ. 8^e, n° 32, 31 mars 2003, *Cassandre* 2003, 3, p. 414 ; n° 22, 12 mars 2013, *Cassandre* 2013, 3, p. 462.

B. Les critères de la distinction

Un usage *contra legem* est sûrement un usage de droit. Pour qu'un usage puisse l'emporter sur un texte de loi, il est en effet logiquement nécessaire qu'il soit un usage de droit. En outre c'est la Cour de cassation, juge du droit, qui consacre l'usage *contra legem* à travers la limitation du domaine d'application ou de la portée du texte légal qu'elle écarte. Le seul critère permettant d'identifier les usages *contra legem* ainsi consacrés réside dans le fait qu'ils correspondent aux besoins propres du commerce non pris en considération par le texte.

L'usage de droit *contra legem* n'écarte pas toujours une loi impérative. Il peut simplement écarter une loi supplétive. Il en est ainsi en France de l'usage selon lequel la solidarité entre débiteurs est présumée en matière commerciale contrairement à l'article 1310 du Code civil qui déclare que pour que la solidarité entre débiteurs s'applique, il faut qu'elle ait été convenue. Cette solution est consacrée en droit libanais non pas par un usage *contra legem* mais par des textes : les articles 24, alinéa 3 du Code des obligations et des contrats et 256 du Code de commerce qui édictent une présomption de solidarité en matière commerciale contrairement au principe énoncé aux alinéas 1 et 2 de l'article 24 du Code des obligations et des contrats selon lequel la solidarité ne peut être présumée. Quant à l'usage de fait, il ne peut en lui-même s'appliquer au détriment d'une loi même supplétive, mais le juge, lorsque les parties s'y sont référées expressément ou implicitement, l'appliquera conformément à la loi supplétive elle-même qui ne se déclare applicable qu'en cas de silence du contrat. L'usage *contra legem* ne peut donc être un usage de fait.

Quant à l'usage auquel une loi précise renvoie ou se réfère, il peut être un usage de droit *secundum legem* (qui seconde la loi) ou un usage de fait, selon que ladite loi oblige ou n'oblige pas le juge à l'appliquer.

En droit libanais, deux articles permettent d'illustrer cette différence d'attitude de la part du législateur. Alors que l'article 302 du Code de commerce libanais prévoit que les « *remises (en compte courant) sont de plein droit productives d'intérêts au profit du remettant et à la charge du récepteur au taux fixé par la convention ou les usages, ou, à défaut, au taux légal* », l'article 292, alinéa 1 du même Code prévoit qu'« *à défaut de fixation conventionnelle ou de tarifs officiels la rémunération du courtier est déterminée par les usages ou arbitrée par le juge d'après les circonstances* ».

Dans le premier cas, le cas des intérêts applicables durant le fonctionnement du compte courant, le législateur, en cas d'absence d'accord sur le taux d'intérêt, oblige le juge à appliquer le taux fixé par l'usage, ou en l'absence d'usage le taux légal. Cette solution est consacrée dans un jugement n° 241 du 18 décembre 2014 de la troisième chambre du tribunal de première instance de Beyrouth³⁰. Dans le second cas, celui de la rémunération due au courtier, en l'absence d'accord des parties sur cette rémunération et de tarifs officiels, elle est déterminée par les usages ou arbitrée par le juge. Dans le premier cas, l'usage auquel se réfère le texte est un usage de droit. Dans le second, cet usage est un usage de fait. Pourtant un arrêt de la quatrième chambre de la Cour de cassation libanaise n° 127 du 1 novembre 2006³¹ considère que l'article 292 du Code de commerce renvoie à un usage de droit prévalant au Liban consistant dans la fixation de la rémunération du courtier à un pourcentage de 2.5 % du prix de vente à la charge de chacune des parties au contrat (vendeur et acheteur) cassant ainsi un arrêt d'appel qui avait fixé la rémunération du courtier à une somme forfaitaire moindre. Cette solution est critiquable à la lumière de l'article 292 du Code de commerce qui permet expressément au juge de fixer lui-même la rémunération non convenue et de réduire la rémunération convenue, lorsqu'il la juge hors de proportion avec la nature de l'affaire et les soins qu'elle comporte, à la juste rémunération du service rendu. Si le juge peut réduire la rémunération convenue, à plus forte raison peut-il la fixer en l'absence d'accord des parties, à un montant moindre que celui résultant de l'application du pourcentage de 2.5 %. Tel est le raisonnement adopté par la quatrième chambre elle-même de la Cour de cassation dans un arrêt plus récent n° 45 du 5 juin 2014³² qui considère à juste titre que l'usage qui consiste à fixer la rémunération du courtier à 2.5 % du prix de vente ne s'impose pas au juge, rejetant ainsi le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait fixé cette rémunération à 0.5 % de ce prix.

Mais *quid* lorsqu'aucune loi précise ne se réfère ou ne renvoie à l'usage ?

30. *Al Adl* 2015, 2, p. 994.

31. *Cassandre* 2006, 11, p. 2029.

32. *Cassandre* 2014, 6, p. 1120.

Dans ce cas, soit une loi supplétive donne elle-même la réponse à la question posée et l'usage ne peut alors être qu'un usage de fait qui ne s'applique au lieu et place de la loi supplétive que si les parties s'y sont expressément ou tacitement référées dans leur contrat ; soit la loi supplétive ne donne aucune solution, et alors, c'est l'usage qui s'applique à titre d'usage de droit *praeter legem*, usage auquel se réfèrent non seulement les articles 4 et 263 du Code de commerce libanais mais aussi l'article 4 du Code de procédure civile libanais : en l'absence de texte, tous ces articles obligent le juge à appliquer les usages. Tout usage, à condition qu'il apporte une réponse à la question posée est par conséquent, en l'absence de texte, un usage de droit.

Ainsi, les Règles et Usances uniformes en matière de crédit documentaire sont des usages de droit en l'absence de législation interne régissant les crédits documentaires. Telle est la position de la jurisprudence et de la doctrine dominantes françaises³³ qui considèrent que ces règles et usances s'appliquent à titre d'usages communément admis même lorsque les parties ne s'y sont pas référées. Telle semble être aussi la position de la jurisprudence libanaise³⁴.

C'est donc à l'aune de la loi, qu'elle y renvoie, qu'elle le contredise ou qu'elle l'ignore, qu'est mesurée la force obligatoire de l'usage et que celui-ci est qualifié d'usage de fait ou d'usage de droit.

En définitive, la pratique contractuelle est à l'origine de la règle de droit. Elle se transforme de nos jours très rapidement en usage. Transformée en usage de fait, elle régit les rapports des parties qui s'y sont référées expressément ou tacitement. Transformée en usage de droit, elle est appliquée par le juge aux parties qui ne l'ont pas choisie voire qui ne la connaissent pas. À force d'être ancrée dans les esprits, elle finit par

-
33. Cass. com., 14 oct. 1981, *D.*1982, p. 301, note M. Vasseur ; 7 oct. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 213 ; 5 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 328 ; en doctrine : J.-P. MATTOU, « Les apports des règles et usances uniformes 500 au droit des crédits documentaires », *Banque et droit* mai-juin 1994, n° 35, p.3 ; E. CAPRIOLI, « Les nouvelles règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire de la CCI (révision 1993- R. 44500) », *Cab. juridiques et fiscaux de l'exportation* 1993, n° 5, p. 1097 spéc. p. 1100 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, coll. Précis Dalloz, 1995, n° 759.
34. V. notamment : Cass. civ. 1^{re}, n° 39, 4 avr. 1968, *Rec. Baz* 1968, p. 242 ; Mont-Liban, 3^e ch., n° 3, 23 avr. 1991, *Les grands arrêts*, n° 9, p. 14.

être consacrée par le législateur et se transformer ainsi en loi. Certains dénoncent « *le pouvoir privé* » de créer le droit que détiennent ainsi des agents économiques³⁵. Mais c'est oublier que les normes qui émanent de la pratique contractuelle ne peuvent devenir des règles de droit que par la sanction du législateur sinon des tribunaux.

35. V. : P. KAHN, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », *Travaux Capitant* 1983, p. 237.

La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code de commerce : l'apport de la Banque du Liban

Alexandre NAJJAR

*Avocat à la Cour, Chargé de cours à l'École supérieure des affaires (ESA),
DESS de droit bancaire et financier, Doctorate in Business administration*

Permettez-moi tout d'abord de féliciter la Faculté de Droit de l'USEK pour l'organisation de ce colloque qui fait suite à un colloque précédent sur le Code de commerce. Ces initiatives, dues en grande partie au dynamisme du président Gaby Chahine, prouvent l'importance accordée par cette faculté aux travaux relatifs au droit commercial et la placent à l'avant-garde des universités libanaises dans ce domaine. Permettez-moi également d'exprimer toute mon admiration au Doyen Philippe Pétel, dont les écrits sont une référence aussi bien pour les juristes libanais que pour les juristes français. Sa présence dans ce panel est un honneur pour nous.

Mon intervention portera sur l'apport de la Banque du Liban (BDL) dans le domaine du droit commercial libanais. La léthargie du législateur libanais fait que notre droit commercial a peu évolué depuis la promulgation du Code de commerce en 1942. Face à cette carence, d'autres institutions ont pris la relève, notamment la Banque du Liban ou Banque Centrale, instituée en 1964, qui, dans le secteur bancaire, a initié des changements importants. Ce rôle de la BDL n'est pas nouveau : en 1967 déjà, à la suite de la faillite de la banque Intra, elle avait encouragé une réforme, adoptée par le législateur, qui avait aggravé la responsabilité des administrateurs des sociétés bancaires et organisé la faillite des banques en état de cessation

de paiements (loi n° 2/67 amendée par le D.-L. n° 44 du 5 août 1967 et par la loi n° 110/91).

De nos jours, nous pouvons relever trois domaines au moins du droit commercial où la BDL a pris l'initiative d'intervenir pour mieux réguler le secteur bancaire dont elle a la charge : le contrôle de l'administration de la SAL, la *corporate governance* et le secret bancaire que nous examinerons tour à tour.

Paragraphe 1. Le contrôle de la SAL

Nous savons que les commissaires de surveillance ont été investis par la loi d'une mission d'intérêt général de contrôle et de surveillance au profit des actionnaires (en les éclairant sur l'état de la gestion et en réunissant les assemblées en cas de carence du conseil d'administration), mais aussi au profit des dirigeants eux-mêmes (la comptabilité étant un instrument de gestion) et des tiers (créanciers, banques, investisseurs) qui ont à apprécier la situation financière de la société et qui ont besoin, à cet effet, de documents comptables et financiers fiables.

Le contrôle de la SAL classique est exercé au Liban par un commissaire de surveillance principal nommé par l'assemblée constitutive (articles 93 et 172 C. com.), puis par les assemblées générales ordinaires annuelles (article 196 C. com.), et par un commissaire de surveillance complémentaire (article 173 C. com.) nommé par ordonnance du tribunal du siège social, rendue sur requête du conseil d'administration dans les deux mois qui suivent la constitution de la société, puis tous les ans dans le mois qui suit la réunion de l'assemblée générale ordinaire. La durée des fonctions, qui est d'ordre public, est d'une année (article 172 C. com.) aussi bien pour les commissaires principaux que pour les commissaires complémentaires, sauf dans le cas de la société *holding* et de la société *offshore*, où le commissaire de surveillance « peut » être désigné pour une période de trois ans.

Dans les établissements bancaires et financiers (qui doivent nécessairement revêtir la forme d'une société anonyme), les commissaires de surveillance obéissent à un régime distinct, dérogeant aux dispositions des articles 172 et 173 du Code de commerce. Ce régime, institué par le Code de la monnaie et du crédit (CMC, articles 185 à 191), a été modifié

par le D.-L. n° 6102 du 5 octobre 1973 : le commissaire de surveillance est désigné par l'assemblée des actionnaires pour une durée de trois ans et doit remplir des conditions déterminées (alinéa 4 de l'article 186 CMC). En outre, les banques et les établissements financiers sont exemptés de la nécessité d'avoir un commissaire complémentaire nommé par le tribunal (alinéa 6).

D'après le Code de la monnaie et du crédit, il appartient à un seul actionnaire ou à un groupe d'actionnaires représentant au moins le dixième du capital de la banque ou de l'établissement financier de faire opposition à la nomination par l'assemblée générale d'un ou plusieurs commissaires de surveillance et de requérir du tribunal compétent la nomination d'un autre (ou d'autres) commissaire(s) (article 186, alinéa 5). Ces dispositions rappellent celles de l'article 225 de la loi française de 1966, modifié par la loi du 1^{er} mars 1984, et méritent d'être étendues à toutes les sociétés anonymes.

Par ailleurs, le statut des commissaires de surveillance au sein des établissements bancaires est soumis au D.-L. n° 1983 du 25 septembre 1971 qui régleme leur profession. La Commission de contrôle des banques précise aux commissaires aux comptes auprès des banques, par voie de circulaires, les procédures à suivre et les diverses obligations relatives à leur mission auprès des banques.

Pour contraignant qu'il soit, ce système a toutefois paru insuffisant dans le domaine bancaire où la BDL a pris l'initiative d'intervenir pour le renforcer dans le but d'améliorer la transparence des états financiers des banques et prévenir les crises.

Ainsi, la circulaire n° 122 de la Banque du Liban et la décision n° 10224 du 13 août 2009 sont venues apporter des modifications importantes au régime légal du commissaire de surveillance des banques, encore que ces modifications soient discutables dans la mesure où une décision de la BDL ne saurait amender une loi en vertu des principes qui régissent la hiérarchie des normes, un arrêté ou une décision ne pouvant amender un décret ou une loi, et l'article 174 CMC n'habilitant la BDL à émettre que des directives et des règlements généraux destinés à assurer une meilleure relation entre les banques et leurs déposants ou agents, ainsi que des règles destinées à mieux sauvegarder la liquidité et la solvabilité des banques.

Ainsi, la décision n° 10224 impose désormais « *aux banques exerçant au Liban de nommer deux commissaires de surveillance (au lieu d'un seul) pour contrôler leurs comptes, conjointement et solidairement* », et ce, à partir de l'année fiscale 2010, et dispose que « *le commissaire de surveillance est nommé pour trois années renouvelables à condition que soit opérée une rotation entre les partenaires au sein de l'institution exerçant les fonctions de commissariat de surveillance et que soit changé chaque cinq ans le partenaire chargé de la surveillance*¹ ».

Selon la décision intermédiaire de la BDL n° 10706 du 21 avril 2011 (circulaire intermédiaire n° 253), il incombe également au comité d'audit institué au sein des sociétés bancaires d'assister le conseil d'administration dans la supervision des commissaires de surveillance externes. Le comité joue même un rôle dans la nomination de ceux-ci puisqu'il doit émettre son avis à leur propos avant leur nomination, après avoir vérifié qu'ils disposent des ressources humaines et matérielles suffisantes, qu'ils sont conformes aux standards éthiques, et qu'ils justifient d'une expertise scientifique et pratique pour exercer leurs activités, en tenant compte du volume de la banque et de la complexité et la variété de ses opérations (article 6, alinéa 3). C'est également ce comité d'audit qui propose les conditions qu'ils doivent remplir et leur rémunération annuelle, qui discute avec eux de leurs rapports, qui fixe les missions spéciales qui peuvent leur être assignées, et qui évalue « *leurs performances, leur autonomie et leur objectivité* ».

Dans ce même cadre, selon l'article 2.8 de la décision n° 6989 de la BDL, datée du 4 juin 1998, lorsqu'une société-mère de type holding est immatriculée au Liban et est liée à des banques ou à des établissements financiers libanais ayant leurs activités au Liban ou à l'étranger, elle est tenue de désigner les mêmes commissaires de surveillance que ceux des banques ou établissements financiers dans lesquels elle détient des participations.

Enfin, la circulaire n° 135 de la BDL (décision n° 12116 du 26 octobre 2015) relative à la restructuration des dettes d'une entreprise, a donné à la banque ou l'institution financière créditrice la possibilité d'exiger la nomination d'un second commissaire de surveillance chargé de contrôler

1. A. NAJJAR, *L'Administration de la SAL*, Bruylant/Point-Delta, 3^e éd., 2017, n° 390 et s.

l'entreprise en question. Là aussi, on peut s'interroger sur la légalité d'une telle mesure exorbitante du droit commun.

Quoi qu'il en soit, ce renforcement du contrôle des banques par la BDL va dans le sens de la *corporate governance*, une notion où la Banque centrale a joué un rôle considérable

Paragraphe 2. La *corporate governance*

Fruit d'un travail collectif de l'*American Law Institute* achevé en 1993, et d'un Code de bonne conduite (« *Code of Best Practice* ») établi en Grande-Bretagne en 1992 par une commission présidée par Sir Adrian Cadbury, le concept de « *corporate governance* » (en français : gouvernement ou gouvernance d'entreprise) a fait couler beaucoup d'encre. Il désigne les standards de bonne conduite applicables aux dirigeants de société et l'aménagement, sous un angle déontologique, de la direction et du contrôle de la société anonyme. Il vise à combattre l'incurie des dirigeants et à restaurer la confiance des épargnants, et implique une réflexion sur le rôle et les responsabilités des administrateurs. Selon les « *Principes de gouvernance d'entreprise pour les banques* » du Comité de Bâle (juillet 2015), il s'agit d'un « *ensemble de relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes (stakeholders), qui établissent le cadre dans lequel sont fixés les objectifs de la société ainsi que les moyens de les atteindre et d'en contrôler la réalisation. La gouvernance d'entreprise contribue à définir l'attribution des pouvoirs et des responsabilités, ainsi que les mécanismes de prise de décision* ».

Ce concept relève surtout de la *soft law* (ou droit souple) qui revêt un caractère plutôt volontariste. Dans le cadre de la *corporate governance*, on assiste en effet à un foisonnement de recommandations et de codes de bonne conduite conçus et normalisés par des organisations professionnelles ou internationales (comme l'OCDE ou le Comité de Bâle) pour les sociétés cotées, mais largement transposables aux sociétés non cotées ou familiales. Il s'agit là d'un corpus de règles dépourvues de sanction juridique, mais non de sanction économique. Sensibles à ces recommandations, les autorités étatiques et le législateur interviennent de plus en plus dans ce domaine à travers des lois, directives ou circulaires ayant un effet contraignant.

Au Liban, où les entreprises sont souvent familiales, ce qui implique une concentration des pouvoirs de décision, et où les sociétés cotées en Bourse sont rares, le législateur n'a pas encore jugé bon d'apporter des modifications au Code de commerce pour l'adapter aux principes de *corporate governance*, bien que plusieurs institutions et rapports aient préconisé une telle réforme². Seul, le secteur bancaire a été soumis à une série de directives et réglementations visant à plus de transparence³. La BDL a ainsi émis la décision de base n° 9382 et la circulaire de base n° 106 du 26 juillet 2006 relatives au gouvernement d'entreprise au sein des banques ainsi que la décision de base BDL n° 9725 et circulaire de base n° 112 du 27 septembre 2007 relatives au gouvernement d'entreprise dans les banques islamiques, introduisant ainsi, pour la première fois, cette notion en droit libanais.

En janvier 2011, l'Association des banques du Liban a publié des « *Directives relatives à la gouvernance d'entreprise dans les banques opérantes au Liban* » comportant une série de recommandations relatives à la responsabilité, aux compétences, à l'indépendance et à la rémunération des administrateurs de banques, à la direction générale et à la gestion du risque. Dans la foulée de ces directives, une décision intermédiaire de la BDL n° 10708 du 21 avril 2011 (circulaire intermédiaire n° 255) sur la *corporate governance* est venue imposer aux banques libanaises de nouvelles conditions visant à les mettre en conformité avec le document sur « *le renforcement de la gouvernance d'entreprise pour les organisations bancaires* »

-
2. V. Ph. HAGE-BOUTROS, « Les entreprises libanaises en mal de gouvernance », *L'Orient-Le Jour*, 23 sept. 2015 ; Sh. NAKHOUL, « Corporate governance is a must for family business », *Lebanon opportunities*, mai 2016, p. 30 ; Ch. KARAM, *Le gouvernement d'entreprise familiale au Liban*, thèse Université de Bordeaux, 2006 ; N. SAÏDI, « Corporate governance and business ethics in Lebanon », *RDCL*, 28 avril 2004 ; A. SAFIEDDINE, « Corporate governance in Lebanon: an empirical investigation », *Journal of Corporate Ownership and Control* 2005 ; et les travaux de la *Task force on corporate governance for Lebanon* instituée par la Lebanese Transparency Association qui a publié plusieurs études sur la question : le *Lebanese Code of corporate governance* du 13 juin 2006 comportant une partie relative aux conseils d'administration, le *Reference guidebook on the corporate governance of family-owned enterprises*, le *Corporate governance guidelines for listed companies* et le *Corporate governance guidelines for listed companies*.
 3. Alem & Associates et Étude Badri & Salim El Meouchi, *A review of the legal and regulatory framework pertaining to the corporate governance of banks in Lebanon*, IFC/Association des banques du Liban ; E. R. CHÉDID et G. SALAMÉ, *Recent enhancements to corporate governance in Lebanese banks*, SNR Denton, 2011.

émis par le Comité de Bâle en septembre 1999. Cette décision de la BDL exige notamment que chaque banque établisse son propre « *Guide de gouvernement d'entreprise* » incluant des informations sur la composition du conseil d'administration, les comités issus du conseil, le mécanisme de communication entre le conseil et la direction, les rémunérations des administrateurs, les plans de succession, etc.

Une décision intermédiaire de la BDL n° 10706 du 21 avril 2011 (circulaire intermédiaire n° 253) est venue modifier une décision de base n° 9956 du 21 juillet 2008 (circulaire de base n° 118), pour exiger, par dérogation aux dispositions du Code de commerce qui ignore cette notion, la présence d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des banques et des comités spécialisés, et pour préciser les tâches et les règles de fonctionnement des comités d'audit et des risques.

Une décision de base n° 11821 (circulaire de base n° 132) du 6 août 2014 a également institué un comité des rémunérations chargé d'assister le conseil dans la détermination de la politique de rémunération des administrateurs et des directeurs, en vue d'une plus grande transparence et pour éviter les abus. Ce comité, et les autres comités spécialisés (Comités d'audit, des risques et AML/CFT) instaurés à la demande de la BDL selon le modèle des Comités d'études prévus par l'article 153 du Code de commerce, de même que l'exigence de la présence de trois administrateurs indépendants au moins au sein de chaque conseil⁴, et les recommandations concernant la formation continue des administrateurs, vont assurément dans le sens d'une meilleure application des principes de la *corporate governance* aux sociétés bancaires.

Mais on peut regretter que ces mesures, préconisées par la BDL qui a joué, avec l'ABL, un rôle de pionnière dans ce domaine, ne concernent que les établissements bancaires et ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une réforme plus globale de notre droit des sociétés commerciales.

