



**SORBONNE DOCTORAL LAW REVIEW**  

---

**REVUE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE**

**2023**

**Volume 6, n°1**

Sorbonne Doctoral Law Review – Revue doctorale de droit de la Sorbonne  
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France  
Sorbonnedoctorallawreview.org  
[sslr@univ-paris1.fr](mailto:sslr@univ-paris1.fr)

Licence Creative Commons 4.0 attribution  
Sorbonne doctoral Law Review and various contributors – Revue doctorale de droit de la Sorbonne  
et les différents contributeurs - 2023

Publié en ligne le 22 décembre 2023.  
Published online on December 22th, 2023

*Editor-in Chief - Rédactrice en chef*

Marina Lovichi

Managing Editor– Chef du Comité éditorial

Guillaume Tourres

*Editors - Éditeurs*

Mohamed ALI  
Alex Alexis

Amani Ayadi  
Anita Kittery

Guillaume Langle  
Marco Santoro

Renée Robinson  
Victor-Ulysse Sultra

*Reading Committee - Comité de lecture*

Vincent Bassani  
Quentin Berthe  
Thomas Austin Brown  
Anne-Charlotte  
Cervello  
Elea Collin

Clara Grudler  
Fatima El Nemer  
Alexandre Lefebvre  
Pierre Lesaffre  
Roxane Lecomte  
Louise Maillet

Martial Manet  
Mon-espoir MFINI  
Yacine Mousli  
Alexia Pascali  
Racha Radja  
Catherine Samaha

Sakda SAU  
Benjamin Saunier  
Sarah Slim  
Rocio Trujillo Sosa  
Manon Rosenthal

*Advisory Board - Comité scientifique*

Jean-français Akandji-  
Kombe  
Hervé Ascensio  
Mathias Audit  
Ludovic Ayrault  
Tristan Azzi  
Jean-Christophe Barbato  
Ségolène Barbou des Place  
Pascal Beauvais  
Martine Behar-Touchais  
Sylvain Bollée  
Pierre Bonin  
Pierre Brunet  
Laurence Burgorgue-  
Larsen  
Loic Cadiet  
David Capitant  
Paul Cassia  
Géraldine Chavrier  
David Chilstein  
Thomas Clay  
Marie-Anne Cohendet

Matthieu Conan  
Pascal De vareilles-  
Sommières  
Philippe Delebecque  
Mathieu Disant  
Bruno Dondero  
Emmanuel Dreyer  
Laurence Dubin  
Philippe Dupichot  
Xavier Dupré de Boulois  
Alexandre Fabre  
Muriel Fabre-Magnan  
Bertrand Fages  
Norbert Foulquier  
Pascale Gonod  
Marie Gren  
Daniel Guttman  
Hélène Hoepffner  
Emmanuel Jeuland  
Yann Kerbat  
Jonas Knetsch  
Xavion Lagarde  
Evelyne Lagrange

Yves-Marie Laithier  
Hervé Le Nabasque  
Pierre Legrand  
Anne-Mari Leroyer  
Anne Levage  
Rémy Libchaber  
Grégoire Loiseau  
Pascal Lokiec  
Claire Lovisi  
François-Xavier Lucas  
Phillippe Maddalon  
Aram Mardirossian  
Jean Matringe  
Michel Menjuq  
Anne-Catherine Muller  
Christine Neau Leduc  
Sophie Nicinski  
Paolo Palchetti  
Etienne Pataut  
Fabienne Peraldi-  
Leneuf  
Xavier Philippe  
Alain Pietrancosta

Isabel Pingel  
Frédéric Pollaud-Dulian  
Didier Poracchia  
Catherine Prieto  
Jean-Emmanuel Ray  
Olivier Renaudie  
Thierry Revet  
Raphaële Rivier  
Sophie Robin-Olivier  
Judith Rochfeld  
Diane Roman  
Anne-Claire Rouaud  
Anne Rousselet-Pimont  
Jean-Marc Sorel  
Philippe Stoffel-Munck  
Fanny Tarlet  
François-Guy Trébulle  
Edouard Treppoz  
Agnès Troizier  
Liêm Tuttle  
Christophe Vernières  
Nicolas Warembourg  
Célia Zolynski

*Layout - Mise en page*

Marina Lovichi

## TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

ÉDITORIAL : NOUVEAU SOUFFLE, NOUVELLES PERSPECTIVES, UNE REVUE DE DROIT EN MUTATION ..... 1-3

EDITORIAL : NEW BREATH, NEW PERSPECTIVES, A CHANGING LAW REVIEW ..... 4-6

*Marina Lovichi*

### Articles

AIRCRAFT LEASING CONTRACTS IN THE PANDEMIC ERA: NAVIGATING THE CHALLENGES OF INVOKING *FORCE-MAJEURE* BY APPLYING HARDSHIP UNDER INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

*Tanya Agarwal ( Amity Law School, Inde )*

L'INTRODUCTION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'URGENCE : UN PAS ULTÉRIEUR VERS LA « JUDICIARISATION » DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ?