4. A. NAJJAR, « L'administrateur indépendant », *Al-Adl* 2016, 3, p. 1278 ; *Bulletin de l'Association des banques du Liban*, août 2016, n° 7, p. 63.

Paragraphe 3. Le secret bancaire

Enfin, dans un domaine qui relève du droit commercial mais qui ne figure pas pour autant dans le Code de commerce, à savoir le secret bancaire, la BDL a joué également un rôle déterminant, pavant la voie au législateur qui, sous la pression des organisations internationales comme le GAFI ou l'OCDE, a rétréci le champ d'application du secret bancaire, institué par la loi du 3 septembre 1956, considéré comme l'épine dorsale du secteur bancaire libanais⁵.

Cédant aux pressions internationales, le Parlement libanais a voté la loi n° 308 du 20 avril 2001 qui a réglementé la lutte contre le blanchiment des capitaux en incriminant 7 activités illicites (n'incluant pas l'évasion fiscale) et en créant la Commission d'enquête spéciale ou CES (SIC en anglais) au sein de la BDL, chargée de lever le secret bancaire sur les comptes suspects selon des conditions précises. Cette loi a été aussitôt suivie d'une circulaire de base de la BDL n°83, datée du 18 mai 2001, amendée plusieurs fois depuis, qui comporte une batterie de mesures, visant à « *contrôler les opérations avec les clients pour éviter d'être impliqués dans des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme* ». Chaque banque opérant au Liban doit désormais instituer un Comité du conseil AML/CFT et une Unité de conformité AML/CFT.

Outre cette circulaire, de nombreuses autres circulaires ont été émises au sein de la Banque au Liban concernant la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, et les sanctions contre le Hezbollah.

Cédant une nouvelle fois aux pressions du GAFI, le Parlement libanais a voté la loi n° 44 du 24 novembre 2015 sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme qui a élargi le champ d'application de la loi qui est passé de 7 crimes à 21 crimes, dont l'évasion fiscale. Le 4 mai 2016, une décision intermédiaire de la BDL n° 12255 (circulaire intermédiaire n° 421) est venue régler le comité

5. P. MORCOS, *Le secret bancaire face à ses défis*, Bruylant, 2008 ; ID., *Les banques libanaises face aux défis juridiques et mondiaux*, Beyrouth, 2013 ; A. NAJJAR, *Le secret bancaire au Liban à l'épreuve de la lutte contre les activités illicites ; approche néo-institutionnelle*, ESA, 2017 ; F. NAMMOUR, *Droit bancaire*, Delta, 2003 ; Dossier *Le Commerce du Levant*, novembre 2016.

appelé AML/CFT afin de mieux suivre l'application des lois relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Ces circulaires de la BDL, conjuguées avec les dispositions législatives, vont dans le sens d'une plus grande transparence des opérations bancaires, mais elles affectent aussi le secret bancaire puisqu'elles imposent aux banques une obligation de vérification quant à l'identité de chaque client, la source de ses fonds, la légalité, la destination et les motifs de l'opération envisagée, et que les banques libanaises sont désormais tenues à un devoir de divulgation de toute opération suspecte à la Commission d'enquête spéciale qui prendra alors les mesures qui s'imposent, y compris la levée du secret bancaire.

En outre, dans le domaine de l'échange automatique d'informations, la BDL a émis en date du 5 août 2016 une décision de base n° 12309 (circulaire de base n° 138), avant même le vote de la loi par le Parlement, pour exhorter les banques libanaises à fournir à la Commission d'enquête spéciale les informations fiscales que les autorités étrangères demandent à propos de leurs résidents via le ministère libanais des Finances « *en attendant la ratification des lois et accords proposés par le ministère des Finances en conformité avec les recommandations internationales émises par le Global Forum et par l'OCDE* », en justifiant cette mesure par « *la sauvegarde du risque de réputation auquel les banques et les institutions financières seraient exposées et en vue de préserver l'intérêt national supérieur qui exige que le Liban maintienne des relations bancaires et financières avec ses correspondants* ». La BDL a ainsi anticipé le vote de la loi n° 55 du 27 octobre 2016 relative à l'échange automatique d'informations, craignant que le Liban ne s'expose à des sanctions si cette dernière loi n'avait pas été votée dans les délais. Elle a pris les devants et joué le rôle du Parlement qui était alors paralysé afin d'apaiser les organisations internationales dans l'attente du vote souhaité...

On peut affirmer aujourd'hui que, dans le domaine du secret bancaire, le phénomène d'acquiescement, phénomène étudié dans le domaine des sciences de gestion, est devenu la règle. Les banques libanaises ont dû céder aux pressions par crainte de sanctions et du danger d'être marginalisées ou bannies par les banques correspondantes et, pour se conformer aux lois et aux directives de la BDL, ont créé en leur sein des départements de conformité, des unités de conformité (« *compliance unit* ») et des comités spécialisés, dont le comité AML/CFT, et ont fait signer à tous leurs clients

américains ou libano-américains des déclarations (*waivers*) imposées par FATCA. Elles doivent désormais respecter les dispositions de la loi relative à l'échange automatique d'informations, sous peine de lourdes sanctions. On assiste ainsi à un alignement des banques sur les normes consacrées par le législateur libanais, sur les recommandations (*soft law*) de l'Association des banques au Liban et sur les directives de la BDL qui a joué un rôle essentiel dans le rétrécissement du champ d'application du secret bancaire qui, malgré la récente tentative avortée du Ministère des Finances de soumettre les comptes bancaires à l'impôt sur les successions, devrait survivre, à tout le moins pour les comptes bancaires d'un résident libanais n'ayant aucune relation avec l'étranger.

Pour conclure, on voit bien que la BDL, dans trois domaines au moins, a pris des initiatives louables pour compenser la carence du Parlement ou compléter la loi, et a ainsi contribué à l'évolution du droit commercial libanais. Si l'on peut regretter que la BDL outre passe parfois ses pouvoirs et se comporte en législateur, il n'en demeure pas moins qu'elle a eu le mérite d'introduire au Liban la notion de *corporate governance* et qu'elle a pris, tant dans le domaine du contrôle de l'administration des sociétés bancaires que dans celui de la lutte contre les activités illicites qui, à l'évidence, est difficilement compatible avec une application stricte du secret bancaire, des initiatives destinées à prémunir le secteur bancaire contre ce qu'on appelle « *le risque de réputation* » et contre les menaces de sanctions brandies par les organisations internationales et par les États-Unis, qui, de manière hégémonique, s'érigent en gendarmes financiers du monde mais refusent de se conformer eux-mêmes aux règles qu'ils imposent aux autres.

L'apport du législateur libanais : l'exemple de la loi sur les marchés financiers

Initiation aux dimensions règlementaire et juridictionnelle
de l'Autorité des Marchés Financiers en droit libanais¹

Gaby CHAHINE

Professeur des Universités et juge judiciaire

En dépit d'un contexte politique national tendu, voire par intermittence explosif, qui rumine depuis déjà le XIX^e siècle ce que le grand historien français G. Maspéro appelle les « *petits combats pour la défense de petits intérêts*² », le législateur libanais n'a pas entièrement abandonné la piste de la législation commerciale. Ainsi, sans oser toucher à ce désormais monument de notre droit commercial, à savoir le Code de commerce du 24 décembre 1942 et l'ensemble des textes qui lui ont été intégrés, il a subi les pressions internationales et a dû se résigner à suivre l'impulsion de la Banque du Liban et des milieux financiers et des affaires, votant ainsi plusieurs lois commerciales ponctuelles durant les deux dernières décennies.

S'il n'y a pas lieu de dresser, dans les développements qui suivent, un inventaire complet de ces lois, hautes en couleur, tant elles façonnent

-
1. L'auteur remercie cordialement tous ceux qui, par leurs conseils, ont participé à l'aboutissement de ce travail, notamment Messieurs les professeurs Nasri Diab, Fadi Nammour et Melhem El Kik.
 2. G. MASPÉRO, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient classique*, Hachette, 1897, cité par Gh. TUÉNI, *Une guerre pour les autres*, Éditions Dar-An-Nahar 2004.

un nouvel ordre juridique de la finance, nous citons toutefois à titre d'illustration :

La loi n° 192/1993 du 4 janvier 1993 sur le soutien à la fusion des établissements bancaires ;

La loi n° 520/1996 du 6 juin 1996 sur la fiducie ;

La loi n° 160/1999 du 27 décembre 1999 sur le crédit-bail ;

La loi n° 705/2005 du 9 décembre 2005 sur la titrisation des actifs ;

La loi n° 706/2005 du 9 décembre 2005 sur l'investissement collectif en valeurs mobilières ;

La loi n° 160/2011 du 17 août 2011 sur le délit d'initié et autres délits et manquements de nature financière.

Parmi cet apport législatif, nous nous consacrerons, tout au long des développements qui suivent, à la loi n° 161/2011 du 17 août 2011, portant réglementation des marchés financiers au Liban.

Joyau de la législation financière, cette loi bouleverse de fond en comble le paysage du droit de la finance, voire aussi, celui du droit commercial en général et du droit des sociétés commerciales en particulier.

Cependant, cette loi demeure pourtant largement méconnue du public libanais des juristes et du monde des affaires. Ainsi, hormis une poignée de spécialistes initiés, emmenés, de par leur activité professionnelle, à côtoyer ces nouvelles dispositions législatives, les avocats, juges et investisseurs demeurent étrangers à ce nouveau droit de la finance.

Pourtant, cette nouvelle loi sur les marchés financiers introduit dans notre droit une architecture nouvelle des marchés financiers, et place à leur tête l'Autorité des marchés financiers (AMF) investie d'un véritable statut juridique sur mesure, parce qu'à la fois indépendante dans ses fonctions, autonome dans ses dépenses, ne rendant compte ni au gouvernement ni à un quelconque ministre de tutelle.

L'AMF³, telle que créée par la loi sujet de notre étude, est une structure quadricéphale, formée de quatre organes collégiaux énumérés par l'article 3 de la loi 161/2011, ce sont :

-
3. Pour une présentation de la structure de l'AMF en droit français, V. : N. DECOOPMAN « La nouvelle architecture des autorités financières. Commentaire du volet institutionnel de la loi de sécurité financière », *JCP* 2003, I, 169 ; « La mise en place de l'Autorité des marchés financiers (décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003) », *JCP* 2004, n° 1, Actu. 1, p. 2.

1. Le *collège*, véritable organe décisionnel de l'AMF⁴ ;
2. Le *secrétariat* général, essentiellement chargé de poursuivre l'application des décisions du collège et de la commission des sanctions ;
3. *L'unité de contrôle* des marchés financiers, laquelle assume les aspects de contrôle juridique et aussi technique ;
4. *La commission des sanctions*, véritable bras répressif du conseil, assume une mission quasi juridictionnelle⁵.

Le nouveau droit financier libanais fait donc de l'AMF une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. C'est un statut original⁶ souple et efficace, mais ce n'est pas un statut *sui generis*, comme celui de la Banque du Liban tel qu'issu de la loi sur la monnaie et le crédit du 1^{er} août 1963. Par ailleurs, ce statut semble similaire à celui de la plupart des autorités de régulation étrangères⁷.

L'indépendance de l'AMF est la conséquence directe de sa personnalité morale, de l'autonomie patrimoniale dont elle dispose, mais aussi des règles qui régissent son fonctionnement.

Tout d'abord, l'AMF n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique du gouvernement, même si le lien avec l'exécutif (les ministres des Finances publiques et parfois de la Justice) n'est pas entièrement absent.

Ensuite, le statut de ses membres vient confirmer cette indépendance.

Enfin, l'indépendance signifie que l'AMF dispose d'une importante autonomie fonctionnelle : elle détermine seule les actions à mettre en œuvre pour exécuter les missions qui lui sont confiées par la loi, et rend compte chaque année au Gouvernement par le biais d'un rapport.

4. Th. BONNEAU et Fr. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, p. 350, n° 251.

5. J.-P. COSTA, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? Quasi-juridiction ? Pseudo-juridiction ? », *RFDA* nov. - déc. 2005, p. 1174.

6. V. sur ce sujet M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, p. 622.

7. V. *Dictionnaire permanent Épargne et Produits financiers*, Bull. n° 339, sept. 2003, p. 1574.

L'autonomie juridique de l'AMF devrait, en principe, induire un régime de responsabilité. Le droit libanais est resté muet sur cette question, mais on peut désormais nous inspirer de la jurisprudence et de la doctrine françaises qui sont allées dans ce sens⁸.

L'AMF est une autorité publique certes, mais elle paraît de plus en plus ambivalente. Sa composition, qui trahit la volonté de sa professionnalisation, reflète le refus du législateur de choisir entre une autorité de régulation purement administrative et une autorité qui soit purement professionnelle. En effet, notre législateur a opté pour l'une et pour l'autre⁹.

Cette autorité est désormais, à la lumière des textes de la loi 161/2011, le régulateur naturel de la finance ; elle en est aussi, son juge qui lui aussi est présenté comme naturel.

C'est à ces aspects des choses que nos propos seront dédiés. Nous tenterons, à travers une lecture empirique de la loi, en observant la pratique et par le biais d'exemples concrets, d'identifier quelques nouveautés juridiques dont cette loi est la source mais aussi de révéler les quelques zones grises qui sembleraient persiller le texte et qui soulèvent chez les rares praticiens des doutes et des questionnements multiples.

Nous nous intéressons aussi à identifier, au gré des textes de la loi, les points de contacts qu'elle entretient avec le droit classique des sociétés anonymes qui semblerait comme happé par la centrifugeuse moderne de la finance vers des aspects encore méconnus.

Notre intervention aux actes de ce colloque se veut une initiation à cette loi, non une présentation. Une initiation sélective, non point laconique.

-
8. TA Paris, 11 avr. 2002, *Dr. adm.* oct. 2002, n° 168 ; T. confl., 26 mai 2011, *Sté Europe Finance et Industrie c/ AMF*, *RTD com.* 2012, p. 96, obs. G. Orsoni. V. aussi : J. Ph. PONS-HENRI, « Protection de l'épargne : l'AMF responsable ? », *Bull. Joly Bourse* 2012, p. 594.
 9. S. THOMASSET-PIERRE, « L'autorité des marchés financiers, une autorité publique ambivalente », *Mélanges AEDBF-France IV*, Revue Banque éditions, p. 417.

Paragraphe 1. L'AMF, régulateur naturel de la finance

« Après avoir longtemps vanté les mérites de la dérégulation et de la déréglementation des marchés financiers (...), les marchés ont découvert le revers de la médaille (...) » écrivait Antoine Reverchon dans *Le Monde Économie*, le 27 octobre 2008.

Si la finance se présente de nos jours comme la nouvelle religion du capitalisme, et s'affirme comme un formidable moyen de création de richesses, il n'en est pas moins sûr qu'elle recèle des dangers. L'affaire *ENRON* de 2001 et la crise des *sub-primes* de l'été 2007¹⁰ en sont des exemples topiques.

Face à ce constat, la régulation¹¹ – peut-être pas le droit (!) – semble être une nécessité. Réguler c'est guider dans la souplesse non par la contrainte. C'est sous ce signe que l'on doit comprendre certaines dispositions de la loi 161/2011 relatives à l'éthique, aux codes de bonnes pratiques et à la *corporate governance*.

Se conformant aux standards internationaux¹² en matière de rationalisation et de contrôle du marché financier¹³, le législateur libanais a confié la régulation financière à l'AMF, conçue comme un organe spécialisé. Il en a fait même le régulateur naturel de la finance, en vertu de l'article 5 de la loi 161/2011 lequel lui assigne les deux missions de gardienne de la prospérité mais aussi de la sécurité de la finance.

A. L'AMF, gardienne de la prospérité de la finance

Deux verbes d'actions montrent tout l'intérêt du législateur à faire de l'AMF une locomotive de la finance. Ainsi, nous pouvons lire dans le

10. Voir à ce sujet D. MARTEAU, *Monnaie, Banque et marchés financiers*, Economica, 2008, p. 277 et s.

11. Voir dans ce sens, Cl. BÉBÉAR, *Ils vont tuer le capitalisme*, Plon, 2003.

12. La directive n° 2003/6 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 ; mais aussi le droit américain qui a été à la base de la création de la SEC (*Securities and Exchange commission*).

13. Le marché est souvent défini comme un lieu fictif de rencontre entre acheteurs et vendeurs où se déroulent des transactions, V. : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004.

texte de l'article 5 précité *in limine* que l'AMF doit « *encourager* » (...) (et) « *développer* » les marchés financiers au Liban.

Par ailleurs, le même texte précise qu'il incombe à l'AMF d'entreprendre toutes les actions nécessaires pour le développement du marché (...).

Afin d'illustrer son action de promotrice du marché, nous avons choisi l'exemple de la règlementation du *crowdfunding* qui fut l'un des premiers actes tangibles entrepris par l'AMF dans ce cadre.

L'exemple du crowdfunding

En vertu de ses attributions de régulation, l'AMF a introduit le Liban dans l'ère de l'économie numérique par le biais de l'arrêté de son président n° 3 du 11 juin 2013¹⁴ introduisant dans notre système juridique le financement participatif ou *crowdfunding*¹⁵. Nous n'allons pas nous intéresser aux formalités nécessaires afin de recevoir l'agrément de l'AMF en vue de monter et de gérer une opération de *crowdfunding* en droit libanais, laquelle question a été déjà amplement traitée¹⁶. Nous nous intéresserons, par contre, à présenter cette formule innovante rendue désormais juridiquement possible¹⁷ grâce à la loi 161/2011.

-
14. Cet arrêté a été rendu suite à la décision du conseil de l'AMF du 28 mai 2013 et publié au Journal officiel n° 27 du 20 juin 2013.
 15. Sur l'accueil de cette formule innovante au Liban, V. l'article de presse « Financement participatif : une nouvelle solution pour les start-up de la zone Mena », publié le 1^{er} août 2013 au *Commerce du levant* par Cyrille NÈME.
 16. V. sur cette question F. NAMMOUR, « La régulation libanaise du *crowdfunding* », *Revue internationale des services financiers*, Bruylant, n° 2, 2014, p. 64 et s.
 17. La toute dernière opération en date de *crowdfunding* au Liban a été relatée par la presse économique pour son originalité, V. l'article de presse « Boshies : le tarbouche revisité dépasse son objectif de *crowdfunding* », publié le 30 octobre 2017 au *Commerce du levant* par J. B.

Le *crowdfunding*¹⁸ est apparu aux États-Unis¹⁹ après la crise financière de 2008 en réponse aux difficultés rencontrées par les petites entreprises et les *startups* pour lever des fonds²⁰. Il a été favorablement accueilli par le droit français qui lui consacre désormais un nouveau décret (n° 2016-1453 du 28 octobre 2016).

Il est défini comme étant l'activité d'appel public à l'épargne en vue de financer des PME et des *startups* par le biais d'une plateforme électronique gérée par une institution spécialisée²¹. Les actions ou les parts de la société naissante à financer étant proposées à la souscription du public soit directement soit via la souscription au capital d'une entité légale²², elle aussi, spécialisée (*special purpose vehicle*) et agréée par l'AMF.

Cette formule, permet donc le recours à l'outil informatique et au réseau internet²³ afin de piloter, totalement ou partiellement, l'ensemble des étapes juridiques de formation des sociétés commerciales innovantes bénéficiant d'un tel financement, sans préjudice des dispositions du Code de commerce²⁴, notamment les articles 79 à 102 relatifs à la formation et la souscription au capital des sociétés anonymes.

-
18. En France, on compte 51 plates-formes de financement participatif : 22 offrent la possibilité d'effectuer des dons, 20 des prêts et 12 des souscriptions de titres, certaines assurent plusieurs services (L. BOCCARA, « Les atouts et les pièges du "crowdfunding" », *Les Échos*, 23 et 24 oct. 2015, p. 38). Les fonds collectés représentent 133,2 millions au premier semestre 2015. Ils ont très largement augmenté en un an, passant de 19,1 à 23,7 millions d'euros pour le don, de 37,4 à 85,2 millions d'euros pour le prêt et de 9,7 à 24,3 millions d'euros pour la souscription de titres. V. : B. FRANÇOIS, *Rep. soc. Dalloz*, « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », 2016.
 19. Par le biais du *JOB Act* du 5 avril 2012. V. à ce sujet F. NAMMOUR, « La régulation libanaise du *crowdfunding* », p. 64.
 20. V. The World Bank, *Crowdfunding's Potential for The Developing World*, 2013, p. 8, <<http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/2013/01/18806928/crowdfundings-potential-developing-world>>.
 21. Cette institution doit être une société anonyme de droit libanais, spécialisée dans le financement participatif, et dont le capital social devra être au moins égal à un milliard de livres libanaises. Elle peut aussi être une branche d'une société étrangère spécialisée, à condition d'affecter le même capital exclusivement à son activité sur le territoire libanais. Par ailleurs, l'institution devra obtenir l'agrément de l'AMF.
 22. Laquelle peut être une caisse d'investissement ou une société d'investissement spécialisée dans l'acquisition de participation au sein de sociétés naissantes à financer.
 23. V. art. 10 de l'arrêté du 11 juin 2013.
 24. V. art. 11 de l'arrêté du 11 juin 2013.

Si l'on peut identifier, dans la pratique mondiale, quatre types²⁵ de *crowdfunding*, l'AMF libanaise a choisi de règlementer uniquement le financement participatif par souscription de titres (*equity-based crowdfunding*) dans lequel les investisseurs apportent des fonds à une société et en deviennent ainsi associés²⁶.

Nous retrouvons à cet égard une autre preuve de complémentarité entre le rôle régulateur de l'AMF et le droit libanais des sociétés. Il s'agit du *compte autonome* qui doit être géré par l'institution pour chaque opération de *crowdfunding*. En effet, l'article 1^{er} de l'arrêté du 11 juin 2013, prévoit le blocage dudit compte auprès d'une banque libanaise agréée, et ce jusqu'à l'accomplissement de la souscription et dans un délai maximal ne pouvant dépasser les 180 jours. Ceci ne va pas sans nous rappeler les dispositions de l'article 85 du Code de commerce relatif à la constitution des sociétés anonymes²⁷ qui prévoyait déjà des règles similaires.

Cependant, l'AMF ne se contente pas de promouvoir le placement financier, elle se consacre également à le sécuriser.

B. L'AMF, gardienne de la transparence de la finance

À côté de son rôle de motrice de l'investissement, la loi 161/2011 assigne à l'AMF, une autre mission centrale, celle de sécuriser le monde de la finance. Plusieurs textes de ladite loi plaident dans ce sens, parmi lesquels il serait utile de souligner l'article 5 qui confie à l'AMF la réduction des risques systématiques (art. 5 – b), la protection des investisseurs des pratiques illicites ou irrégulières ou même inévitables (art. 5 – c), l'encadrement du droit des investisseurs d'accéder aux informations (art. 5 – d). etc.

25. Le financement participatif par don (*donation-based crowdfunding*), le financement participatif par récompense (ou don contre don) (*reward-based crowdfunding*), le financement participatif par prêt (*debt-based crowdfunding*), le financement participatif par souscription de titres (*equity-based crowdfunding*). V. : B. FRANÇOIS, « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », n° 196.

26. V. art. 9 de l'arrêté du 11 juin 2013.

27. V. à ce sujet É. TYAN, *Droit commercial*, Hachette Antoine, 2^e éd. mise à jour par N. TYAN, M. AFFEICH KARAM et A. NAJJAR, 2017, t. 1, p. 540 et s., n° 468 et s.

L'AMF veille donc à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers. C'est par le biais de la transparence, érigée en principe du droit financier, codifiée dans ses aspects techniques, et pénalement sanctionnée²⁸, qu'elle assure la mise en place de son système de sécurité.

Dans la poursuite de l'objectif de transparence, elle prend en compte les objectifs de stabilité financière en diffusant les bonnes pratiques et recommandations issues des standards internationaux de protection financière et de *corporate governance*.

Ainsi, à des fins de transparence à l'égard des investisseurs, les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché financier et pour lesquelles l'AMF est l'autorité compétente sont tenues de rendre publics un certain nombre de documents. Il en va de même des émetteurs des instruments financiers mentionnés par l'article 2 de la loi 161/2011 qui sont admis aux négociations sur le marché réglementé.

Dans l'exercice de ce rôle, l'AMF dispose, à l'image de son homologue française²⁹, d'un pouvoir étendu issu de son pouvoir réglementaire mais aussi de ses compétences en matière de décisions individuelles, d'injonctions et de sanctions³⁰.

Aussi, les chapitres 6 et 7 de la loi 161/2011 sont-ils entièrement consacrés aux règles de transparence à travers l'établissement d'une obligation d'information à la charge des émetteurs de valeurs mobilières et d'un véritable devoir de déclaration concernant le seuil de participation au sein de sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

C'est à travers l'examen de ces deux aspects que nous allons illustrer cette mission de sécurisation qui est celle de l'AMF.

28. V. à ce sujet : F. NAMMOUR, « La protection de l'information financière en droit libanais », in *Mélanges Jean-Jacques Daigre*, éd. Joly, p. 569 et s.

29. Sur les missions de l'AMF en France, V. : Y. PACLOT, *Rép. soc. Dalloz*, « Autorité des marchés financiers », septembre 2014, spéc. n° 61 et s.

30. V. art. 11 de la loi 161/2011.

1. L'exemple de l'obligation d'information des sociétés faisant appel public à l'épargne

Cette obligation incombe à toute société faisant appel public à l'épargne³¹, elle se manifeste en amont de l'activité sociale et doit être maintenue en aval de la vie sociale.

À qui incombe l'obligation d'information ? C'est en présence de souscription publique que les mesures de sécurisation et de transparence prévues par le chapitre 6 de la loi doivent être observées. La notion de souscription publique est définie par l'article 36 de la loi comme étant toute opération de souscription en cas d'émission ou de vente, mais également en cas d'offre d'émission ou d'offre de vente de valeurs mobilières durant une période déterminée à destination du public libanais ou international, directement par l'émetteur desdites valeurs ou indirectement. Le même article confie à l'AMF le soin de définir la notion de public et de déterminer la période d'émission ou de vente.

Nous ne pouvons à cet égard que regretter l'absence, jusqu'à présent, de toute définition officielle de la notion de public, tant la question est susceptible de bouleverser le droit classique des sociétés anonymes. En effet, le Code de commerce libanais (art. 81 et s.) fait de l'appel au public pour la souscription un élément inhérent à la formation de toute société anonyme – hormis bien entendu les cas où la société est instituée en cercle fermé, c'est-à-dire entre les fondateurs eux-mêmes, qui, suite à la signature des statuts, souscrivent immédiatement à la totalité des actions du capital social. Peut-on dire, pour autant, que sont soumises à la loi n° 161/2011 toutes les sociétés anonymes de droit libanais ?

Il nous semble que la réponse devrait être négative. Trois raisons plaident dans ce sens :

D'une part, pareille solution alourdirait, sans motif valable, le droit des sociétés anonymes ;

31. V. art. 36 de la loi 161/2011.

Ensuite, elle serait contraire aux choix exprimés en droit comparé³², dans un contexte qui laisse deviner toute la volonté du législateur libanais d'emboîter le pas des expériences internationales ;

Enfin, cette solution contredirait le texte même de l'article 36 de la loi 161/2011 qui évoque expressément le besoin de définir la notion de public, exprimant par là-même son refus de transposer le sens qui est le sien en droit commercial. Elle contredirait même la politique de l'AMF libanaise qui, par le biais de ces arrêtés, ne semble guère se soucier des sociétés anonymes en dehors des hypothèses où leurs titres sont admis sur le marché.

Quelle information ? En amont de l'opération de souscription, l'agrément de l'AMF est indispensable. Cette règle est d'ordre public et ne tolère point d'aménagements possibles. Le simple fait d'inviter les potentiels investisseurs à prendre connaissance du projet social en cours est aussi formellement prohibé. Or, l'obtention dudit agrément nécessite, à *priori*, la communication à l'AMF d'un certain nombre de documents dont l'étude de faisabilité et autres renseignements utiles aux investisseurs. Le but étant de rendre lisible l'opération dans son ensemble, mais aussi de rendre prévisibles ses conséquences financières.

Aussi, la notice de souscription³³ doit-elle être préalablement visée par l'AMF. Son contenu est par ailleurs détaillé par l'article 40 de la loi 161/2011. Elle doit notamment contenir toutes les informations nécessaires permettant aux investisseurs de pouvoir évaluer sérieusement la surface financière de l'émetteur.

En aval de l'opération de souscription, l'obligation d'information demeure de vigueur. Ainsi l'émetteur informera l'AMF comme ses propres actionnaires, de toutes les informations relatives à sa situation et celle des sociétés dans lesquelles il possède une participation significative (à déterminer par un règlement de l'AMF, toujours en attente), notamment

32. Tel que le droit français qui réserve ce statut d'émetteur et les contraintes qui y sont issues aux seules sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. V. à cet égard, B. FRANÇOIS, « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », n° 406 et s.

33. Prévues en matière de société anonyme en vertu de l'art. 81 du Code de commerce.

les informations nécessaires pour évaluer sa surface financière, ou nécessaires afin d'exclure tout risque d'émergence d'un marché parallèle de ses valeurs mobilières, ou susceptible d'influencer le prix desdites valeurs. Mais aussi toutes informations importantes³⁴ (à cet égard aussi, on attend toujours l'intervention de l'AMF chargée de définir la notion d'informations importantes).

Enfin, des rapports comptables et financiers annuels et semestriels doivent être communiqués à l'AMF par l'émetteur. Le premier dans un délai de 120 jours suivant la clôture de l'exercice, à condition d'être vérifié par le commissaire aux comptes. Le second dans un délai de 60 jours suivant la fin de la première moitié de l'exercice.

En sa qualité de président du collège de l'AMF, le gouverneur de la banque du Liban a déjà pris deux arrêtés (n°1 et n°2) en date du 11 juin 2013³⁵ qui sont venus compléter et préciser le dispositif d'information.

2. L'exemple de l'obligation de déclaration en matière de franchissement de seuils

Toujours sous le signe de la transparence, l'article 45 de la loi 161/2011 impose à toutes entités légales, sans distinction de forme, qui franchissent certains seuils de détention en capital et en droits de vote de le déclarer à l'AMF. Cette obligation est assimilable aux règles de droit français établies par l'article L. 233-7 du Code français de commerce mais aussi aux règles de droit européen³⁶.

Cette obligation a pour finalité d'éviter les prises de contrôle par ramassage des actions en dehors des procédures officielles³⁷. Elle protège ainsi le marché des risques d'opérations « *monopolistique*³⁸ » car de telles

34. V. art. 42 et 43 de la loi 161/2011.

35. Rendus en application des délibérations du collège de l'AMF en date du 29 avril 2013. V. à ce sujet <<https://cma.gov.lb/laws-and-regulations/>>.

36. Directive n° 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive n° 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé dite : Directive Transparence révisée.

37. V. en ce sens, Fr. BUCHER, *Dictionnaire Joly. Bourse*, 1999, « Franchissements de seuil ».

38. J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007, p. 35.

opérations « *risquent en effet de remettre en cause la concurrence et la formation du juste prix*³⁹ ».

Seuils légaux franchis à la hausse ou à la baisse

Cette information⁴⁰ doit être donnée dans les mêmes délais lorsque la participation en capital et en droits de vote devient supérieure ou inférieure au seuil de 5 %. Ce seuil est calculé en fonction des actions détenues directement ou même indirectement par l'entité légale.

Se pose, dès lors, la question du calcul du seuil⁴¹. Si le texte de l'article 45 de la loi 161/2011 prend le soin de préciser que ce pourcentage de 5 % concerne les actions (ou les parts d'intérêts au sein d'une caisse de placement ou d'investissement) nanties de droits de vote, il demeure néanmoins des questions multiples laissées aux soins du conseil.

Parmi ces questions se pose celle des actions et des droits de vote qui peuvent être assimilés⁴².

Personnes concernées

L'article 45 de la loi 161/2011 impose désormais à « *toute entité juridique* » de procéder aux déclarations requises. Sont également visées les personnes qui viennent à posséder « *directement ou indirectement* » des titres. Si ces dispositions emboîtent le pas aux règles établies par les législateurs français et européens⁴³, et vont ainsi dans le sens de l'harmonisation des droits financiers sur le plan international, nous ne pouvons que regretter l'accumulation d'un vocabulaire juridique totalement absent de notre lexique libanais. Aussi, l'expression « *entité juridique* », qui se veut

39. J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007, p. 35.

40. V. à ce sujet, Fr. DRUMMOND, « L'information des actionnaires et des investisseurs », *Revue de la jurisprudence commerciale, hors-série Entreprise : information et rumeur*, p. 15.

41. Le calcul de la quantité des droits de vote n'est pas toujours simple compte tenu des actions à double droit de vote ou des valeurs mobilières composites. V. le rapport de l'ANSA (association nationale des sociétés par action), *Nouvelles règles en matière de franchissement de seuils et d'offre public d'acquisition*, dossier n° 2885, mars – avril 1997.

42. V. la solution apportée par le droit français en vertu de l'article L. 233 - 9 - I du Code de commerce, ainsi que l'article 223-11-1 du règlement général de l'AMF.

43. V. dans le même sens en droit français, B. FRANÇOIS, « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », n° 454.

synonyme de l'expression de droit américain « *legal entity* » ne renvoie en droit libanais à aucune catégorie juridique précise et aurait dû être définie, à l'instar d'autres termes, par l'article premier de la loi.

Information de l'AMF

L'intéressé doit informer l'AMF, dans un délai de 24 heures⁴⁴ à compter du franchissement du seuil de participation.

La déclaration comprend notamment l'identification de l'opération juridique qui a été à l'origine du franchissement du seuil⁴⁵.

Nous avons pu voir, dans les développements précédents, comment l'AMF agit pour le bien du marché. Elle est à la fois cette force motrice qui le pousse vers l'avant, mais aussi ce système de freinage qui encadre son mouvement. La règle de droit devient donc au sein du marché, non plus un moyen de protection du faible, ni un garde-fou ou une soupape de sécurité, mais plutôt le gage d'une plus grande prospérité. Aussi, le droit deviendra-t-il, lors de sa rencontre avec le marché, une régulation !

Cette régulation nécessite toutefois un gardien. C'est le juge financier !

44. Le délai est de 4 jours en droit français en vertu des articles L. 233 – 7 – II du Code de commerce et 223-14 – I du règlement général de l'AMF.

45. En droit français, doivent être déclarées : l'identité du déclarant et, éventuellement, l'identité de la personne physique ou morale habilitée à exercer les droits de vote pour le compte du déclarant ; la date du franchissement du seuil de participation ; l'origine du franchissement de seuil ; la situation qui résulte de l'opération en termes d'actions et de droits de vote ; la signature de la personne tenue à déclaration. Doivent figurer dans la déclaration, le cas échéant, la nature de l'assimilation aux actions ou aux droits de vote possédés par le déclarant résultant de l'article L. 233-9 du Code de commerce, l'ensemble des sociétés contrôlées par l'intermédiaire desquelles les actions et les droits de vote sont détenus et le nombre d'actions acquises suite à une cession temporaire d'actions. La déclaration précise enfin le nombre de titres donnant accès à terme aux actions à émettre et les droits de vote qui y seront attachés, notamment des bons de souscription d'actions, des bons d'option, des obligations convertibles en actions, ou des obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes, ainsi que les actions déjà émises que le déclarant peut acquérir, en vertu d'un accord ou d'un instrument financier. V. : B. FRANÇOIS, « Admission sur les marchés financiers, offre au public de titres financiers, placement privé et financement participatif », n° 457.

Paragraphe 2. L'AMF, juge naturel de la finance

L'organisation institutionnelle des marchés financiers est intrinsèquement liée à l'existence d'un juge financier. C'est le juge qui assure la protection ultime du marché par la sanction qu'il prononce à l'égard des brebis galeuses. Certes, l'AMF elle-même, possède déjà un certain nombre de prérogatives quasi-juridictionnelles tel que le pouvoir de prononcer des injonctions ou la possibilité d'imposer des sanctions. Cependant, nous avons choisi d'illustrer cette fonction à travers l'examen de deux institutions entièrement dédiées à la sanction : la commission des sanctions (A) et la Cour financière spécialisée (B).

A. L'exemple de la commission des sanctions

Dans son article 3, la loi 161/2011 prévoit, parmi les composantes de l'AMF, une commission spécialisée dans la sanction.

Composition et mandat

Aux termes de l'article 16 de la loi 161/2011, la commission des sanctions est formée d'un président choisi parmi les juges judiciaires et de quatre membres. Parmi ces derniers, deux doivent être diplômés en économie ou en finance et justifiant d'une expérience de 5 ans au moins ; deux autres doivent être des juristes justifiant également d'une expérience de 5 ans au moins dans le domaine du droit des marchés financiers.

Le président et les membres de la commission sont nommés par décret pris sur proposition conjointe des deux ministres de la Justice et des Finances publiques et en accord avec le Conseil supérieur de la magistrature en ce qui concerne le premier.

Le mandat des membres est de cinq années et est renouvelable une seule fois.

Honorabilité, compétences et impartialité

Nul ne peut être membre de la commission des sanctions que s'il remplit les conditions requises en termes d'honorabilité et de compétences⁴⁶. Par ailleurs, par souci d'indépendance et d'impartialité, les

46. V. art. 8 de la loi 161/2011. Dans le même sens, V. en droit français les articles L. 128-1 du Code de commerce et L. 621-4, III du Code monétaire et financier.

membres du conseil de l'AMF ne sont point éligibles à siéger au sein de la commission de sanctions. Cette mesure demeure toutefois insuffisante pour garantir l'indépendance de la commission car rien ne semblerait interdire la nomination en son sein de membres issus du secrétariat ou de l'unité de contrôle des marchés financiers.

Secret professionnel. Secret bancaire

Les membres de la commission – comme d'ailleurs tous ceux de l'AMF – sont tenus au double secret professionnel et bancaire⁴⁷. Ces secrets ne sont toutefois pas opposables à l'AMF ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale⁴⁸. L'article 55 renvoie également à la loi du 3 septembre 1956 sur le secret bancaire et reprend la même sanction qui est celle du délit de révélation de ce secret, à savoir une peine de prison allant de 1 mois jusqu'à un an.

Nécessité de prévenir les conflits d'intérêts⁴⁹

Les membres de la commission des sanctions sont astreints à des règles déontologiques destinées à prévenir les conflits d'intérêts⁵⁰. Ces règles sont indispensables, car il en va de l'indépendance même de l'AMF⁵¹. Ces règles comportent une obligation de révélation des intérêts assortie d'un devoir de s'abstenir de participer aux délibérations relatives à tout ancien employeur ou associé, à toute personne dont il a été le mandataire ou le conseiller, comme pour toute question qu'il a pu arbitrer dans les conditions prévues par l'article 8 de la loi⁵².

47. V. art. 55 de la loi 161/2011. Dans le même sens, V. en droit français l'article L. 621-4, II du Code monétaire et financier.

48. Ni en droit français d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre d'une personne mentionnée au II de l'article L. 621 - 9 du Code monétaire et financier.

49. V. sur cette question : *Qui gardera les gardiens ? Brèves réflexions à propos des conflits d'intérêts des membres de l'AMF*, Journ. sociétés n° 62, févr. 2009. 47

50. V. art. 7 et 8 de la loi 161/2011, et en droit français, L. 621 - 4, I du Code monétaire et financier et 111 - 1 à 111 - 9 du règlement général de l'AMF.

51. N. DECOOPMAN, « Autorité des marchés financiers. Statut », *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 1510, n° 21.

52. V. aussi, Y. PACLOT, « Autorité des marchés financiers », n° 27.

Droit de récusation

Le législateur libanais a pris également soin de prévoir la possibilité de demander la récusation des membres de la commission des sanctions chaque fois que se présente un motif d'abstention. Ce droit appartient à tout intéressé⁵³.

Droit de convocation. Quorum et majorité. Droit de saisine

Les modalités de convocation de la commission des sanctions de l'AMF sont réglées par la loi 161/2011. Il appartient au président ou à deux de ses membres de convoquer la commission à se réunir.

Le quorum nécessaire aux délibérations est de trois de ses membres au moins, parmi lesquels doit siéger le président. Cette règle de quorum se confond avec celle de la majorité qui est la majorité absolue des membres qui la constituent, donc trois membres également.

La saisine de la commission des sanctions est réservée au collège. Cette mesure semble parfaitement justifiée à l'égard du rôle de la commission en tant que bras répressif de l'AMF conçue afin de garantir le respect par les acteurs du marché des règles établies par ladite AMF.

Règlement interne

La loi prévoit également la mise en place d'un règlement interne de la commission des sanctions, en concertation avec le collège, dans le délai de trois mois suivant la nomination de ses membres. Ledit règlement doit recevoir une publicité légale adéquate par publication au Journal officiel et sur le site web officiel de l'AMF.

Principe du contradictoire. Publicité des débats

Agissant en tant qu'une véritable juridiction disciplinaire et répressive, la commission des sanctions est tenue au respect du principe du contradictoire. Ce principe est affirmé par l'article 19 de la loi 161/2011

53. Art. 8 de la loi 161/2011. En droit français c'est suite aux annulations prononcées par le Conseil d'État en 2006 et 2007 (V. : Y. PAULOT, *ibid.*, n° 29), que la loi n° 2007-1774 du 17 déc. 2007 est venue reconnaître à tout intéressé le droit de récuser un membre de la commission des sanctions « *s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre* ».

qui laisse par ailleurs au règlement interne, le soin de préciser les modalités et la procédure contradictoire à respecter. Cette solution qui est celle du droit français semble recevoir un accueil mitigé. D'une part, favorablement accueillie parce que conforme aux standards internationaux de la justice et du droit à un procès équitable⁵⁴, d'autre part il n'est pas certain que l'on puisse laisser au règlement le soin de se prononcer sur les applications d'un principe aussi essentiel⁵⁵.

Enfin, il serait utile de souligner la liberté laissée par la loi à la commission de décider de publier ses décisions soit dans les médias de son choix aux frais de la partie condamnée, soit sur le site web officiel⁵⁶ de l'AMF.

Domaine de compétences

Le domaine des compétences réservées à la commission est doublement limité, quant aux acteurs et quant aux matières.

Quant aux acteurs soumis à sa juridiction, la commission exerce ses pouvoirs juridictionnels à l'égard de toutes les personnes physiques ou morales relevant du droit privé, admises à participer au fonctionnement des marchés financiers. En effet, si l'article 20-1-j de la loi 161/2011 semble étendre la compétence personnelle de la commission à « *quiconque contreviendrait à cette loi et /ou aux règlements qui en sont issus et aux textes réglementaires pris en vue de son application* », le même article ne tarde pas à préciser dans son 3^e alinéa l'exclusion des personnes de droit public.

Quant aux matières, la commission – organe interne de l'AMF – se borne à examiner les opérations prises en fraude à la loi 161/2011 et aux différents textes réglementaires qui en sont le complément immédiat.

Sanctions disciplinaires et amendes

À côté des sanctions dites administratives, la commission demeure compétente pour prononcer des amendes.

54. V. à ce sujet, N. DIAB, « Inventaire des droits fondamentaux en matière de procédure civile au Liban », in *Les droits fondamentaux, inventaire et théorie générale*, Bruylant, 2005, p. 75 et s.

55. Dans le même sens, V. : Y. PACLOT, « Autorité des marchés financiers », n° 46.

56. Art. 20 de la loi 161/2011.

Au titre des sanctions administratives (en réalité disciplinaires), l'article 20-2 de la loi établit une liste divisée en deux paniers.

Un premier panier de sanctions⁵⁷ qu'il appartient à la commission de prononcer unilatéralement. Ce sont l'avertissement ; la suspension, pour une durée maximale d'un mois, de la négociabilité d'un titre ; l'interdiction, là aussi pour une durée maximale d'un mois, de l'accès à un certain nombre d'opérations ou de services.

Un second panier de sanctions qu'il appartient au conseil de l'AMF de prononcer sur proposition de la commission. Il s'agit du retrait définitif d'un titre financier ; du retrait définitif d'un agrément accordé en vertu de cette loi ; la démission d'une partie ou de la totalité des dirigeants/administrateurs des institutions agréées à gérer la bourse ou agréées à offrir des services financiers. Cette dernière sanction pose certainement la question de sa compatibilité avec le droit des sociétés commerciales qui établit, pour chaque forme sociale, des procédures propres pour révoquer les dirigeants et administrateurs.

Il va sans dire que le pouvoir du conseil demeure à cet égard discrétionnaire du fait même du caractère non contraignant de la proposition de la commission. L'usage par l'article 20-2-b de la loi 161/2011 du verbe « *suggérer* » en est, sur ce point, révélateur.

Afin de permettre à la commission de juger en fonction de la gravité de la contravention et de prendre en considération les bénéfices et profits qui en résultent, la loi 161/2011 lui a laissé la possibilité de prononcer, en complément des sanctions disciplinaires voire en substitution à ces dernières, des amendes. La loi précise le montant maximal desdites amendes qui oscillent entre 4000 fois le salaire minimal et dix fois le profit issu de la contravention.

Une autre série de sanctions est précisée par l'article 20-3 de la loi et concerne surtout les fausses déclarations présentées à l'AMF à des fins de fraudes fiscales ou en vue d'obtenir des agréments.

57. V., au sujet des sanctions possibles en droit français, M. HASCHKE-DOURNAUX, « Les sanctions dans la loi de sécurité financière », *LPA* n° 228, 14 nov. 2003, numéro spécial « La loi de sécurité financière », p. 110.

B. L'exemple de la Cour financière spécialisée

Une autre nouveauté se dégage du volet juridictionnel de la loi 161/2011, c'est l'instauration d'une Cour financière spécialisée.

Notre droit financier libanais, à l'image du droit français, partage le contentieux du recours contre les décisions de l'AMF entre les juridictions judiciaires et administratives. Cette dualité a été parfois critiquée en droit français, accusée d'être « *source de complexité et de contradictions*⁵⁸ », complexité qui « *dessert objectivement le principe de sécurité juridique*⁵⁹ ». En effet, l'article 12 de la loi 161/2011 distingue entre d'une part les décisions à vocation réglementaire du conseil en les soumettant à la compétence du Conseil d'État et les décisions à vocation individuelle soumises à la compétence de la Cour financière spécialisée.

Cette Cour, remplace dans le dispositif libanais, la cour d'appel de Paris qui statue en matière financière via sa section économique spécialisée, précisément sa chambre 5 - 7, laquelle est partiellement composée de magistrats disposant d'une expérience en matière de droit boursier ou de la concurrence⁶⁰. Elle remplit diverses missions juridictionnelles que nous allons examiner, après un rapide survol de sa composition.

Une précision terminologique d'abord, pour désigner la Cour financière spécialisée, le législateur libanais a utilisé en arabe une terminologie qui nous paraît malheureuse "المحكمة الخاصة بالأسواق المالية" (ce qui pourrait être traduit en français par l'expression « *le Tribunal spécial pour les marchés financiers* »). Nous avons sciemment écarté cette dernière appellation pour ne retenir que celle qui apparaît dans nos propos, à savoir la Cour financière spécialisée.

Ce choix personnel se justifie à nos yeux. En effet, s'il est vrai que cette Cour a été spécialement instaurée par la loi 161/2011 afin de juger de façon exclusive les affaires financières, il n'en reste pas moins vrai que ce qui distingue cette Cour c'est surtout sa spécialisation. Spécialisation qui apparaît d'abord dans sa composition, mais aussi dans sa compétence matérielle.

58. A. LACABARATS, « Le rôle du juge », *LPA*, 31 juillet 2003, n° 152, p. 43.

59. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge du marché », *Revue de jurisprudence commerciale*, colloque de la Baule, novembre 2002, n° spécial, p. 10.

60. V., pour d'amples développements, F. M. LAPRADE, *Rép. soc. Dalloz*, « Contentieux boursier : abus de marché et autres manquements », spécialement n° 252 et s.

Composition et siège

Formée d'un président, juge professionnel, (nommé par décret sur proposition du ministre de la Justice en concertation avec le Conseil supérieur de la magistrature) et de deux assesseurs, dont un juriste spécialisé en droit financier, et un expert financier diplômé en économie ou en finance (nommé par décret sur proposition conjointe des deux ministres de la Justice et des Finances publiques). Ces deux assesseurs doivent, par ailleurs, justifier d'une expérience de 10 ans au moins dans le domaine financier, et prêter serment (preuve qu'ils sont véritablement investis d'un pouvoir juridictionnel) devant le premier Président de la cour d'appel de Beyrouth⁶¹.

L'article 21 apporte également certaines précisions d'ordre administratif. À ce titre, la Cour sera dotée d'un greffier nommé par le ministre de la Justice ; la Cour sera géographiquement basée au sein du palais de justice de Beyrouth ; ses frais de fonctionnement – y compris les indemnités de son président et de ses assesseurs – seront assurés par l'AMF. Le même article prévoit enfin un principe d'exclusivité interdisant aux membres de la Cour d'exercer une autre occupation.

Signalons également que les membres de la Cour obéissent aux mêmes règles d'honorabilité, de compétences et d'impartialité que celles de la commission des sanctions. Ils doivent par ailleurs signaler tout conflit d'intérêt et respecter les deux secrets professionnel et bancaire.

Compétences matérielles. Règles de procédures

À la fois juge civil, juge répressif et (parfois même !) juge administratif. Tantôt tribunal de 1^{re} instance et tantôt cour de 2nd degré. Juge du fond et juge des référés. C'est à travers l'examen des compétences matérielles de la Cour financière spécialisée que l'on peut dégager ses spécificités.

En qualité de juridiction civile de 1^{re} instance, la Cour statuera en matière de conflits nés à l'occasion des « *actes spécifiques aux valeurs financières* », définis par l'article 2 de la loi 161/2011 comme étant les actes des intermédiaires, des sociétés spécialisées dans le conseil financier, dans la gestion de portefeuilles, dans le « *book keeping* » et le « *port de titres* ».

61. Faut-il voir ainsi un quelconque lien administratif avec les juridictions beyrouthines ?

Plus généralement, la Cour jugera aussi tout autre conflit issu des autres opérations financières prévues par ladite loi 161/2011.

En qualité de juge répressif, l'article 22 – e de la loi 161/2011 assigne explicitement à la Cour le rôle de tribunal correctionnel en matière de délit d'initié et autres manquements boursiers⁶².

En qualité de juge administratif, la Cour statuera comme instance d'appel contre les décisions à portée individuelle rendues par le collège⁶³. Il en résulte que la Cour financière spécialisée statuant en matière de décision à portée individuelle émanant de l'AMF (sauf agréments prévus à l'article 11), peut être amenée à juger la validité et l'opportunité d'actes par nature administratifs⁶⁴. Cette compétence est certainement exceptionnelle parce que dérogoratoire au principe général de la séparation des deux ordres juridictionnels administratif et judiciaire⁶⁵.

Elle statue aussi, en tant que chambre d'appel, en matière de recours contre les décisions prononcées par la commission des sanctions, et est compétente pour l'examen des demandes en récusation adressées contre les membres du conseil de l'AMF ou de la commission des sanctions.

Notons également que la compétence de la Cour financière spécialisée méconnaît parfois le principe de double degré de juridiction⁶⁶, c'est le cas notamment quand elle est amenée à statuer en premier et dernier ressort. Il en est ainsi dans toutes les matières sauf lorsque la Cour juge pénalement

62. V. à ce sujet le remarquable article de doctrine écrit par le Professeur Fadi NAMMOUR, « La protection de l'information financière au Liban », p. 569 et s.

63. Nous retrouvons à cet égard la même distinction qui est celle du droit français entre d'une part les décisions réglementaires du conseil soumises à la compétence du Conseil d'État et les décisions individuelles soumises à la compétence de la Cour financière spécialisée. Voir à ce sujet, l'article 12 de la loi 161/2011 et J. MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, p. 447 et s.

64. J.-J. DAIGRE, « Recours contre les décisions de la future Autorité des marchés financiers : compétence administrative ou judiciaire ? », *RD banc. fin.*, juill.-août 2003, n° 4, p. 197.

65. V. dans ce sens, G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », *Revue de jurisprudence commerciale* 1992, p. 186.

66. G. CANIVET, « Le juge et l'autorité de marché », p. 186.

le délit d'initié et les délits assimilables en vertu de l'article 22 – e⁶⁷ de la loi 161/2011.

Toutefois, l'agrément ou son refus⁶⁸, prévus à l'article 11- 3°, qui doivent être écrits et motivés, relèvent du pouvoir discrétionnaire⁶⁹ du collège de l'AMF échappant ainsi, en principe, à toute possibilité de recours⁷⁰.

Par ailleurs, le président de la Cour connaît, à titre individuel, la compétence de juge financier des référés⁷¹. Le texte prévoit à cet égard une procédure d'opposition à l'encontre de ses décisions devant la Cour. Ladite opposition n'a point d'effet suspensif à moins d'une décision contraire.

Règles de procédure

Statuant en tant que juge répressif, la Cour appliquera les dispositions du Code de procédure pénale. Ses jugements seront par ailleurs susceptibles de recours selon les voies de droit commun⁷².

En présence d'une suspicion de délit financier, le collège saisira le parquet national financier qui diligentera les poursuites. Le texte laisse néanmoins au parquet la possibilité d'intenter et de poursuivre l'action publique même sans avoir été sollicité préalablement par le collège.

À cet égard, il nous semble que la compétence de juger l'action publique demeure réservée à la Cour financière spécialisée quelle que soit la partie ayant été à l'origine des poursuites.

67. D'ailleurs le texte lui-même spécifie en l'occurrence que la Cour agit comme un tribunal de première instance.

68. Cet article concerne l'agrément nécessaire pour : les sociétés anonymes spécialisées dans la gestion des bourses, les institutions d'intermédiaires financiers et de placement, les institutions spécialisées dans la titrisation, l'investissement islamique ou la titrisation islamique, les institutions de conseil et les agences de notation.

69. Il a été jugé que l'administration qui exerce son pouvoir discrétionnaire reste soumise au droit et au contrôle du juge, notamment quant au respect des principes généraux du droit et quant à la prohibition de toute forme de détournement de pouvoir, V. : M. NAKHLÉ, *La responsabilité du pouvoir public*, éd. Sader, 1983, p. 125 et s.

70. V. à ce sujet, en droit français, P. DELVOLVÉ, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly* 1990, p. 499.

71. Art. 22-2 de la loi 161/2011.

72. Art. 23-3 de la loi 161/2011.

Dans les autres matières, ce sont les règles de la procédure civile qui doivent être observées mais la Cour rendra son arrêt en premier et dernier ressort. Seule la voie de la Cassation demeure donc ouverte aux parties au procès dans les limites issues des cas d'ouverture à cassation selon les termes du droit commun⁷³.

Enfin, notons que le délai de recours contre une décision réglementaire est de deux mois à partir de sa date de parution dans le Journal officiel, qu'il est d'un mois pour toute décision individuelle à compter de sa notification ou de son exécution effective à l'encontre de l'intéressé. Par ailleurs, le recours n'est pas en soi suspensif de la décision à moins que le Conseil d'État ou la Cour financière spécialisée n'aient pas ordonné sa suspension⁷⁴.

En l'état actuel des choses, nous ne pouvons que regretter le retard pris par l'État libanais afin de procéder à la composition effective et de la commission des sanctions et de la Cour financière spécialisée.

Ce retard, dont souffre les différents acteurs et praticiens de la finance, constitue une atteinte flagrante au droit à un juge, l'un des « *piliers du concept de l'État de droit*⁷⁵ » et contredit les engagements internationaux et onusiens du Liban devenus désormais grâce à l'action du Conseil Constitutionnel des règles à valeur constitutionnelle⁷⁶.

Par ailleurs, cette situation de fait constitue sans doute une assise juridiquement suffisante pour engager la responsabilité de l'État libanais⁷⁷. C'est en ce sens que le Conseil d'État libanais a jugé⁷⁸ que le retard de l'Administration dans l'adoption de textes d'application nécessaires pour la mise en œuvre de la loi, quand il dépasse un certain délai raisonnable,

73. Art. 23-2 de la loi 161/2011.

74. Art. 12 de la loi 161/2011.

75. N. DIAB, « Inventaire des droits fondamentaux en matière de procédure civile au Liban », p. 82.

76. ID, « Un droit processuel fondamental façonné par le Conseil constitutionnel libanais », in *Le Conseil constitutionnel libanais : gardien, régulateur, protecteur, Actes du colloque du 17 mai 2002*, Bruylant, 2003, p. 73 et s.

77. V. en matière de responsabilité de l'État du fait du retard injustifié de l'administration, M. NAKHLÉ, *La responsabilité du pouvoir public*, p. 255 et s.

78. CE libanais, arrêt n° 779 du 20 novembre 1980, Affaire coopérative des fonctionnaires d'État, *Hatem*, décisions du Conseil d'État, t. 2, p. 794.

sera considéré comme une faute engageant sa responsabilité. Il a été également jugé que le gèle d'un recours administratif, devant l'inspection centrale, dans l'attente d'une nouvelle loi (...) est contraire aux principes généraux au titre desquels le principe de la continuité du service public (...) et nécessite une réparation (...)⁷⁹.

En tout état de cause, ce survol rapide du rôle du juge financier nous permet de mesurer tout l'intérêt de son intervention⁸⁰, comme gardien du temple de la finance.

Quid jus⁸¹ ? Quel Droit ?

Si le droit des marchés financiers repose, nécessairement, sur le socle du droit commun, il s'en écarte chaque fois que ceci est utile pour les intérêts propres du marché.

Quand le droit commun prêche, dans son ensemble, pour la justice distributive, l'équité, et la protection de la partie faible, le marché lui ne connaît que sa propre raison ! Raison faite de liberté !

Faudra-t-il pour autant concevoir un droit entièrement tourné vers le marché ? Un droit qui ne se soucie guère de justice mais se rapproche de la raison du marché et affirmer ainsi avec Hegel que les droits doivent être « *rationnels en soi et pour soi*⁸² ».

C'est peut-être bien dans ce dessein que se justifie cette volonté du législateur, inavouée certes, mais ô combien visible d'écarter le jeu classique de la coercition par la règle pour le remplacer par l'art de la régulation par la souplesse⁸³. Les auteurs aux pensées agiles ne nous enseignent-ils pas l'émergence d'une *soft law*, faite de règles douces issues des milieux professionnels et qui s'adressent aux mêmes milieux professionnels ! Saint

79. CE libanais, n° 1780 du 11 décembre 1967, cité par M. NAKHLÉ, *La responsabilité du pouvoir public*, p. 256.

80. V. dans ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit, finance et autorité. Les modes de régulation juridique propres aux autorités des marchés financiers*, Laboratoire de sociologie juridique, Paris II, 1990, § 130.

81. E. KANT, *Le conflit des facultés*, traduit par J. GIBELIN, Vrin, 1955, p. 23.

82. G. W. F. HEGEL, *Écrits politiques*, cité par Fr. ROUVILLON, *Le droit*, GF Flammarion, 1999, p. 126.

83. Rappelons à cet égard que le législateur libanais consacre un chapitre entier de la loi 161/2011 à l'éthique et autres règles professionnelles de bonne conduite.

Paul ne disait-il pas dans son épître aux Romains que c'est par la loi qu'il a connu le péché ?

Si, Kant avait raison ! Au lieu de se demander *quid juris* ? Quelle est la solution du droit à une question déterminée ? Il va falloir plutôt se demander *quid jus* ? Quel Droit ?

Le juge libanais face à un Code de commerce dépassé

Maya AFFEICH KARAM

*Chargée d'enseignement aux Facultés de Droit de l'Université Libanaise
et de la Notre Dame University, Juge judiciaire*

Dans le système juridique libanais, le juge est lié par la loi. Il est tenu d'adapter les situations de fait à une règle de droit préalablement élaborée par le législateur. Aucune compétence n'est donnée au juge pour créer la loi. D'ailleurs, l'article 3 du Code de procédure civile prohibe les arrêts de règlements et l'article 303 dudit Code pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée, autrement dit, la solution retenue pour un litige ne vaut que pour ce litige.

Or, la loi ne peut envisager des solutions pour tous les cas soumis au juge. Et c'est là qu'intervient la jurisprudence, qui réalise la tâche délicate de l'interprétation des textes.

D'autant plus qu'aujourd'hui, personne ne peut nier l'influence de l'École du droit libre sur la construction juridique contemporaine. Cette école qui prend le contre-pied du normativisme juridique nous enseigne que le droit est le produit des forces sociales, il est l'épreuve de la société et non de l'État. Ainsi, le législateur ou le juge ne font qu'une interprétation des réalités sociales pour établir les normes.

Loin de rentrer dans le débat que cette pensée pourrait engendrer, nul ne peut contester que le juge fait face à un vide législatif, ou que les

textes soient vieux et datés. Dans ces deux cas respectifs le juge sera amené à créer une règle de droit, ou à donner une nouvelle interprétation.

Notre Code de commerce fête déjà ses 75 ans ; 75 ans durant lesquelles il est resté presqu'intact, figé.

À la différence du Code, les pratiques du commerce ne cessent d'évoluer. Dès lors, les juges sont confrontés à de nouvelles situations. La jurisprudence a ainsi contribué au développement de certaines notions en adoptant, à maintes reprises, des interprétations dynamiques et créatives des textes du Code de commerce. Les exemples dans ce sens sont nombreux.

Avant de développer mes propos, il convient d'affirmer que cette jurisprudence n'est pas uniquement l'œuvre du juge. Elle est aussi l'œuvre des avocats jouant un rôle crucial dans le procès ainsi que d'une doctrine profonde fournissant une structure solide pour la motivation des décisions. Il suffit de remarquer les références doctrinales que les juges citent dans leurs décisions pour en comprendre l'ampleur.

L'on évoquera dans un premier temps le rôle interprétatif de la jurisprudence (paragraphe 1) et dans un second temps son rôle créatif (paragraphe 2). Mes propos seront concentrés sur des exemples puisés du droit des sociétés et plus particulièrement celui de la société anonyme.

Paragraphe 1. Le rôle interprétatif de la jurisprudence

Moins la loi est claire et précise, plus le juge devra, par sa jurisprudence, expliciter la norme.

En matière de droit des sociétés, le rôle interprétatif du juge libanais a pris son ampleur en faisant face à des litiges évoquant des situations d'abus de majorité qui n'est qu'une forme d'abus de pouvoir.

Quelle est l'originalité de la notion d'abus de majorité ? Pourquoi l'assimile-t-on à la notion d'abus de pouvoir et non à celle d'abus de droit ? Quelle serait la conséquence d'une telle qualification ?

Pour pouvoir répondre à toutes ces questions, il convient de préciser la notion d'abus de majorité telle qu'elle fut précisée (A) pour voir par la suite la sanction prononcée (B).

A. La notion d'abus de majorité

La société anonyme lie le pouvoir à l'argent. En contrepartie de son apport, l'actionnaire se voit accordé des actions dont la prérogative essentielle est le droit de vote (art. 105 C. com.). Elle est régie par la loi de la majorité. Cette loi permet aux actionnaires majoritaires d'exercer un pouvoir dans la société et de déterminer, par leur vote, la volonté sociale.

À la différence du droit, le pouvoir ne leur est pas accordé pour satisfaire leurs intérêts particuliers en imposant leur volonté par la seule force du nombre, mais de satisfaire l'intérêt de la société.

Dès lors, l'utilisation déviante du pouvoir par la majorité constitue un détournement de pouvoir, un abus : l'abus de majorité.

Cependant, les textes législatifs ne définissent pas cette notion.

Ne pouvant être assimilée à la notion civiliste d'abus de droit dont le critère est l'intention de nuire, la jurisprudence, française¹ tout d'abord et ensuite libanaise², a affirmé l'indépendance de la notion d'abus de pouvoir.

Pour qualifier une décision d'abus, deux conditions furent exigées : la décision doit porter atteinte à l'intérêt social et doit rompre l'égalité entre les associés. Ces deux conditions sont cumulatives.

Cependant, la jurisprudence s'est parfois contentée d'un seul critère pour caractériser l'abus. Néanmoins, retenir le critère dualiste reste le moyen le plus sûr pour éviter un contrôle d'opportunité exercé par le juge.

B. La sanction de l'abus de majorité

Une fois l'abus est caractérisé, la nécessité de sanctionner ce détournement de pouvoir s'impose. Il fallait trouver un fondement permettant de conduire à l'annulation de la décision.

L'article 124 du COC sanctionnant l'abus de droit ne pouvant servir comme fondement, il fallait rechercher la solution dans les textes du Code de commerce libanais.

1. Cass. com., 18 avril 1961, *JCP G.* 1961, II, n° 12164, note D. B.

2. Cass. lib. civ., 24 avril 2001, *Sader Cass. civ.* 2001, p. 299.

Certaines décisions ont eu recours à l'article 214 du Code de commerce. Or cet article donne un pouvoir d'appréciation au juge pour sanctionner par la nullité les cas du non-respect des conditions de formes dans lesquelles les assemblées doivent délibérer. En effet, cet article donne au juge un pouvoir d'appréciation d'autant plus qu'il permet aux tiers de demander l'annulation de la décision de l'assemblée générale. Or dans le cas d'abus de pouvoir il ne s'agit pas de sanctionner un non-respect des règles de forme d'autant plus que le prononcé de la nullité s'impose au juge.

C'est sur le fondement de l'article 192 du Code de commerce selon lequel « *les décisions prises régulièrement, aux conditions de quorum et de majorité propre à chaque assemblée, sans fraude ni détournement de pouvoirs obligent tous les actionnaires même absents ou dissidents* », que la jurisprudence a, non sans raison, décidé l'annulation. En effet, si cette sanction n'est pas énoncée directement, elle découle d'une analyse des termes de cet article.

Ainsi, à travers une construction prétorienne la jurisprudence a pu mettre une limite aux abus de pouvoir.

Paragraphe 2. Le rôle créatif de la jurisprudence

Plus personne ne peut contester aujourd'hui le rôle créateur du juge. Le vieillissement des textes les rend en inadéquation non seulement avec les réalités sociales et économiques de la société, mais aussi avec l'imagination des praticiens. Néanmoins, l'obscurité, le silence ou l'insuffisance de la loi n'arrête pas le juge.

Ce rôle créatif s'est manifesté à l'occasion d'une opération de coup d'accordéon et plus particulièrement d'une réduction à zéro du capital.

Qu'est-ce que l'opération d'accordéon (A) et quelle était la position du juge libanais face à cette opération (B) ?

A. L'opération accordéon : ou les vicissitudes du capital social³

Opération à double détente, « *l'opération-accordéon* » débute généralement par une réduction de capital afin d'apurer les pertes et sera suivie d'une augmentation ou vice versa⁴.

3. V. : S. SYLVESTRE-TOUVIN, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, PUAM, 2003.

4. P. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 18^e éd., 2001.

Elle est avantageuse pour la société sur le plan comptable comme sur le plan financier puisqu'elle permet, d'une part, de nettoyer le bilan en faisant disparaître les pertes comptables, et d'autre part, de recapitaliser la société⁵.

Ceci ne conduit pas à parler d'une dualité d'opérations : réduction puis augmentation, mais plutôt d'une réduction-augmentation : la réduction est décidée « *sous la condition suspensive de l'augmentation du capital* ». La décision d'augmentation est une condition d'effectivité de celle de réduire⁶.

Lorsque les pertes subies par la société absorbent l'intégralité du capital, l'apurement des pertes implique une réduction du capital à zéro. Ceci implique l'annulation des actions existantes, et l'élimination des anciens actionnaires sauf exercice par ces derniers de leur droit préférentiel de souscription. Cette annulation sera suivie d'une augmentation par émission d'actions nouvelles souscrites par de nouveaux actionnaires.

« *Les anciens actionnaires minoritaires, exclus à l'occasion de la réduction du capital, éprouvent souvent une rancœur qui les incite à attaquer l'opération*⁷ ».

Cette opération est expressément prévue par le Code de commerce français. Toutefois, celle allant à zéro fut une création de la jurisprudence française.

Il va sans dire que le droit libanais et plus particulièrement le Code de commerce libanais est complètement silencieux sur cette opération. Ceci n'a pourtant pas empêché la pratique de recourir à un ce montage afin de recapitaliser la société en question en apurant ses pertes et lui assurant le financement nécessaire.

B. La réduction à zéro du capital : quelle solution ?

En 2003, j'avais écrit dans mon mémoire de DEA intitulé *La réduction à zéro du capital* : « *Si la validité de l'opération est bien affirmée en droit français, le droit libanais reste silencieux à son égard. Nous allons essayer, en l'absence*

-
5. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^e éd., LexisNexis, 2016, n° 1138.
 6. P. DIDIER et F. LACROIX, « La réduction du capital social à zéro », *Mélanges AEDBF – France*, Banque Éditeur, 1997, vol. VI.
 7. *Ibid.*, n° 224.

de toute indication tant jurisprudentielle que doctrinale, de voir quelle pourrait être la solution en droit libanais ». Je conclus mes propos en affirmant que « *lorsqu'une opération est conforme à l'intérêt social, ne porte aucune atteinte aux bases essentielles de la société, et en l'absence de fraude, elle doit être déclarée valable même en l'absence d'un texte. Alors l'opération pourrait, à notre avis, être admise en droit libanais*⁸ ».

En 1975, la Cour de cassation libanaise, avait déjà affirmé « *qu'en cas de perte du capital social, une réduction de capital serait indispensable pour pouvoir procéder à son augmentation. Sinon, aucun souscripteur n'accepte de participer à l'augmentation*⁹ ». Sans fixer le montant minimal de cette réduction, la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'à affirmer la validité d'une réduction du capital à zéro.

Ce n'est qu'en 2010 que le juge libanais a eu à se prononcer sur une opération de réduction à zéro du capital.

À l'occasion « *des conditions de la remise à flot de la société*¹⁰ » Hôpital Al Chark s.a.l., la jurisprudence libanaise vient apporter une contribution essentielle pour la création d'une opération de réduction du capital à zéro.

Ladite société ayant subi des pertes dépassant le montant de son capital, une réduction à zéro du capital fut mise en œuvre avec annulation de la totalité des actions pour apurer un passif de 392 millions de L.L. Suite à cette réduction, une nouvelle augmentation de 0 à 750 millions fut lancée au pair de 750 mille actions de 1000 L.L. avec vocation prioritaire reconnue aux anciens actionnaires pour y souscrire à raison proportionnelle de leur participation ancienne dans le capital de la société. Les actionnaires, minoritaires, ayant refusé cette résolution ont cherché à obtenir son annulation. Ainsi le tribunal de première instance du Mont Liban a eu à se prononcer sur la licéité de cette opération.

Nonobstant la décision prise par le tribunal de première instance d'annuler la décision de réduction à zéro, néanmoins cette annulation n'avait pas pour fondement la non licéité de l'opération pour absence d'un

8. M. AFFEICH, *La réduction du capital à zéro*, Mémoire DEA, Université Libanaise, 2003.

9. Cass. lib. civ. 1^{re}, 20 mars 1975, *Hatem*, t. 158, p. 306 ; *Rec. Baz* 1973-1975, p. 112.

10. A. VIANDIER, « L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'État », *Bull. Joly* 1990, n° 85.

texte l'autorisant, mais parce qu'elle n'était pas justifiée, le cas échéant, par l'intérêt social.

C'est ainsi avec beaucoup de courage et en poursuivant une approche séduisante que le tribunal de première instance du Mont-Liban a retenu la licéité de cette opération et ceci nonobstant l'absence d'un texte législatif.

Pour conclure, il convient d'affirmer que l'apport de la jurisprudence libanaise, *lato sensu*, ne saurait être ignoré. Cette jurisprudence créative contribue pleinement au développement du droit commercial libanais, à compléter ses lacunes.

Toutefois, toutes ces constructions, si brillantes soient-elles, comportent leur limite. Elles sont soumises au risque d'être qualifiées de trop poussées eu égard des textes existants ou même au risque de revirement jurisprudentiel. En effet, la Cour de Cassation française a, dans son arrêt du 9 octobre 2001, posé le principe : « *Nul ne saurait se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ». La Cour reprend sa position dans un arrêt du 18 décembre 2008 : « *Les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à la jurisprudence constante* ».

L'intervention du législateur pour moderniser le Code de commerce libanais reste indispensable pour donner un nouvel élan à notre économie. Cependant, les modifications doivent être le fruit de grandes réflexions et non d'un anarchisme conduisant à une législation plus compliquée, illisible et incohérente.

L'apport de la soft law : évolutions éthiques, morales et professionnelles

Tala ZEIN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Arabe de Beyrouth

Il n'est plus question, aujourd'hui, de discuter la résurgence d'un droit dit postmoderne qui se caractérise par la flexibilité et la souplesse (dans son élaboration et son application) nécessaires pour répondre aux exigences qu'impose l'organisation des relations intéressées par un élément d'extranéité¹. La *soft law* est-elle un droit « *en voie de mondialisation* »? L'acceptation de la *soft law* - qui présente des caractéristiques différentes de celles de la règle de droit au sens traditionnel - a été réfutée, dans un premier temps, par les systèmes juridiques « *durs* ». Ces règles émanant d'autorités privées présentent parfois une certaine effectivité qui offre au juge « *dur* » le choix de la reconnaissance de la règle la plus adaptée, ou de celle imposée par les autorités compétentes, ou, à l'opposé, le choix de leur rejet.

La position conservatrice est remplacée par une acceptation plus large, qui consiste à faire accéder des règles dites « *souples* » au rang des règles de droit au sens classique, et cela a bien une résonance dans le domaine des règles éthiques, professionnelles et autres, toutes pouvant être catégorisées sous le libellé de « *codes de conduites* ». L'intégration de ces

1. J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », *Mél. Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Lexisnexis, 2008, p. 331.

règles non-étatiques visant tantôt à moraliser les activités économiques, tantôt à consacrer la protection des Droits de l'Homme, ou à renforcer la responsabilité professionnelle, reflète une certaine effectivité complétant les règles édictées par le législateur, autorité normalement compétente.

Selon une conception classique de sources de droit, les règles non-étatiques qui prennent diverses formes (avis, recommandations, actes et autres) ne peuvent être considérées comme de vraies règles de droit. En revanche, une perspective moderne du droit apparaît plus réceptive à ces règles. À cet égard, la reconnaissance du « *droit souple* » en tant que droit a le mérite de faire accéder les règles éthiques, morales et professionnelles émanant d'autorités privées aux frontières du droit véritable².

Il s'agit alors de procéder, dans un premier temps, à la justification du caractère « *droit* » de la *soft law* pour admettre que les règles éthiques morales et professionnelles font partie de ce corpus. Partant de ce constat réalisé par le Doyen Carbonnier, selon lequel « *le droit est plus grand que la règle de droit*³ », la question fondamentale qui se pose est de savoir si la *soft law* fait partie du droit⁴. Par exemple, les recommandations émanant d'une organisation internationale, d'un organe communautaire, d'une autorité publique non compétente, ou d'une autorité privée (entreprise) sont-elles des règles de droit ?

Avant d'essayer d'apporter des réponses à ces questions, il est important d'attirer l'attention sur l'utilisation du terme *soft law* au lieu de celui de « *droit souple* ». Cette habitude illustre l'installation de l'anglicisme dans le langage juridique français. La *soft law* est une expression souvent employée pour qualifier les nouvelles manifestations de la régulation sociale. Dépasant le débat inachevé sur la théorie de l'américanisation du droit, les termes *soft law* se traduisent par « *droit souple, mou, flou, doux, flexible, élastique, maniable...*⁵ ».

2. En ce sens, V. : M. LAROUER, « Les codes de conduites, sources du droit », *RTD civ.* 2017, p. 938 ; H. BARBIER, « L'incidence croissante des codes de déontologie sur la formation et le contenu du contrat », *RTD civ.* 2017, p. 636 ; M. MEYO, *La norme facultative*, thèse de doctorat, Université d'Orléans, 2016, p. 53 et s.

3. J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2001, p. 20.

4. C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

5. *Ibid*, p. 5 et s.

D'après la majorité doctrinale française, l'expression « *droit souple* », outre sa plus grande neutralité, présente l'avantage d'avoir un sens plus « *global* » que les autres expressions ; en cela, elle peut à la fois aider à lever les préjugés à son égard, et favoriser sa découverte. C'est en ce sens que le Conseil d'État français a retenu le terme de « *droit souple* » comme sujet de son étude annuelle le 2 octobre 2013, passant d'une attitude réservée à l'égard des normes qu'il avait pu qualifier de « *droit mou* » ou encore de droit « *à l'état gazeux* » à l'ambition d'en recommander l'utilisation⁶. Alors en quoi consiste ce droit souple ? Quel est le terrain d'élection de son intervention ou de son application ? Il s'agit, dans cette étude, d'identifier le caractère de « *droit* » du droit souple, avant de révéler le rôle de la *soft law* dans la mise en relief des règles éthiques, morales et professionnelles dans les différents domaines.

Paragraphe 1. L'absence du caractère contraignant, critère d'exclusion du « *droit souple* » du domaine de la théorie générale du droit

A. La conception classique de la règle de droit

Pour certains auteurs, il suffit de reprendre la définition du droit pour soutenir l'hypothèse selon laquelle le « *droit souple* » ne fait pas partie du droit⁷. Le droit est un ensemble de règles dont chacune présente divers caractères, tels que le fait d'être « *générale* », « *obligatoire* » et « *sanctionnée*⁸ ». Plus précisément, la sanction juridique s'entend de la contrainte dont est assortie toute règle de droit ; contrainte potentielle de l'autorité publique. C'est dans ce dernier caractère, le caractère contraignant ou coercitif, que réside le critère de la règle de droit : seules sont juridiques les règles dont le respect peut, au besoin, être assuré par

6. Ch. VIGOUROUX, « Du droit mou au droit souple », *AJDA* 2013, p. 1825.
7. H. KELSEN, « Droit et État du point de vue d'une théorie », in *Annales de Droit comparé de l'Université de Paris 2*, Sirey, 1936, p. 24 ; *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, La pensée juridique, 1997, p. 109 et s.
8. M. AL JAMMAL et M. KASSEM, *La théorie générale de droit - La règle du droit*, Dar al jameyaai, t. 1, p. 33 et s. ; A. JAAFAR, *La Méthodologie de la recherche juridique*, Librairie Zein, 2016, p. 155 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, p. 166 et s.

le recours à la contrainte. Et puisque le droit est constitué de règles, ce critère de la règle de droit qu'est la contrainte est nécessairement le critère du droit.

Pour les partisans d'un droit dur, deux critères essentiels ont été exigés pour identifier une règle de droit : la sanction et la justiciabilité, cette dernière pouvant être définie comme l'effet juridique de la règle émanant du fait qu'elle provient d'une autorité publique. En se basant sur l'absence de ces deux critères, le caractère normatif n'est pas attribué à la « *règle souple* » dépourvue de toute force obligatoire sachant qu'elle provient parfois des « *autorités* » ou d'un ordre « *juridique privé* ». Selon eux, la reconnaissance du droit souple va susciter un désordre normatif et une insécurité juridique⁹.

Quelques auteurs ne sont pas convaincus par les arguments avancés puisque, selon eux, la sanction n'est pas un critère de la règle de droit. M. Terré est intervenu à ce propos en affirmant que « *la règle n'est pas juridique parce que sanctionnée, mais sanctionnée parce que juridique*¹⁰ ». Par ailleurs, la règle de droit ne constitue pas nécessairement un ordre. Le droit peut ainsi inclure à la fois des règles qui commandent un certain comportement, et des règles qui fixent des objectifs et qui relèvent, quant à elles, de la technique de la recommandation. Ces dernières participent non plus de la fonction autoritaire du droit, mais d'un mode de direction souple des conduites. Cette perception de la règle de droit se rapproche du modèle Santi Romano.

B. La règle de droit selon Santi Romano

Il est traditionnellement admis que le concept de « *normativité* » est directement lié aux idées d'interdiction, d'ordre et d'autorisation. Néanmoins, le concept *norma* comporte l'idée de modèle qui ne correspond pas seulement à l'interdiction et l'autorisation mais aussi à l'orientation. Cette perspective dépasse la lecture classique de Kelsen

9. H. PAULIAT, « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDJ*, n° 1, 2017, p. 59.

10. « *Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce que sanctionnée, mais sanctionnée parce que juridique* », F. TERRÉ, « Pitié pour les juristes », *RTD civ.* 2002, p. 247, spéc. p. 248 ; M. AL JAMMAL et M. KASSEM, *La théorie générale de droit - La règle du droit*, p. 33 et s.

avec sa vision hiérarchique, étatique et positiviste de la norme, pour se conformer au modèle de Santi Romano¹¹.

Pour Romano, la hiérarchie n'est qu'une des composantes de l'ordre juridique. Entre l'ordre juridique et les normes, il existe une relation à double sens, le premier est constitué des normes et ces dernières, à leur tour, déterminent cet ordre et son développement. Le modèle adopté par Romano n'a alors rien d'étatique. L'interdépendance entre État et droit doit d'ailleurs être nuancée : si l'État est aujourd'hui perçu comme la forme la plus aboutie de construction juridique, l'existence du droit a très largement précédé son apparition. En outre, il existe à présent un ordre international, dont la nature juridique n'est pas contestée malgré l'absence d'État supranational ou international. Dès lors, on peut parvenir à concevoir l'existence d'ordres juridiques privés en admettant un tel pluralisme au détriment d'un positivisme pur¹². Ainsi, selon Santi Romano, un ordre juridique privé peut parfaitement être source de contrainte, de même que l'ordre international, dont le caractère juridique est néanmoins manifeste, produit des normes contraignantes. Ce raisonnement fait écho à la maxime énoncée par le Professeur Carbonnier : « *Le droit est plus grand que la règle de droit* ».

Sortons de la coquille du droit « *dur* » émanant de l'autorité étatique, qui par sa rigidité risque de perdre son adaptabilité, pour pouvoir accueillir le caractère normatif du droit souple. En effet, une norme n'est pas seulement celle qui comporte un ordre et une sanction, mais elle peut être également celle qui recommande, incite et oriente un comportement. Cette dernière facette peut présenter une efficacité supérieure à celle offerte par la règle au sens traditionnel, rédigée par des autorités parfois loin des exigences sociales, économiques et autres. Par la suite, le droit souple peut être normatif sans être contraignant, prescriptif sans être sanctionnable ; il pèse sur les réputations et les transactions - et les influence - et suscite ou détruit la confiance. On peut également aller plus loin en affirmant que le droit « *souple* » ne nécessite pas d'être une norme au sens traditionnel ou classique pour être du droit.

11. Ph. JESTAZ, « Définir le droit...ou l'observer », *RTD civ.* 2017, p. 781.

12. G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in *Le droit souple, Journées Nationales*, Dalloz, t. XIII, 2009, p. 39.

Le débat autour de la qualification du droit souple en tant que droit n'est pas encore clos. Néanmoins, le Conseil d'État français a franchi le pas dans son étude annuelle 2013¹³ et a souligné l'intérêt de tenir compte de la portée normative du « *droit souple* ». Ces règles souples, pouvant apparaître sous forme de recommandations, normes techniques, référentiels de bonnes pratiques, contrats-types, chartes, codes de bonne conduite ou encore lignes directrices, ont en commun, d'une part, de ne pas obliger leurs destinataires tout en contribuant « *à orienter les comportements* » et, d'autre part, de pouvoir être produits aussi bien par les pouvoirs publics que par des personnes privées¹⁴. À l'occasion de ladite étude, le Conseil d'État a proposé une définition du droit souple et a suggéré trois critères d'identification. En premier lieu, à l'instar du droit dur, le droit souple a pour objet d'orienter les comportements. Ensuite, le droit souple doit être distingué, d'une part, du droit dur, en ce qu'il est dépourvu de force contraignante, et, d'autre part, du non-droit, dès lors que son contenu, son mode d'élaboration, son degré de formalisation et sa structuration lui confèrent une forme juridique. Le glissement, dans l'analyse du Conseil d'État, d'une notion de droit « *à l'état gazeux* », mou, flou et doux, vers un concept de droit souple, digne d'être pris au sérieux, mérite d'être souligné. Il s'insère d'abord dans un mouvement plus général, tendant à adopter une approche plus pragmatique et fonctionnelle du droit et à louer, par suite, l'adaptabilité et l'effectivité du droit souple. Ensuite, il s'inscrit dans un processus progressif, propre au Conseil d'État, de reconnaissance de la juridicité d'actes de droit souple¹⁵ : en 2016, les Sages se sont estimés compétents pour admettre le recours pour excès de pouvoir formé contre de tels actes émanant d'autorités administratives indépendantes (AAI)¹⁶. Le critère d'effectivité du droit souple a été souligné afin de pallier les lacunes des critères classiques de détermination du caractère normatif d'une règle.

13. Ch. VIGOUROUX, « Du droit mou au droit souple ».

14. G. CHANTEPIE, « Les codifications privées ».

15. C. THIBERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », p. 622.

16. CE, n° 368082, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres ; CE, n° 390023, 21 mars 2016, Société NC Numéricable.

Paragraphe 2. L'effectivité, critère de reconnaissance de la portée normative de la *soft law*

L'intérêt et l'effectivité de la *soft law* par rapport à la *hard law* ont incité la doctrine ainsi que la jurisprudence à chercher à judiciaireiser les normes volontaires afin de leur accorder une portée plus large¹⁷. Des démarches inverses sont menées par la *hard law* et la *soft law*. La première procède par la promulgation d'une règle absolue assortie d'une sanction, puis judiciaireise, *a posteriori*, la violation de cette règle et punit le contrevenant. La violation d'une norme de *soft law*, à l'inverse, n'est en principe pas directement sanctionnée par un juge : une telle norme a pour objet d'inciter son destinataire à orienter d'emblée son comportement de sorte que ses actions soient, *in fine*, conformes à l'intérêt général et à une certaine conception du progrès, dont la norme en cause se vaut garante.

À la fin du XX^e siècle, les deux concepts d'effectivité et d'efficacité ont servi de socle à une nouvelle logique juridique, animée par différents facteurs, tels que la raison, la science et le pragmatisme. En effet, l'effectivité est déterminée par une comparaison entre les conduites réelles des destinataires vis-à-vis du modèle normatif de comportement. Ce modèle peut être imposé par la loi ou suggéré par la *soft law*. En fait, l'existence du phénomène de l'ineffectivité de la loi est incontestable et a été démontrée par la doctrine à plusieurs reprises¹⁸. M. Carbonnier l'illustre en énonçant que « *l'ineffectivité des lois à des degrés variables, c'est le trop-plein par où l'équilibre se rétablit entre la volonté du pouvoir et la tolérance du corps social*¹⁹ ». À cet égard, il apparaît que l'effectivité de la *soft law* est indiscutable, dès lors qu'elle provient de la réalité pratique²⁰.

17. A. BOUVERESSE, « La portée normative de la *soft law* », *Rev. de l'Union Européenne* 2015, p. 291.

18. M. le juge Pr. Sami MANSOUR, au cours de son intervention dans une conférence intitulée « Le réalisme et le droit », qui a eu lieu à l'Université Arabe de Beyrouth, Oct. 2017.

19. V. l'intervention de M. le juge Professeur Sami MANSOUR, « Le réalisme et le droit », préc. M. le juge a évoqué deux cas, le premier illustre un exemple où le juge s'est abstenu d'appliquer le texte inadapté au cas qui lui est présenté, et le deuxième représente un cas où le juge a partiellement appliqué un texte pour répondre à des exigences d'ordre pratique.

20. F. TERRÉ *et al.*, « Le rôle créateur de la pratique dans l'élaboration de la norme juridique », *Gaz. Pal.* 18 avr. 2013, n° 108.

En dépit de leur effectivité, le défaut de caractère ou de critère contraignant et l'absence de sanction juridique et juridictionnelle qui en découle font obstacle à la reconnaissance inconditionnelle de la portée normative de tels actes ou règles. Il existe néanmoins un rapport entre la *soft law* et le droit qui se caractérise davantage par la complémentarité que par la concurrence. En effet, le caractère normatif d'une règle n'est pas lié au facteur intrinsèque de contrainte ; comme on l'a déjà mentionné, la contrainte est un élément externe à la norme et l'énoncé qui n'emporte pas sanction n'est pas nécessairement dépourvu d'effets. Révélant une certaine force obligatoire implicite, la pratique de la *soft law* a reconnu une certaine effectivité normative²¹. La reconnaissance par le juge de l'opposabilité des actes (constituants de la *soft law*) à leurs destinataires a contribué à conférer à la *soft law* une effectivité contentieuse.

A. Une effectivité normative

En dépit de son caractère non contraignant, la *soft law* a acquis une autorité de fait grâce à son efficacité et son effectivité. En effet, l'effectivité d'une norme dépend du degré de conformité de ses effets aux intentions de son auteur ; elle se mesure également à la lumière de la sécurité juridique qu'elle offre à ses destinataires²².

On peut identifier l'effectivité normative de la *soft law* à plusieurs niveaux. Elle peut, tout d'abord, être observée à travers l'accompagnement que la *soft law* offre au droit dur. Cette fonction d'accompagnement apparaît lorsque le droit dur délègue à la *soft law* la mission de régir une matière, ou lorsque le droit souple permet au droit dur d'être plus accessible en explicitant son contenu (circulaire / charte de service public), en assurant sa prévisibilité (directive) ou sa mise en œuvre (démarches de conformité au sein des entreprises).

Elle peut également se manifester à travers l'incitation, par la *soft law*, à l'adoption d'un droit dur plus malléable et mieux adapté aux évolutions technologiques ou sociétales. À titre d'exemple, la gouvernance d'Internet

21. V. : M. DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative*, PUF, 2004, p. 97 et s.

22. L'effectivité, définie comme « l'efficacité dont peut vérifier la réalité, dont la réalité est incontestable », suppose ainsi de constater un « effet réel » de la norme ; M. MEYO, *La norme facultative*, p. 181 et s.

et la prévention des conflits d'intérêts sont des terrains propices à l'édiction des règles de *soft law*.

Enfin, en droit international particulièrement, cette effectivité est concrétisée par l'effet de substitution de la *soft law* au droit dur.

Le régime des aides d'État au sein de l'Union européenne illustre parfaitement la fonction d'accompagnement précédemment énoncée. Aux termes du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), le pouvoir de déroger à l'interdiction de principe de ces aides relève de la compétence de la commission. Dans ces conditions, les opérateurs économiques ne peuvent savoir à l'avance si seront subventionnées ou non des activités dont la viabilité dépend souvent de telles aides. La sécurité juridique se trouve néanmoins renforcée par l'énonciation, par la Commission, d'orientations générales - règles de *soft law* par excellence - visant à clarifier l'orientation de sa politique. Bien que non contraignantes, les lignes directrices énoncées dans ce contexte son en règle générale, respectées par les États membres et les opérateurs économiques, qui confèrent ainsi une autorité de fait à l'interprétation et aux orientations dégagées par la Commission. Par ailleurs, dans le cadre des procédures en manquement pouvant être engagées à l'encontre des États membres par la Commission, gardienne des traités, les règles de droit européen servant de fondement à l'action peuvent être examinées à la lumière de ces orientations²³.

De même, il est de plus fréquent que des personnes morales de droit privé émettent des codes de conduite dont le mode d'élaboration est souvent comparable à celui des normes émises par les personnes publiques²⁴. Dans certains cas, de telles règles peuvent aller jusqu'à pallier les lacunes de la loi. Ainsi, les normes internes à l'entreprise et adressées à ses salariés ou à ses cocontractants peuvent revêtir un caractère contraignant à l'égard, d'une part, de l'entreprise - liée par ses propres engagements - et, d'autre part, de ses destinataires. La menace d'un licenciement ou d'une rupture d'un contrat, de même que l'interdiction de faire usage de signes distinctifs donnés, constituent des vecteurs d'effectivité incontestables.

23. A. BOUVERESSE, « La portée normative de la *soft law* », p. 294.

24. Ch. JUBAULT, « Les codes de conduite privés », in *Le droit souple*, p. 27 et s. ; M. LAROUER, « Les codes de conduite, sources du droit » ; G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privées », in *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman*, Litec, p. 48 ; I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regard sur une pratique en expansion », *JCP G.* 2003, n° 9, p. 337.

De telles normes prévoient parfois des procédures d'inspection des locaux des fournisseurs et sous-traitants et des mécanismes de sanction ; les noms des entreprises sanctionnées pour manquement à ces règles de bonne conduite peuvent être répertoriés. Les salariés, quant à eux, peuvent faire l'objet de procédures d'alerte éthique, très contestées.

L'influence de telles mesures est difficile à évaluer, d'autant plus qu'il est rare que les tribunaux en soient saisis. Pour autant, leur caractère dissuasif et, partant, leur potentiel d'efficacité, sont manifestes. Mieux, il paraît vraisemblable que la soustraction à l'ordre juridique classique et, particulièrement, à l'ordre juridictionnel, soit précisément l'un des effets recherchés par les acteurs ayant recours à de telles normes.

Néanmoins, l'ambition de se soustraire entièrement aux mécanismes juridictionnels et juridiques « *durs* » n'est pas réaliste. Si les normes édictées par ces codes de conduite sont, en tant que telles, dépourvues de caractère contraignant, elles s'imposent néanmoins au salarié et au cocontractant au moyen d'un contrat, lequel n'échappe pas au contrôle du juge. La rupture d'un contrat pour violation du code de conduite pourra, en tout état de cause, être qualifiée d'abusive.

Par ailleurs, l'effectivité normative de règles de *soft law* peut être évaluée au regard de son rôle incitatif. À cet égard, deux exemples méritent d'être énoncés : celui des règles relatives au gouvernement d'entreprise et celui de la responsabilité sociétale des entreprises.

D'abord, en matière de gouvernement d'entreprise, l'influence du droit souple est notable en ce qui concerne la rémunération des dirigeants. En effet, il semble que le mode de détermination de celle-ci échappe en partie aux dispositions du Code civil et du Code de commerce, qui régissent pourtant le statut des dirigeants. En conséquence, de nombreux ouvrages de droit des sociétés renvoient aux dispositions énoncées par des codes de gouvernement d'entreprise. Ainsi des thèmes classiques du droit des sociétés sont, de fait, désormais en partie régis par des normes élaborées et compilées par des acteurs non-étatiques, tels que des associations professionnelles. Les professionnels du droit des sociétés, pour appréhender la réalité de la discipline dans sa globalité, ne sauraient les écarter d'un revers de main et doivent en tenir compte.

L'importation, en Europe et au Moyen-Orient, de la doctrine du gouvernement d'entreprise (*corporate governance*), d'origine anglo-américaine, a incontestablement influencé le droit des sociétés et favorisé l'apparition de codifications privées dans ces régions au cours des vingt dernières années. Durant les années 1990, la perte de pouvoir des actionnaires au profit des dirigeants a donné lieu à une crise de confiance et à une défiance croissante à l'égard de ces derniers. Dans ce contexte, la rationalisation du fonctionnement des sociétés au service de leurs actionnaires a été prônée par ceux-ci au sein même des entreprises. Ainsi, la doctrine du gouvernement d'entreprise résulte d'initiatives purement privées : les normes y afférentes ont été élaborées en dehors des canaux étatiques. Ces règles formulées par des entités privées et compilées, par souci de lisibilité et de crédibilité, dans des codes, témoignent encore du recul du monopole de la personne publique en matière de création normative.

Au Liban, la résurgence des principes de gouvernement d'entreprise, établis par l'OCDE et le Comité Bâle au titre de recommandations et, par conséquent, facultatifs, s'est effectuée à travers l'adoption de la loi bancaire n° 9382/2006. Cette résurgence a par ailleurs incité le Rassemblement de Dirigeants et Chefs d'entreprises libanais (RDCL) à préconiser un « *Code d'éthique des affaires* ». Dans le même sens, la loi n° 160 du 17 août 2011 a incriminé l'exploitation d'informations privilégiées non diffusées dans les transactions sur les marchés financiers (délits d'initiés). Ainsi, les contrevenants peuvent encourir jusqu'à trois ans de détention et une amende de deux à dix fois supérieure au montant du gain illicite réalisé²⁵.

En Arabie saoudite, le 13 février 2017, l'autorité des marchés financiers a établi une liste de principes de bonne gouvernance des entreprises devant être respectées par les sociétés cotées en bourses. Procédant ainsi, elle a participé à l'émergence de règles de conduite ou d'éthique dans les sociétés cotées pour assurer l'intégration des principes de bonne gouvernance.

En France, le rôle incitatif de la *soft law* (surtout concernant la morale et la conduite) est indéniablement visible dans l'actualité normative, en

25. V. le rapport issu de la conférence tenue sous l'égide de la Ligue des États arabes autour de la « *corporate governance* » dans les pays arabes, le 5 avril 2017 au sein du Centre arabe de recherches juridiques et judiciaires.

particulier à travers la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprise et la loi Sapin 2 n° 2016-1961 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique²⁶.

L'importance croissante de l'éthique dans la vie des affaires, combinée à une tendance actuelle autorégulatrice, a donné lieu à l'apparition d'une responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), définie par la Commission européenne, dans sa troisième Commission sur la RSE (2011) comme « *l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* ». Là encore, si les règles relatives à la RSE ne s'imposent pas aux entreprises, celles-ci pourront voir leurs stratégies de communication sanctionnées, en cas de manquement, sur le fondement de dispositions relatives à la publicité mensongère, voire sur celui de l'obligation naturelle, permettant de tirer d'engagements purement éthiques une source de responsabilité²⁷.

La tenue d'un sommet sur la RSE en 2015 a provoqué une prise de conscience dans plusieurs pays arabes. Toutefois, la région reste confrontée à des défis d'envergure. Au Liban, où le système économique repose, davantage que dans les pays voisins, sur le secteur privé, l'avènement de la RSE dépend presque exclusivement des initiatives d'entreprises soucieuses de persuader, dans leur propre intérêt, leurs concurrentes de réguler leurs comportements. Néanmoins, la majorité des banques libanaises représentant les principales sociétés cotées en bourse, encouragées par la Banque du Liban (BDL), ont intégré dans leurs systèmes des éléments sociaux et environnementaux. En effet, la BDL a facilité l'octroi de prêts consacrés aux projets ayant un impact social et environnemental, sans pour autant adopter un régime de RSE à proprement parler.

26. D. PORRACHIA, « Présentation générale, le droit des sociétés dans la loi Sapin 2 », *Bull. Joly Soc.* n° 1, 2017, p. 64.

27. R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme ? », *D.* 2013, p. 1588.

Enfin, le droit souple peut également être un « *droit de substitution au droit dur* ». En particulier, l'application des règles *IBA guidelines* par l'arbitre, dans l'arbitrage du commerce international, illustre ce phénomène. Malgré la possibilité du recours aux règles procédurales du siège de l'arbitrage, le recours aux *IBA* pour évaluer l'impartialité, l'indépendance et la compétence d'un arbitre est fréquent car approprié aux critères d'identification des conflits d'intérêts. L'efficacité normative attachée à la *soft law* explique de plus, en partie, la consécration par le juge de sa portée normative. Dans la mesure où il ne peut être dénié une autorité de fait particulièrement importante à ces actes, le juge, pragmatiquement, réconcilie ainsi le fait et le droit²⁸.

B. Une effectivité contentieuse

Les règles de la *soft law* se sont avérées indispensables pour le juge dans l'exercice de sa mission, contribuant ainsi à une effectivité contentieuse. La *soft law* peut constituer le pont permettant au juge de surmonter l'inadaptabilité de la règle de droit et de rendre une décision plus appropriée.

Cette effectivité est particulièrement manifeste dans les systèmes anglo-américains, où l'élaboration de règles de droit incombe en grande partie aux juges. À l'inverse, dans les pays de tradition romano-germanique, le pouvoir du juge consiste, à titre principal, à appliquer et à interpréter les textes juridiques. Néanmoins, les juges français et libanais pourraient donner aux règles de droit souple une certaine juridicité via l'application de l'article 4 de leurs Code civil et de procédure civile respectifs²⁹.

28. Dorénavant, l'application des règles émanant des autorités privées en matière d'arbitrage international ne présente pas de problèmes particuliers ; V. : G. B. BORN, *International Arbitration (Cases and Materials)*, Wolters Kluwer, Aspen Casebook Series, 2nd éd., 2015, p. 690.

29. Aux termes de l'article 4 du Code civil français, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

L'article 4 du Code de procédure civile libanais dispose quant à lui que « *le juge se rend coupable de déni de justice dans les cas suivants* :

- 1) *s'il s'abstient de juger pour les raisons d'absence ou d'ambiguïté du texte* ;
- 2) *s'il tarde dans la délivrance d'un jugement sans motif légitime*.

En outre, le législateur français a progressivement accordé davantage de pouvoir au juge judiciaire : la réforme du droit des contrats et des obligations d'octobre 2016 a consacré une acception large des « *standards juridiques* » élargissant ainsi les pouvoirs du juge, malgré la crise de confiance dont souffre actuellement l'autorité judiciaire en France.

Bien avant la date de 2016, la pratique a témoigné du recours du juge français à la règle souple en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Le recours pour excès de pouvoir contre des actes non obligatoires rendus par les autorités administratives a également été admis. Dans le domaine économique (en matière d'ententes et abus de position dominante), les procédures d'infraction et les méthodes de calcul ont été énoncées par des communications et lignes directrices, qui, bien que non contraignantes, servent d'outil au juge, notamment dans la caractérisation d'une erreur manifeste d'appréciation. En particulier, celle-ci est présumée lorsqu'une institution ne respecte pas les lignes directrices qu'elle s'est imposée à elle-même. C'est par ce biais que des erreurs d'analyse de la Commission ont pu être qualifiées d'erreurs manifestes d'appréciation. Sans renoncer pour autant à son pouvoir de contrôle de l'appréciation de l'institution émettrice des normes en cause, le juge s'emploie ainsi à vérifier que celle-ci se conforme à ses propres directives. De cette manière, des actes non contraignants et informels viennent compléter la législation en vigueur en matière d'entente et de position dominante et servir d'appui au juge.

En droit administratif, diverses normes de droit souple sont à présents soumises au contrôle de légalité. Suite à son étude de 2013, le Conseil d'État a qualifié, en 2016, de nombreuses normes de droit souple d'actes faisant grief, s'estimant par là même compétent pour connaître du recours pour excès de pouvoir formé à leur encontre, et leur reconnaissant ainsi une efficacité et une effectivité juridique certaines³⁰.

Si le texte est ambigu, le juge doit l'interpréter conformément à son objet et en cohérence avec les autres textes.

En cas d'absence du texte, le juge doit se référer aux principes généraux du droit, à la coutume et à l'équité. » (traduction libre).

30. V. *supra*, n° 13.

Le juge libanais est plus timide à cet égard. Néanmoins, quelques exemples reflètent son intention de sortir du cadre classique de la règle de droit dur pour rendre des solutions plus adaptées aux faits du procès et plus proches à l'équité. Le juge unique de Beyrouth, dans sa décision rendue 26 janvier 1984, a élargi la notion de lien de parenté ou d'alliance pour inclure la belle-mère. Dans cette affaire, le juge a considéré qu'après le décès d'un couple par accident de voiture, la mère de l'épouse a le droit de profiter de la prorogation légale du bail résidentiel³¹.

Dans ce même cadre, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 24 mai 2011, a affirmé la validité de la donation de biens immobiliers non-inscrits auprès du registre foncier³².

Ces deux exemples illustrent la potentielle souplesse du juge libanais face au texte dur dans le but de rendre des décisions qui répondent davantage aux considérations d'équité.

Ces décisions et l'article 4 du Code de procédure civile libanais, utilisés conjointement, pourraient constituer un fondement solide à l'application, par le juge libanais, de la règle ou de l'acte souple dont l'adaptabilité est incontestable dès lors qu'ils proviennent de la réalité pratique.

Néanmoins, la reconnaissance de la normativité de la *soft law* ne saurait en aucun cas porter atteinte, sous couvert d'effectivité et d'efficacité, à des valeurs proprement juridiques. Rien ne s'oppose à ce que les normes issues des codes de conduite, bien que non-étatiques, intègrent l'ordre juridique. Qu'en est-il, par contre, des matières relevant directement de pouvoirs régaliens, telles que le droit pénal des affaires ?

« *Il s'agit aujourd'hui de se servir de la loi et de ne pas être asservis...* »

Un nombre non négligeable d'auteurs évoquent l'idée du devenir du droit souple, de sa conversion en un « *droit dur* », ou de sa théorisation ; or cette dernière position ne se révèle pas souhaitable. Le droit souple perd son objectif s'il se substitue au droit dur. Il serait plus opportun, afin

-
31. Une comparaison entre la décision du Juge Unique Beyrouth, n° 2291/85, 26 janv. 1984, *Al Adl* 1985, 3-4, p. 410 et s. et la décision du Juge Unique Baabda, n° 76, 4 juill. 1985, *Al Adl* 1985, 3-4, p. 606 et s.
 32. Cass. civ. 10^e, n° 50, 24 mai 2011, *Al Adl* 2011, 3, p. 1225 et s. ; Beyrouth, 10^e ch., 21 juin 2004, *Al Adl* 2005, 1, p. 85 et s.

de conserver les intérêts pour lesquels il a émergé, d'adhérer aux idées des premiers auteurs - notamment M^{me} Catherine Thiberge -, qui ont proposé de dresser une échelle normative sans pour autant jamais remplacer le droit dur. Cette échelle permettrait de dessiner les frontières entre ce qui est droit et ce qui est non-droit, et entre ce qui est droit dur, droit souple et droit très souple.

Le recours à la *soft law* s'explique par la grande flexibilité qu'elle présente dans des domaines où la réactivité au contexte économique et social général est indispensable. La raison d'être du droit souple réside dans sa capacité à s'adapter aux exigences imprévues d'ordre social ou économique, capacité qui lui donne son importance et son efficacité. Converti en droit dur, le droit souple perd sa raison d'être. Le droit souple se place au service de la qualité du droit et renvoie, par suite, à l'amélioration de la qualité du droit ainsi qu'à sa simplification.

La souplesse de ce droit lui permet d'intervenir dans des domaines où le droit est silencieux et d'inciter le législateur à y agir pour davantage d'efficacité, et c'est de cette fenêtre que les règles d'éthiques/morales et professionnelles souvent d'origines non-étatiques trouvent leur fondement normatif.

Pour conclure, on peut affirmer que l'influence de l'idéologie anglo-américaine du *New Public Management*, qui établit des normes technico-économiques destinées à produire un résultat, nous ramène au sujet évoqué dans l'introduction, l'américanisation du droit. Ce courant incite les autorités publiques et privées à se conformer aux exigences pratiques tout en gardant l'esprit général du droit écrit ou du droit dur. L'américanisation n'est donc pas forcément synonyme d'invasion culturelle et juridique !!!!

L'apport de la recodification commerciale française

Philippe PÉTEL

*Professeur à l'Université de Montpellier,
Doyen de la Faculté de Droit et de Science politique*

Les Français aiment leurs Codes, comme ils ont aimé leur Empereur. Jamais vraiment consolés de la disparition de celui-ci, ils ne supportent pas la disparition de ceux-là, symboles d'une législation pertinente, accessible et rationnelle. C'est la raison pour laquelle le Gouvernement français a institué, en 1989, une Commission supérieure de codification ayant pour mission de restructurer et de compléter la collection des codes de droit français.

Le fruit le plus visible de cette entreprise de recodification est la renaissance du Code de commerce. Celui de 1807 n'était pas un si mauvais code bien qu'il ait souffert de la réputation et de la supériorité de son prestigieux aîné. Pourtant, il s'était vidé de sa substance tout au long du XIX^e et du XX^e siècle, au point qu'il ne comportait plus que 150 articles sur les 648 du Code d'origine, l'essentiel du droit commercial (sociétés, faillites, baux commerciaux, fonds de commerce, concurrence) étant « *hors les murs*¹ ».

1. Sur les causes de ce phénomène, V. : B. OPPETIT, « La décodification du droit commercial français » *in Études offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 197.

La recodification pouvait se faire selon trois méthodes différentes².

La première aurait consisté à rédiger un nouveau code modifiant l'ensemble de la matière. C'est le choix qui avait été fait avec le nouveau Code pénal de 1994 qui avait modifié sensiblement le droit pénal français.

La deuxième méthode aurait consisté à refondre progressivement le code existant, par thèmes. C'est la formule retenue en droit civil. Depuis plusieurs décennies, des pans entiers du Code civil sont revisités à l'occasion de multiples réformes d'envergure : par exemple, le droit des personnes et de la famille dans les années 1960 et 1970, les sûretés réelles en 2006 ou les obligations en 2016.

La troisième méthode était la refonte « à droit constant », ce que le Professeur Rémy Cabrillac nomme « *la codification-compilation*³ ». C'est le choix qui a été fait pour le Code de commerce⁴.

Cette méthode s'est imposée par souci de rapidité. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'introduction de la circulaire du 30 mai 1996⁵ qui a relancé le mouvement de recodification commerciale après l'échec d'une première tentative⁶ : elle commence par rappeler que « *le Gouvernement a décidé d'achever la codification de l'ensemble des lois et règlements dans un délai de cinq ans* ». On se doute bien qu'un pareil objectif ne permettait pas d'envisager autre chose qu'une codification à droit constant.

Ce parti pris étant arrêté, il est évident que nul n'attendait de la recodification du droit commercial des améliorations de fond. Le seul objectif affiché par le législateur était d'améliorer l'accessibilité du droit. C'est bien ce que proclamait la circulaire précitée :

-
2. Sur les difficultés du projet, V. B. OPPETIT, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.* 1990, p. 1 ; A. OUTIN-ADAM et A.-M. REITA-TRAN, « Excès et dérives dans l'art de légiférer », *D.* 2006, p. 2919 ; F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, « Si l'on voulait un code de commerce », *D.* 2007, p. 1377.
 3. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002.
 4. Sur le détail de cette méthode, V. C. ARRIGHI DE CASANOVA et O. DOUVRELEUR, « La codification par ordonnance. À propos du Code de commerce », *JCP G.* 2001, p. 61.
 5. Circ. 30 mai 1996, relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF du 5 juin 1996, p. 8263 et s.
 6. Sur le projet de 1994, V. F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, « Codifier est un art difficile (à propos d'un ... "Code de commerce") », *D.* 1994, p. 99.

« La réalisation de cet objectif ambitieux doit faciliter la mise en œuvre du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi et permettre aux citoyens, aux élus, aux fonctionnaires, aux entreprises de mieux connaître leurs droits et obligations. La prolifération et l'enchevêtrement de règles qui caractérisent aujourd'hui notre ordre juridique sont unanimement dénoncés ; il importe d'y mettre fin ».

S'il faut porter un jugement, dix-huit ans après, sur le nouveau Code de commerce, il faut donc se demander si ce code a amélioré l'accessibilité du droit commercial français, ce qui était son objectif (paragraphe 1).

Toutefois, on aurait pu attendre autre chose d'une codification. Celle-ci est l'occasion de rénover le droit et de le stabiliser.

Ce sont, paradoxalement, les adversaires de la codification qui le suggèrent. Savigny, au XIX^e siècle, s'opposait farouchement au modèle de codification napoléonien au motif qu'il aurait pour effet de figer le droit, alors que celui-ci devrait évoluer progressivement *« par l'usage et l'opinion du peuple »*. Thaller reprend cette thèse en 1904 dans un rapport préliminaire sur la question de la révision du Code civil où il affirme que *« la codification immobilise le droit⁷ »*.

De fait, le souci de stabilité du droit n'était pas absent des grandes codifications napoléoniennes. Incrire dans le code les règles destinées à unifier le droit français, après la chute de l'ancien régime et les désordres de la révolution, c'était les graver dans le marbre pour les générations à venir.

Il est inutile de dire que le Code de commerce de 2000, qui n'a pas été conçu avec cette ambition, n'a eu aucun effet sur l'instabilité de la législation commerciale. Dénoncée depuis longtemps⁸, cette instabilité n'a jamais été aussi forte qu'en ce début de XXI^e siècle (paragraphe 2).

7. E. THALLER, *Bull. société d'études législatives* 1904, p. 497.

8. G. RIPERT, *Traité de droit commercial*, 1^{re} éd., 1947, préface : *« Les lois se multiplient sans que l'on puisse savoir à leur naissance si elles sont les premiers piliers d'une construction nouvelle ou des matériaux épars, qui seront abandonnés parce qu'inutilisables »*.

Paragraphe 1. L'accessibilité du droit commercial

Le plus grand progrès du droit français en matière d'accessibilité, au cours des trente dernières années, n'est pas la recodification. C'est le site internet Legifrance, qui permet d'accéder instantanément aux textes en vigueur et à la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Progrès considérable, qui mérite d'être salué.

Or il faut reconnaître que la codification facilite l'utilisation de Legifrance : il est plus aisé d'y effectuer des recherches en parcourant un code dont on peut dérouler le plan que parmi une multitude de lois et règlements identifiés par leur date et leur numéro.

Néanmoins, pour qu'un code remplisse pleinement sa fonction d'outil d'accès au droit, il est essentiel que les textes qu'il réunit soient regroupés selon un critère rationnel permettant d'en cerner aisément le périmètre.

C'était le cas du Code de commerce de 1807, en dépit des défauts qu'on a si souvent dénoncés. Son périmètre avait une logique et elle était incontestable à l'époque de sa rédaction. Le Code de commerce était le siège d'un droit spécifique réservé à un monde original : celui des commerçants. Un monde original parce qu'il avait l'exclusivité du crédit, de l'esprit de lucre et du sens des affaires, dans une société qui était, alors, essentiellement rurale et peu alphabétisée.

Cette réalité sociologique, qui constituait le ciment du Code de commerce, a évolué dès le XIX^e siècle sous l'effet conjugué de l'urbanisation, des progrès de l'éducation et de l'évolution des mœurs.

Or le recul de la spécificité du monde du commerce s'est traduit par un recul du droit commercial, au profit d'un droit de l'entreprise et des affaires dont le périmètre dépasse le domaine étroit du droit commercial. Et ce recul a été l'une des causes de la dégénérescence du Code de 1807, peu à peu vidé de sa substance⁹.

Qu'en est-il du Code de 2000 ?

9. Ph. PÉTEL, « Décodification et recodification : un si mauvais code ? » *in Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2007, p. 23 et s.

À l'évidence, le périmètre du nouveau Code de commerce dépasse les limites étroites et quelque peu surannées du droit commercial : ainsi, le livre 6, qui traite des difficultés des entreprises, s'applique à toutes les entreprises quels qu'en soient l'objet, la nature ou la forme juridique ; il en est de même des techniques de financement, des garanties, du statut du conjoint de l'entrepreneur ou de la protection de son logement familial, dans le livre 5.

On pourrait donc penser que le mot « *commerce* », dans l'intitulé de ce Code, a pris un nouveau sens. Le nouveau Code de commerce serait, en réalité, le code des entreprises et des activités économiques. Il serait l'acte de décès du vieux droit commercial et le siège du droit de l'entreprise et des affaires.

Pourtant, les choses ne sont pas si simples.

Le Code de 1807 était celui des commerçants. Le Code de 2000 est-il celui des entreprises ? Il est difficile de l'admettre. S'il traite bien des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, il ignore les autres personnes morales dans lesquelles peut s'incarner l'entreprise : sociétés civiles, libérales, coopératives, mutuelles, ou publiques. S'il a été étendu à quelques professionnels triés sur le volet (agents commerciaux ou mandataires de justice), la plupart des professionnels non commerçants (artisans, agriculteurs, professionnels libéraux) en sont exclus.

Le Code de 1807 était celui des actes de commerce. Le Code de 2000 est-il celui des affaires ? On devrait, alors, y trouver toutes les techniques de financement des activités économiques. Or si les valeurs mobilières, certains effets de commerce et certaines sûretés (gage commercial, gage des stocks, nantissement de l'outillage) sont régis par le Code de commerce, de multiples techniques de financement en sont absentes (régime général des concours bancaires aux entreprises, bordereau Dailly, crédit-bail, bourse...).

En réalité, cette question du financement des entreprises est écartelée entre deux codes enchevêtrés : Code de commerce et Code monétaire et financier¹⁰.

10. F. DRUMMOND, « Code de commerce et Code monétaire et financier, ou l'enchevêtrement des codes » in *Le Code de commerce, livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 95.

Ainsi, on trouve la définition des valeurs mobilières à l'article L. 228-1 du Code de commerce, parmi les règles régissant les sociétés par actions. On y apprend qu'il s'agit d'une variété de titres financiers, « *au sens du Code monétaire et financier* ». Il faut donc se reporter à ce dernier Code et en décortiquer les articles L. 211-2 à L. 211-20 pour comprendre ce qu'est un titre financier et quelles en sont les caractéristiques. On y découvre quelques règles générales sur les actions et les obligations, qui s'ajoutent à celles figurant dans le Code de commerce ou y renvoient et qui sont complétées par les règles propres aux obligations émises par d'autres personnes morales.

Celui qui s'intéresse aux effets de commerce en trouvera le modèle (la lettre de change) dans le Code de commerce (art. L. 511-1 et s.). Il en dénichera l'application la plus courante (le chèque) dans le Code monétaire et financier (art. L. 131-1 et s.).

Le défaut ainsi identifié est facile à expliquer. La recodification du Code de commerce est intervenue après des années d'inflation législative et de frénésie codificatrice. Il existe à ce jour pas moins de 68 codes en France ! D'importance inégale, certes : le vénérable Code civil ou le volumineux Code général des impôts côtoient, dans la liste, le Code minier, le Code des voies routières, le Code de justice militaire ou le Code des pensions de retraite des marins français, recueils à l'ambition plus modeste.

Or la mission des codificateurs à droit constant chargés de la refonte du Code de commerce devait s'accommoder des codes préexistants ou projetés. D'autant que les frontières de chaque code sont jalousement gardées par le ministère qui en a la charge.

En définitive, le nouveau Code de commerce n'est donc pas vraiment le code des entreprises, ni le code des affaires. C'est un recueil de règles touchant au droit des entreprises et des affaires, qui se combine de manière plus ou moins rationnelle avec des codes spécialisés.

Ce recueil est assez commode d'usage, mais il n'est donc pas un modèle de rationalité et de rigueur.

Paragraphe 2. L'instabilité du droit commercial

Le nouveau Code de commerce, à l'évidence, n'a nullement stabilisé le droit commercial. On ne peut pas le lui reprocher puisque tel n'était pas son objectif. On peut, néanmoins, regretter cette occasion perdue d'une refonte bien pensée, bien préparée, susceptible d'engendrer, sinon l'immobilisation du droit dénoncée par Savigny, du moins une certaine stabilité propice à la sécurité des affaires.

En effet, l'instabilité de la matière atteint aujourd'hui un niveau insupportable.

Dès le lendemain de la recodification, chaque livre du Code a fait régulièrement l'objet de modifications multiples. Universitaires et praticiens français ont encore en mémoire la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001, la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, la loi TEPA (en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat) du 21 août 2007, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 ou la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016. Toutefois, ces lois remarquables masquent de multiples réformes à bas bruit qui, chaque année, modifient sensiblement de nombreux articles du Code de commerce. Sans préjudice, évidemment, des dispositions de la partie réglementaire.

Deux facteurs expliquent cette valse des textes.

Le plus évident tient au fait que la plupart des matières régies par le Code de commerce relèvent de la compétence de l'Union européenne ; or celle-ci est une administration tentaculaire dont l'objet même est de modifier les lois nationales pour les harmoniser. Nombre de réformes s'imposent donc en vue de transposer de nouvelles normes européennes.

Pourtant, l'essentiel n'est pas là. L'instabilité de la législation française résulte, surtout, d'une parfaite adéquation entre les prédispositions de l'opinion publique actuelle et celles des dirigeants politiques français.

L'opinion publique est à l'opposé de ce que décrivait, en son temps, Savigny. À ses yeux, un code n'est plus cette construction symbolique

qu'on hésitait, autrefois, à réviser¹¹. Bien au contraire, le droit existant est suspect. Il est réputé ne pas être à la hauteur des attentes du citoyen et devoir s'adapter à tout changement. On ne peut avoir aucun doute à cet égard quand on a entendu disserter tout ce qui compte dans la société médiatique française lors de la querelle dite du « *mariage pour tous* ». Convaincue de l'inadaptation du droit existant, l'opinion publique est, par ailleurs, habituée à l'immédiateté. La télévision et l'internet imposent leur rythme. Tout problème devant trouver une solution dans un bref délai, toute inadaptation supposée de la loi doit être immédiatement corrigée.

Or les gouvernants français n'ont jamais été aussi enclins à satisfaire cette aspiration à des réformes rapides. D'abord parce que leurs moyens d'action sur la réalité sociale sont très limités, tant par les contraintes de la mondialisation que par l'état des finances publiques ; faire une loi a l'avantage de ne pas coûter cher tout en se donnant le sentiment d'agir. Ensuite parce qu'il est devenu très facile de préparer un projet de loi et d'en rédiger les règlements d'application grâce à l'informatique et à des logiciels de « *légistique* » dont les bureaux des ministères ne sont pas peu fiers.

Deux thèmes, au sein du Code de commerce, permettent d'illustrer ces propos parce qu'ils ont été particulièrement affectés par la frénésie législative et réglementaire depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau code : la gouvernance des sociétés et l'insolvabilité des entreprises.

Outre le fait qu'elle est souvent affectée par l'harmonisation européenne, la question de la gouvernance des sociétés préoccupe le législateur de manière récurrente parce que les sociétés cotées sont placées sous les feux de la rampe. La presse française se passionne pour la personnalité, les mérites et, surtout, la rémunération et les « *parachutes dorés* » de leurs dirigeants. Les réformes se succèdent donc au rythme des poussées de fièvre médiatique provoquées par les révélations du salaire ou des avantages de tel ou tel grand patron.

Pour le vérifier, il est inutile de recenser les multiples révisions du livre 2 du Code de commerce intervenues depuis la recodification. Il suffit d'observer, sur Legifrance ou dans un Code Dalloz ou Lexisnexis,

11. R. CABRILLAC, « Le symbolisme des codes » in *Mélanges F. Terré*, PUF- Dalloz-Litec, 1999, p. 211 et s.

l'historique de certains textes régissant les organes de la société anonyme. La palme revient sans doute à l'article L. 225-102-1, relatif au rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale. Introduit par la loi NRE en 2001, ce texte a été modifié par la suite à quinze reprises, donc quasiment une fois chaque année !

Les juristes préparant les assemblées générales des sociétés cotées ne démentiront pas nos propos. Cette année, ils vont devoir prendre en considération dix textes nouveaux par rapport à l'assemblée générale de 2017 : une loi, quatre ordonnances, quatre décrets et un arrêté¹². Le plus drôle est que plusieurs de ces textes ont pour objet « *la simplification et la clarification des obligations d'information à la charge des sociétés*¹³ ». Bel objectif, mais on est encore loin de l'atteindre.

L'insolvabilité des entreprises est également une matière instable. Rénové en 1985, le droit français de la « *faillite* » est parfaitement conforme à l'esprit du temps¹⁴. Le législateur ressent néanmoins le besoin de le revisiter sans cesse.

Il faut dire qu'on est, typiquement, en présence d'un problème économique et social dramatique sur lequel les pouvoirs publics n'ont que des moyens d'action limités : faute de pouvoir véritablement alléger les charges qui pèsent sur le fonctionnement et la transmission des entreprises, faute de pouvoir protéger le marché national, on ne peut que perfectionner par la loi le traitement des entreprises en difficulté. D'autant que les suggestions pleuvent en permanence sur les services en charge de cette question. Les groupes de pression se mobilisent facilement. Le « *retournement d'entreprise* » est devenu un marché juteux engendrant des spécialistes en tout genre dont beaucoup sont écoutés avec attention à la Chancellerie ou à Bercy.

Il en résulte une multitude d'interventions législatives, parfois bienvenues, mais souvent brouillonnes et maladroit.

12. M. SUPLOT, « AGOA 2018 - SA dont des titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé », *JCP E*. 2018, 1061.

13. Ord. n° 2017-1162, 12 juill. 2017 ; D. n° 2017-1174, 18 juill. 2017.

14. Il est conforme, pour l'essentiel, aux recommandations de la Commission du 12 mars 2014.

C'est ainsi que, depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, une avalanche de petites réformes vient régulièrement modifier le livre 6 du Code de commerce. La méthode est détestable car on se doute bien que ces interventions ponctuelles n'obéissent à aucune logique d'ensemble. Les comités de créanciers institués en 2005, par exemple, ont déjà donné lieu à quatre modifications législatives¹⁵. Il s'agit, à chaque fois, de perfectionner le système parce que la pratique a révélé des difficultés imprévues : la loi de 2005 n'avait pas pris en considération les titulaires de créances subordonnées, qui ont donné lieu à contentieux dans l'affaire Thomson-Technicolor, ou encore les titulaires d'obligations émises à l'étranger. Mais où va s'arrêter ce souci de régler par la loi toutes les difficultés de mise en œuvre des textes ? Aurait-on oublié les propos de Portalis sur l'office des lois, qui est « *de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*¹⁶ » ?

La question de l'insolvabilité est également abordée hors du livre 6. Le livre 5 se préoccupe de protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Or les interventions récentes du législateur, sur ce point, ont été particulièrement brouillonnes.

On a longtemps tourné autour du pot. Une première loi, en 2003, a permis à l'entrepreneur de mettre à l'abri de ses créanciers professionnels l'immeuble abritant sa résidence principale au moyen d'une déclaration notariée d'insaisissabilité (C. com., art. L. 526-1 et s.). Cette faculté a été étendue, en 2008, à tout immeuble non affecté à un usage professionnel. Puis, en 2009, le législateur a imaginé une autre voie : le statut d'entrepreneur à responsabilité limitée (EIRL), qui n'a guère eu de succès car il présente quelques incertitudes sans offrir d'avantages réels par rapport à la constitution d'une SARL unipersonnelle (C. com., art. L. 526-6 et s.). Enfin, il a fallu la loi Macron, en 2015, pour franchir le pas en instituant une insaisissabilité légale de plein droit de l'immeuble affecté à la résidence principale de tout entrepreneur personne physique (C. com., art. L. 526-1 nouveau et s.).

15. Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 ; L. n° 2010-1249 du 22 oct. 2010 ; L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 ; Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014.

16. PORTALIS, *Discours préliminaire* in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, t. 1, p. 470.

Encore faut-il préciser que ce nouveau régime d'insaisissabilité, mis en place après quinze ans de tâtonnements, néglige l'essentiel : alors qu'il s'agit d'une insaisissabilité relative, opposable à certains créanciers et non à d'autres, le législateur n'a pas cru bon de préciser expressément comment la mettre en œuvre dans le cadre d'une procédure collective, dont le principe est de grouper et de soumettre à un régime uniforme l'ensemble des créanciers. Fâcheux oubli alors que, par définition, depuis 2005, tout entrepreneur insolvable, commerçant, artisan, agriculteur ou professionnel libéral, est soumis à une procédure collective. La jurisprudence a tranché la question de manière pertinente¹⁷, mais il est curieux qu'un législateur si disert sur certains détails soit parfois muet sur l'essentiel.

Il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain. Le nouveau Code de commerce français, combiné avec le site Legifrance, est un précieux outil de travail pour tous les juristes. On ne peut cependant pas ignorer ses frontières incertaines et maladroites. On doit, surtout, regretter que sa refonte n'ait pas été l'occasion de stabiliser un droit des affaires dont l'évolution actuelle ne fait pas honneur au savoir-faire français en matière de législation.

17. Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-15482 ; *JCP E.* 2011, 1551, note F. Pérochon et 1596, n° 7, obs. Ph. Pétel ; *Rev. proc. coll.* 2011, étude 30, obs. V. Legrand et J. Vallansan.

L'émancipation possible du droit commercial libanais

Valia CHARO

Doctorante en Droit, Assistante à l'Université du Luxembourg

Situation actuelle du monde des affaires au Liban

Cette présentation cherche à montrer aujourd'hui, lors de ce colloque sur le droit commercial libanais, la nécessité de réaménager le Code de commerce libanais.

Réaménagement ? Pas seulement. L'action de réaménager ne sera peut-être pas à elle seule suffisante. En effet, le Liban a besoin de tout un changement en matière commerciale. Le monde du travail est continuellement en cours de développement, particulièrement au Liban. Le droit commercial qui n'a pas suivi cette évolution, se retrouve maintenant obligé de revoir son contenu pour faire des réajustements de fond en parallèle avec les évolutions de l'économie libanaise. Cette présentation vise donc à révéler le besoin de faire émanciper le droit commercial au Liban afin de pouvoir encadrer ce fléau économique de la modernité et la rapidité dans le commerce¹. La présentation aussi offre quelques indices de réaménagement sur le modèle du droit anglo-saxon connu pour être « *Business² friendly³* ».

-
1. E. MORIN, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Seuil, 2015.
 2. D. FRANKLIN, "What kind of business-friendly court - Explaining the chamber of commerce", *Santa Clara Law Review*. 2009, vol. 49, <heinonline.org>.
 3. V. sur la notion de la *corporate governance* (ou gouvernance d'entreprise) en détail, O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1^{re} éd., 2000, p. 186. Et également,

Avant de passer en revue lors de la présentation comment le droit libanais peut soutenir juridiquement cette évolution du monde des affaires actuel, il convient de présenter en un premier temps le cadre juridique en vigueur au Liban et les rigidités qu'il présente.

C'est ainsi que le cadre juridique commercial se présente en deux Codes au moins : le Code de commerce, et le Code des obligations et des contrats⁴. En cas de divergence de l'un et l'autre, les dispositions du Code de commerce priment.

Mais, c'est précisément là dans ces deux Codes où se souligne la limite affichée par le droit commercial libanais. Le droit commercial libanais, la jurisprudence qui en découle, et les décrets-lois ne suffisent plus pour couvrir les transactions que les commerçants libanais effectuent entre eux ou avec des commerçants internationaux. C'est ainsi que la rigidité de la procédure commerciale est dictée par le Code de commerce ou les décrets-lois qui ligotent et limitent les affaires.

Situation actuelle dans le monde international des affaires

Pour pouvoir adopter des structures plus flexibles, le Liban doit d'abord penser à harmoniser ces lois par rapport aux lois du monde qui l'entoure ; c'est à dire le monde arabe voisin et le monde international au loin. Pour cela, le Liban trouvera inspiration en regardant le droit qui est déjà en vigueur chez les pays du monde arabe à sa proximité⁵. Il pourra ainsi harmoniser ses lois avec les pays voisins. Le Liban ne pourra pas tourner les yeux à la vue du droit comparé et du droit mixte puisque les deux gagnent en emprise dans le monde économique. L'intérêt de regarder le droit applicable dans les pays à proximité du Liban lui permettra d'harmoniser ses règles avec le droit international de commerce et de

K. AZGHAY, *L'influence du droit anglo-américain sur le droit français des sociétés*, thèse, Univ. Cergy-Pontoise, 2007.

4. J. M. MOUSSERON, « La réception au Proche Orient du droit français des obligations », *Revue Internationale de droit comparé* 1968, vol. 20, p. 37 - 38.
5. H. AL-DABBAGH, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° spécial IDEF – mars 2014.

s'ouvrir légalement, mais aussi économiquement, en participant dans la plupart des transactions commerciales.

En effet, le monde des affaires est pleinement dans un contexte d'internationalisation⁶ croissante. Il est donc grand temps pour le Liban et pour nous juristes d'aider à élaborer l'évolution du droit commercial libanais. Ce besoin devient crucial pour la survie de l'économie libanaise. Ceci ne nous appelle pas uniquement aujourd'hui à penser ensemble au besoin d'offrir plus de flexibilité dans le droit mais nous appelle surtout à offrir plus de sécurité. Car flexibilité et sécurité ensemble pourront assurer un droit commercial stable et prospère déclencheur d'une économie qui permettra au monde commercial libanais de suivre le rythme rapide des affaires et d'interagir avec l'international. Ce besoin est légitime et le Liban mérite que nous, ses hommes et femmes, lui offrons en cadeau en ce 21^e siècle. Le nouveau changement sur le plan national qui en découlera ne pourra que s'inscrire dans un point concomitant dans l'économie libanaise entre flexibilité et sécurité ; un point nommé prospérité. Les commerçants et les sociétés opérantes au Liban en seront les principaux bénéficiaires.

Problématique

Dans Hamlet, Shakespeare⁷ a voulu poser la question de savoir s'il s'agit d'être ou de ne pas être : « *To be or not to be* ». C'était ça sa question. Dans notre présentation, il s'agit de savoir s'il faut plus de législation pour le Liban ou moins, beaucoup moins. C'est ça notre question aujourd'hui.

C'est ainsi que cette problématique donne naissance à un débat très ancien : celui de savoir quel modèle juridique le Liban devra suivre pour l'émancipation de son droit commercial. En d'autres termes, afin de garantir la prospérité commerciale dans le contexte libanais actuel, faut-il suivre le modèle européen⁸ qui consiste à réguler davantage ou le

6. L. CHOUKROUNE, « L'État de droit par l'internationalisation objectif des réformes », *Perspectives chinoises* 2002, vol. 69, p. 7 - 21.

7. W. SHAKESPEARE, *The tragedy of Hamlet, Prince of Denmark*, Penguin books, 1957.

8. W. WESSELS, "Cleavages, Controversies and Convergence in *European Union Studies in European Union Studies*", (éd. M. CINNA et A. BOURNE), Palgrave Macmillan, 2006, p. 233 - 246.

modèle du *Common law*⁹ qui offre une grande liberté aux commerçants eux-mêmes ?

Maintenant que la problématique est posée, résumons la question juridique de savoir quel modèle juridique est à suivre, et ouvrons ce débat.

Modèle de l'évolution du droit commercial en France

Jusqu' à présent, au Liban, nous n'avons tout simplement pas un Code dédié au monde des sociétés libanais. Les textes existants restent flous et inadéquats aux mondes des affaires d'aujourd'hui. Le droit libanais se retrouve en mode ralenti ou dans une histoire figée toute seule à l'affiche.

Au départ, le droit des sociétés libanais était à l'image du droit français. Le temps s'est écoulé. Le droit français a évolué, mais le droit libanais est resté figé, sans rien changer dans sa rigidité.

Et voilà comment, l'exemple de la création de la société au Liban appuie cette vérité : la Société Anonyme (SA) comme toute autre société libanaise est le résultat d'une création sociétaire qui suit des restrictions strictes pour sa création, sa prospérité, et sa liquidation. Le but de ce formalisme servait dans le temps à contrôler les sociétés de capitaux. Mais après 1966, le monde des affaires s'est bouleversé et s'est formalisé. Le droit français s'est plié à cette exigence afin d'évoluer, mais le droit libanais n'a pas encore pris ce pas.

D'autres exemples peuvent aussi appuyer ce constat. C'est ainsi et jusqu'alors que le droit libanais ne donne pas le droit de créer une société unilatéralement ; ce qui n'est pas le cas de l'EURL, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée en France.

De plus, le droit libanais, et contrairement au droit français, ne présente pas un régime de la transformation de la société. En France, ceci n'est pas le cas puisque la transformation sociétaire d'une entité en une autre est largement organisée par le droit commercial. Un simple exemple sur cette situation de différence entre le Liban et la France est le suivant : l'opération de fusion-scission n'est expressément envisagée en droit libanais des sociétés que pour les sociétés anonymes, alors que le

9. K. AZGHAY, *L'influence du droit anglo-américain sur le droit français des sociétés.*

droit français l'organise pour l'ensemble des sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique.

Mais derrière la nouvelle souplesse présente dans le droit commercial français, la situation en France n'est pas aussi lumineuse. En effet, la quantité de normes nouvelles en France est alarmante. Le juge français ne sait plus où regarder pour appliquer la loi. Et de plus en plus, les tribunaux sont heurtés au problème des libertés qui sont en exercice et se terminent quand il s'agit d'honorer le respect d'un principe de droit qui se compose essentiellement de trois mots : « *l'ordre public sociétair*e ». L'ordre public demeure étonnamment mystérieux et vigoureux. L'ordre public qui se laisse définir et interpréter avec beaucoup plus d'ambiguïté que de clarté souhaitée.

À l'heure que son économie ne demande qu'à remédier à sa situation alarmante, le droit commercial libanais ne devra pas hériter cette faiblesse française. Il est donc appelé à rechercher sa vérité un peu plus loin que de la place où il a toujours trouvé son inspiration.

Modèle du *Common law* et du droit dans les pays arabes

Un autre modèle pour le droit commercial vient donc directement à l'esprit. Ce modèle nous paraît le plus flexible, ouvert, et prospère au monde international actuel. C'est pour cette raison que notre présentation l'envisage pour l'émancipation du droit commercial libanais.

Modèle du droit commercial dans les pays arabes

Avant de se projeter dans les influences que le droit libanais¹⁰ pourra avoir du système dit de *Common law*, il convient de dire qu'il n'y a presque pas de pratique du *Common law* dans la plupart des pays voisins du Liban. Comme on l'a déjà démontré, le Liban mais aussi les pays arabes qui l'entourent comme l'Égypte, la Tunisie, l'Algérie, et le Maroc sont exclusivement marqués par le système juridique romano-germanique tant dans la forme que dans le fond. Les règles en matière contractuelle et commerciale se rapprochent, sans hésitation possible, de la tradition du

10. M. JOHNSON, *All Honourable Men: The Social Origins of War in Lebanon*, éd. Centre for Lebanese Studies & I.B. Tauris Publishers, 2001, p. 218, 219, 223 et 234.

droit civil que l'on trouve au moment de la formation, de l'exécution, ou de l'inexécution du contrat ou des sociétés. Cependant, la présence dissimulée du *Common law* dans certains pays du Golfe arabe fait contrepoids à cette tradition civiliste existante, et commence aujourd'hui à taper de plus en plus fort sur les portes des pays arabes à tradition civiliste, surtout en matière de droit commercial où le *Common law*¹¹ est connu pour être *business friendly*. De plus, la mise en place de nouvelles institutions caractéristiques du système influencé par le *Common law* marque un regain d'intérêt pour cette tendance juridique. Tel est le cas, par exemple, aux Émirats Arabes Unis avec l'instauration des *International Financial Center Courts* à Dubaï, ou encore des cours régulateurs des marchés financiers à Abu Dhabi (*Abu Dhabi Global Market Courts*¹²). Pour le moment, dans le monde arabe qui voisine le Liban, il peut être donc important de noter que même s'il y a toujours une très forte influence du droit civiliste, il apparaît néanmoins qu'il existe un fond juridique arabe commun à l'ensemble des pays dans lesquels il y a un regain d'intérêt pour la pratique du *Common law*. Et c'est ce fond juridique commun sur lequel nous nous basons aujourd'hui pour dire que l'influence du *Common law* ne va pas uniquement apporter plus de flexibilité au droit commercial libanais, mais il va aussi lui permettre d'harmoniser ses lois avec les autres pays arabes qui sont déjà tombés sous le charme de ce système particulièrement apprécié dans le monde des affaires.

La question est donc de savoir lesquelles des caractéristiques singulières du *Common law* peuvent influencer l'émancipation du droit commercial libanais. Il ne s'agit pas ici d'énumérer les différences juridiques entre le système du *Common law* et le système civiliste qui se présente au Liban en matière commerciale. Nous n'en avons pas le temps et cela reviendra à compliquer cette discussion qui soumet uniquement une présentation des éléments clés permettant le succès du *Common Law* dans le monde des affaires et qui pourront éventuellement être adaptés dans l'évolution du

11. O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, p. 186.

12. M. HWANG, "The Courts of the Dubai International Finance Centre — A Common Law island in a Civil Law ocean", accessible : <<https://www.difccourts.ae/2008/11/01/the-courts-of-the-dubai-international-finance-centre-a-common-law-island-in-a-civil-law-ocean/>>.

droit commercial au Liban. Il s'agit donc de présenter des points d'intérêts clés au système du *Common Law*.

1. Formation du contrat en droit commercial

Le contrat qui a pour but l'échange et le gain pécuniaire a une conception propre à lui dans le droit anglo-saxon. En effet, le contrat commercial entre deux entités juridiques différentes est un « *bargain* ». La position des parties est donc réaliste et dans le concret de la chose échangée. Cette réalité est largement plus réaliste que dans le droit libanais influencé par le système de droit civiliste.

En effet, le principe de bonne foi n'est pas mis au premier plan en droit anglais. Dans certains cas, un accord portant sur une obligation de négocier de bonne foi avec son partenaire est considérée comme inapplicable ou inexécutable parce qu'il est inévitablement incertain et incohérent avec les positions antagonistes des parties.

Cette conception est très loin de celle adoptée en droit civil sur la question de bonne foi. En effet et en plus du principe de liberté contractuelle, se trouve dans le droit libanais, élevée au premier rang, l'obligation de bonne foi : l'article 241 alinéa 3 du Code des obligations et des contrats autorise le juge « *même en cas d'inexécution totale d'accorder au débiteur un ou plusieurs délais successifs en considération de sa bonne foi* ». En France, la bonne foi a été nouvellement codifiée à l'article 1104 du Code civil français où il s'agit de négocier, former, et exécuter de bonne foi le contrat. Codification des solutions jurisprudentielles établies, l'article 1112 rappelle également que l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres mais qu'elles doivent tout de même satisfaire au principe de bonne foi. Ce principe de base est donc maintenant consacré à l'écrit et non seulement dans la phase d'exécution du contrat mais également dans la phase précontractuelle.

Un autre point offert par le *Common law* au droit commercial d'aujourd'hui est l'obligation précontractuelle d'information.

2. L'obligation précontractuelle d'information

Suivant la même idée, il y a un déséquilibre significatif entre le droit français et le droit du *Common law* en ce qui concerne l'obligation précontractuelle d'information. Légiférée par le nouvel article 1112-1 du Code civil français l'obligation précontractuelle d'information est une garantie de la vraisemblance de la transaction commerciale en droit civiliste. En *Common law*, en revanche, l'image n'est pas exactement la même vis-à-vis de l'obligation précontractuelle d'information. Le vendeur ne connaît pas une telle obligation d'information de la même manière dans laquelle elle est strictement interprétée en système de droit civiliste. En droit anglo-saxon, et par principe, l'acheteur porte le poids et le risque de sa propre connaissance sous le slogan « *Let the buyer beware*^{13!} ». Ainsi, dès que la partie ne procède pas à un « *statement* », une déclaration dans le contrat, elle sera libre de toute obligation et protégée contre toute allégation de réticence dolosive (doctrine de la « *misrepresentation* »), à moins de démontrer, en apportant la preuve et les justifications nécessaires, une fraude ou une négligence.

Rappelons qu'au Liban, il existe, en effet, cinq vices de consentement : l'erreur, le dol, la crainte, la lésion, et l'incapacité. Alors qu'en *Common law* seule existe la notion de protection du commerçant contre le comportement dolosif ou frauduleux du vendeur.

Ignorant la rigidité de la théorie des vices du consentement comme nous la connaissons en droit à tendance civiliste, le système du *Common law* est souple et direct : le contrat est ou ne l'est pas. Chose qui rappelle encore une fois Hamlet « *to be or not to be* ». Le consentement est protégé car le juge se met à la place du commerçant ou de l'acheteur et a le droit ou pas d'annuler le contrat. Ce système apporte une certaine protection à la victime dans une sorte de principe de base. Mais au-delà de cela, il pousse l'acheteur à être très vigilant et bien responsable dans ces affaires.

13. E. R. PEDERSEN et P. NEERGAARD, "Caveat emptor - let the buyer beware! Environmental labelling and the limitations of green consumerism", *Wiley Online Library*, 2006.

Notre conclusion montre évidemment que la solution est celle qui sera mixte puisque l'adoption d'une seule tradition juridique n'assure pas la meilleure intégration du droit en général et du droit commercial en particulier. Cependant, la conversation entre *Common law* et droit civil n'est pas si facile. Mais elle est à prendre en considération surtout à l'aube de la réforme du droit commercial libanais car aujourd'hui, le *Common law* est considéré comme assurant prospérité dans le monde des affaires¹⁴. Le *Common law* a placé les pays suivant ses principes juridiques en haut rang du classement dans le monde des affaires. Aujourd'hui, la prééminence du droit civil est remise en cause à l'heure où se pose la question de la flexibilité et la sécurité qu'apporte le droit, et aussi l'économie dite nouvelle, et l'intégration d'un plus grand nombre de pays du Golfe du *Common law* dans le monde des affaires internationales. Ces pays sont considérés comme pays prospères et prometteurs. Ne pas dégorger en bloc les avancées possibles que nous pourrions tirer du *Common law* est l'aptitude que nous envisageons. Tel devrait être l'objectif du droit commercial au Liban surtout à long terme. À cette fonction, le Liban pourrait être un essai de plus dans le monde à l'ouverture du droit.

14. OECD, The European Commission, European Training Foundation, *SME Policy Index: The Mediterranean Middle East and North Africa 2014: Implementation of the Small Business Act for Europe*, éd. OECD Publishing, European Union, 2014, p. 130.

Grandeur et décadence du Code de commerce libanais

Melhem EL KIK
Professeur des Universités

L'on est en droit d'établir un tel constat au sortir du colloque relatif à « *la pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code* ».

Sommes-nous en face d'un Code de commerce dépassé¹ ?

Telle semble être la problématique de base déduite par Madame la Présidente Affeich-Karam. Le propos est explicite et sonne le glas du Code de commerce libanais.

L'affirmation semble être sans appel notamment lorsqu'on associe le support juridique (*l'instrumentum*) à la finalité économique.

De surcroît lorsque l'on parie sur un Code de commerce revisité afin de raviver un essor économique longtemps terni.

Cet amalgame a longtemps existé. N'est-ce pas que « *le Code de commerce était le siège d'un droit spécifique réservé à un monde original : celui des commerçants. Un monde original parce qu'il avait l'exclusivité du crédit, de l'esprit du lucre et du sens des affaires...*² ».

-
1. M. AFFEICH-KARAM, « Le juge libanais face à un Code de commerce dépassé », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), USEK, 7 mars 2018, PUSEK, 2018, p. 61 et s.
 2. Ph. PÉTEL, « L'apport de la recodification commerciale française », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), p. 88.

Une interrogation néanmoins s'impose : est-ce parce qu'il s'agit d'un Code de commerce « *non émancipé*³ » que la léthargie de l'économie libanaise perdure ?

Une réponse négative, voire quelque peu nuancée, est de rigueur et un simple rappel historique de quelques lois inhérentes, de près ou de loin, au droit commercial confirme nos propos : le Code de commerce, le Code de la monnaie et du crédit, la loi sur le secret bancaire, la loi sur le compte joint, les sociétés *offshores*, *holding* etc...

Le corollaire indispensable à l'apport législatif d'antan fut la stabilité politique, économique et surtout sécuritaire du pays ainsi que celle de la région du golfe arabe. Les pétrodollars coulaient à flot et alimentaient le secteur bancaire dans les années 70 du siècle dernier.

N'est-ce pas la raison première qui justifia plus tard l'affirmation de feu le Professeur Vasseur : « *Le secret bancaire pour ce qu'il est économiquement et politiquement dans son pays, à savoir comme un procédé qui s'inspire d'une stratégie de captation*⁴ ».

Toute comparaison avec les temps actuels serait vaine.

Quid alors du sort du Code de commerce libanais, 75 ans après sa promulgation ?

Une évidence : le Code a subi les affres d'une quasi inertie législative tant durant les années d'hostilités militaires qu'une fois celles-ci terminées.

Une réalité : le Code a été supplanté par une kyrielle de textes éparés, législatifs (paragraphe 1) et réglementaires (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une nouvelle législation ad hoc

Vers la fin du siècle dernier et la première décennie du 21^e siècle, le Liban s'est doté d'un ensemble de lois circonstancielles jusqu'à consacrer l'émergence d'un droit financier doté de sa propre autorité de régulation, à savoir l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)⁵.

-
3. V. CHARO, « L'émancipation possible du droit commercial libanais », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE) p. 97 et s.
 4. M. VASSEUR, « Préface » in R. FARHAT, *Le secret bancaire, étude de droit comparé*, L.G.D.J, 1980.
 5. Loi n° 161/2011 du 17/8/2011 relative au marché financier.

Monsieur le Président Chahine l'a qualifiée de gardienne de la prospérité et de la finance, voire « *une locomotive de la finance*⁶ ».

Une fois encore, le droit au service de l'économie.

Il est cependant intéressant de relever que la loi relative aux marchés financiers, bien que de parution récente - ce qui sous-tend qu'elle bénéficiera des lacunes et des manquements quant à l'élaboration des lois - a des frontières imprécises et par conséquent un champ d'action ou une étendue pas vraiment définie.

Une compagnie d'assurance a-t-elle l'obligation de soumettre à l'AMF la création d'un fonds commun de placement et la mise sur le marché de polices d'assurances à sous-jacent financier ?

L'interrogation est d'actualité, la réponse quant à elle est sujette à caution.

En vertu de l'article 1 de la loi relative aux compagnies d'assurances (n° 9812 du 4/5/1986) modifié par la loi n° 94 du 18/6/1999, il est clairement énoncé que « *sont soumises aux dispositions de la présente loi les compagnies d'assurances exerçant au Liban ou pouvant exercer les opérations suivantes :*

- a.
- b.
- c.
- d. *Les opérations de fonds commun de placement... ».*

En vertu de l'article 1 de la loi n° 161 « *sont soumises aux dispositions de la présente loi l'émission, l'achat, la vente de valeurs mobilières... ».*

Sommes-nous en face de lois complémentaires ? Contradictaires ?

Sommes-nous en présence du clivage classique : loi générale et loi spéciale ?

La question mérite d'être débattue d'autant que bon nombre de circulaires émises par la BDL jadis et actuellement par l'AMF prennent le soin d'inclure la formulation suivante : « *Sous réserve des lois en vigueur notamment la loi relative aux compagnies d'assurances... ».*

6. G. CHAHINE, « L'apport du législateur libanais : l'exemple de la loi sur les marchés financiers », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), p. 39.

Cette réserve-là atteste en tant que telle une problématique à régler.

Cet exemple illustre bien qu'il s'agit de « *codification- compilation*⁷ ».

Est-ce une bonne méthode pour la révision indispensable du Code de commerce ? Il est permis d'en douter.

Dans le même ordre d'idées, la loi n° 75/2016 relative à l'abolition des actions au porteur. Sans vouloir soulever un quelconque débat quant à l'opportunité de ladite loi « *inique et expropriatrice*⁸ », celle-ci n'est que le prolongement de la loi n° 308 du 3/4/2001 qui dispose expressément : « *Toutes les actions des banques sont des actions nominatives* » (art. 1, al. 2), alors que le Code de commerce n'avait pas fait l'objet d'une quelconque modification à cet égard.

Le texte général autorisait ce que le texte spécial interdisait.

Malmené de la sorte, le Code de commerce n'était plus qu'un code en veilleuse.

Dans cette optique, le droit est au service de la transparence.

Concédonsons néanmoins que, dans sa version originale, l'article 6 de la loi n° 192 du 4/1/1993 relative aux opérations de fusions des banques, autorisait la BDL à octroyer un prêt subventionné à la banque absorbante afin de faire réussir l'opération de fusion.

Cette disposition fort avantageuse aux banques a favorisé tout une kyrielle d'opérations de fusions au détriment du secteur des assurances qui ne pouvait pas bénéficier d'une telle aide. L'article 6 n'a pas son équivalent dans la loi qui gouverne les compagnies d'assurances et celles-ci relèvent du ministère de l'Économie et non de la BDL.

Il est intéressant de relever que depuis la modification de l'article 6 susmentionné et la soumission de l'octroi d'un prêt subventionné à une autorisation du Conseil des ministres, la cadence des opérations de fusions des banques s'est radicalement ralentie.

7. R. CABRILLAC, cité par Ph. PÉTEL, « L'apport de la recodification commerciale française », p. 86.

8. N. DIAB, « Abolition des actions au porteur, analyse critique de la loi n° 75/2016 », *ALDIC*, déc. 2016, p. 1.

Ceci illustre à quel point les retombées économiques peuvent être favorisées par la promulgation de bonnes lois.

À une époque de déflation législative, le Code de commerce a fait les frais de l'inflation des règlements.

Paragraphe 2. Une réglementation abondante

Sous l'impulsion de la BDL, les nouveaux concepts en matière d'éthique des affaires ont bouleversé la vie sociétale libanaise et entraîné des changements d'ordres statutaires relatifs à chaque banque.

Les principes de la bonne gouvernance ont été ressentis comme une attaque de front au caractère familial de nos sociétés commerciales en général et bancaires en particulier.

Il a fallu d'une circulaire de la BDL pour changer la configuration des conseils d'administration des banques libanaises et la création d'unités nouvelles vouées essentiellement à jouer les contrepoids.

Les codes de bonne conduite, le renforcement du rôle de l'audit interne et de celui du commissaire aux comptes.

Le respect de l'obligation d'information en exigeant des prospectus avant tout démarchage de la part des banques ou des sociétés financières.

La séparation des comptes ou l'interdiction des *Pool accounts*. L'émission d'une circulaire relative à la preuve et aux moyens de paiements électroniques⁹.

Parmi les exigences internationales les plus significatives, la distinction entre le propriétaire apparent et le titulaire du droit économique.

Cette diligence à observer porte atteinte à la théorie de l'apparence mais satisfait à une multitude de paramètres : favorise la transparence des opérations, la connaissance de l'identité, voire de la qualité de chaque client ainsi que la lutte contre le blanchiment des capitaux. Bien évidemment

9. A. NAJJAR, « La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code de commerce : l'apport de la Banque du Liban », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), p. 34. L'auteur vante les initiatives louables de la BDL tout en regrettant qu'elle outre passe ses pouvoirs et se comporte en législateur.

l'inopposabilité du secret professionnel de l'avocat ou du gérant d'affaires, etc...

Doit-on, à la lumière de ce qui précède, œuvrer afin d'adopter un système de droit souple, de *Soft Law*, de *Common Law* ou comme l'a suggéré un auteur « *une solution mixte*¹⁰ » ?

En d'autres termes, serait-il alors possible d'avoir des annexes au corpus rigide qui est la règle de droit ?

Les recommandations, les nouvelles tendances managériales joueraient-elles le cas échéant le rôle de lois supplétives ?

Si tel est le cas pourquoi ne pas admettre davantage les usages¹¹, les us et les coutumes ainsi que les règles et usances à l'instar de celles agréées par la CCI ?

Ce fameux droit souple serait-il ce que l'arbitrage est aux tribunaux étatiques ?

10. V. CHARO, « L'émancipation possible du droit commercial libanais », p. 105. *Adde* T. ZEIN, « L'apport de la soft law : évolutions éthiques, morales et professionnelles », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), p. 69 et s.

11. A. BARSA, « La pratique contractuelle en droit commercial libanais », in *La pratique du droit commercial au Liban, 75 ans après le Code, Colloque international* (coord. G. CHAHINE), p. 9 et s. L'auteur procède à une étude de l'usage, de la pratique et surtout de l'usage *contra legem*.

V. aussi P. MOUSSERON, *Les usages en droit de l'entreprise*, éd. Lexis Nexis, 2010. *Adde* du même auteur, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, éd. Lexis Nexis/ Litec, 2014.

Parmi les usages *contra legem* au Liban, la flagrante pratique de la bancassurance. Fort de leur position dominante et des besoins vitaux de leurs clients, les banquiers vendent respectivement au sein de l'enceinte bancaire des polices d'assurances de personnes, ou de dommages, voire les deux, afin de couvrir les divers risques que présentent leurs clients. Cette pratique, voire cet usage est véritablement un usage *contra legem* puisqu'il est contraire tout autant à la législation bancaire et à celle des compagnies d'assurances.

Dans l'état actuel du droit positif libanais, cet usage n'est nullement un usage de droit et ne pourra jamais être consacré par la Cour de cassation.

V., pour de plus amples détails, A. BARSA, « La pratique contractuelle en droit commercial libanais », p. 17-18.

En raison de la gravité économique du problème, un auteur a appelé à « réguler la bancassurance » : M. EL KIK, « Il faut réguler la bancassurance », tribune parue dans le quotidien *L'Orient Le jour* du 21 oct. 2017.

La perspective est intéressante d'autant que l'intelligence artificielle alimente et alimentera un droit virtuel contraignant matérialisé par le progrès technique.

L'écran sera l'*instrumentum*, le cadre juridique sera celui dicté par l'intelligence artificielle, voire le moteur de recherche qui gouverne le moyen informatique en question.

Les usages en la matière ne seraient que l'œuvre quotidienne des utilisateurs¹². Il n'est pas bon cependant de faire table rase du passé et vivre intégralement ce que Luc Ferry appelle la révolution transhumaniste¹³.

Gardons un aspect humain. Le progrès ne devrait pas faire disparaître l'*intuitu personae*.

Cette notion n'est pas un simple concept qui confère un certain humanisme aux liens sociaux, juridiques, professionnels et autres.

L'être humain demeure et doit demeurer le centre de la codification quelles qu'en soient les méthodes utilisées.

Bien évidemment notre Code a connu ses heures de gloire. Rien ne nous empêche de les lui faire vivre à nouveau. Au demeurant il est inconcevable d'avoir une pléthore et surtout de garder une pléthore de textes disparates.

Et pour qu'un Code de commerce puisse être une ossature susceptible de dynamiser une économie, il ne faudrait pas qu'il subisse une politique budgétaire et monétaire contraignante.

Il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain ! C'est ainsi que concluait le Doyen Pétel son intervention¹⁴.

Codifions de manière intelligente et usons jusqu'à la lie de l'adage qui dit « *gouverner c'est prévoir* ».

Codifier c'est organiser. Codifier c'est planifier.

12. V. : Ph. PÉTEL, « L'apport de la recodification commerciale française », p. 87.

13. L. FERRY, *La révolution transhumaniste*, éd. Plon, 2016.

14. Ph. PÉTEL, « L'apport de la recodification commerciale française », p. 95.

Achévé d'imprimer
en octobre 2018

Kaslik, Liban