*Giulio Cortesi ( Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France )*

L'URGENCE DANS ROUAGES DU SYSTÈME DE MAINTIEN DE LA PAIX ET DE LA SÉCURITÉ INTERNATIONALE

*Coralie Klipfel ( Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France )*

BUSINESS, HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND THE CLIMATE CRISIS - BRIDGING THE GAP BETWEEN CLIMATE POLICY AND HUMAN RIGHTS

*Eoin Jackson ( Harvard Law School, USA )*

*LA PERTE DE CHANCE: EN CE QUI CONCERNE LES LIMITES DE CE MODÈLE FRANÇAIS SINGULIER, PEUT-IL SERVIR D'INSPIRATION POUR D'AUTRES SYSTÈMES, OU EST-IL ENCORE NÉCESSAIRE DE LE DÉVELOPPER D'AVANTAGE?*

*Alexander Niebler ( Universität der Bundeswehr München, Allemagne )*

ÉTUDE COMPARATIVE DU RÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC EN DROIT CORÉEN

*Seungbeom Sim ( Université de Yonsei, Corée du Sud )*

## **ÉDITORIAL : NOUVEAU SOUFFLE, NOUVELLES PERSPECTIVES, UN DROIT ET UNE REVUE EN MUTATION**

En 2023, nous avons été confrontés à une urgence sans précédent : le maintien de la paix. Alors que les tensions internationales semblent s'intensifier et que les conflits se multiplient, il est impératif de trouver des solutions durables pour préserver la paix dans le monde. Ce problème avait été soulevé lors de notre dernière conférence sur « *l'urgence et le droit* ». Coralie Klipfel démontre avec finesse les rouages du système du maintien de la paix et de la sécurité internationale dans un contexte géopolitique tendu (« *L'urgence dans les rouages du système de maintien de la paix et de la sécurité internationale* »).

Depuis des décennies, la communauté internationale a cherché à promouvoir la paix à travers des négociations, des accords et des interventions militaires. Cependant, force est de constater que ces efforts n'ont pas toujours été couronnés de succès. Les conflits perdurent, les populations souffrent et les Droits de l'homme sont bafoués. Il est donc temps de repenser notre approche et d'adopter une vision plus holistique du maintien de la paix. Cela implique de prendre en compte les causes profondes des conflits, telles que les inégalités sociales, les discriminations, les tensions ethniques et religieuses, ainsi que les problèmes environnementaux.

Car oui ! Le changement climatique continue d'être une des préoccupations majeures pour la communauté internationale. Les experts mettent en garde contre les conséquences dévastatrices de l'augmentation des températures et des phénomènes météorologiques extrêmes. Des initiatives sont prises pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et promouvoir les énergies renouvelables, mais il reste encore beaucoup à faire pour inverser la tendance. Alors que la crise environnementale continue de s'aggraver et de menacer les droits fondamentaux des individus à travers le monde, il est essentiel que les entreprises jouent un rôle actif dans la protection de ces droits. Eoin Jackson aborde l'importance de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les entreprises dans le contexte de la crise climatique sous le prisme du droit international (« *Business, Human Rights Due Diligence and the Climate Crisis - Bridging the Gap between Climate Policy and Human Rights* »).

Aussi, la pandémie de COVID-19 continue de marquer l'actualité, même si les mesures de vaccination et de lutte contre le virus ont permis de maîtriser la propagation du virus, les conséquences financières sont préoccupantes pour les entreprises. Par exemple, la crise sanitaire

mondiale a eu un impact sans précédent sur l'industrie de l'aviation, et les acteurs de ce secteur se retrouvent confrontés à de nombreux défis juridiques tels que la renégociation de leurs contrats de leasing d'aéronefs. Face à cette situation inédite, Tanya Agarwal nous évoque que de nombreux locataires ont invoqué la force majeure pour tenter de se libérer de leurs obligations contractuelles, à défaut l'imprévision (*hardship*) afin de voir leurs droits et leurs devoirs dans les contrats rééquilibrés (« *Aircraft leasing contracts in the pandemic era : navigating the challenges of invoking force-majeur by applying hardship under international commercial law* »).

Lorsque l'on parle de perte économique, le concept juridique de perte de chance doit forcément être évoqué. À l'inverse de la force majeure, la perte de chance ne concerne que des événements prévisibles<sup>1</sup>. Dans une étude de droit comparé, Alexander Niebler s'interpelle sur l'opportunité d'invoquer la perte de chance mais aussi ses limites (« *La perte de chance: En ce qui concerne les limites de ce modèle français singulier, peut-il servir d'inspiration pour d'autres systèmes, ou est-il encore nécessaire de le développer davantage?* »).

En parallèle, il est crucial de renforcer les mécanismes de prévention des conflits. Les organisations internationales doivent être dotées de moyens suffisants pour détecter les signes avant-coureurs des tensions et intervenir rapidement pour les désamorcer. Il est également important de renforcer le rôle des médiateurs internationaux et de promouvoir la diplomatie. Ainsi, Giulio Alvaro Cortesi aborde l'arbitrage international d'urgence comme un mécanisme efficace de résolution des litiges (« *L'introduction de l'arbitrage international d'urgence : un pas ultérieur vers la « judiciarisation » de l'arbitrage international ?* »). D'une autre manière, Seungbeom Sim s'interroge sur le Ministère public en droit coréen et son rôle dans le système de justice pénale de la Corée du Sud. Un abus de son pouvoir qui engendrerait certains problèmes sociaux comme la corruption politico-économique et qui pourraient être limités par des mécanismes juridiques empruntés au droit français (« *Étude comparative du rôle du ministère public en droit coréen* »).

Dans ce contexte, la coopération internationale est plus que jamais essentielle pour faire face aux défis mondiaux. Les pays s'engagent dans des accords multilatéraux pour lutter contre le changement climatique, résoudre les conflits et promouvoir le développement durable. Les enjeux transnationaux, tels que la sécurité numérique et la lutte contre le terrorisme, nécessitent une coordination renforcée entre les États. Ce qui est également le cas pour nous juristes. Le pouvoir de

---

<sup>1</sup> Cass, crim, 18 mars 1975, pourvoi n°74-92.118

l'échange intellectuel et de la collaboration est incontestablement un moteur de progrès dans tous les domaines. Nous sommes ainsi honorés de témoigner d'un événement unique, une conférence bilatérale entre notre revue doctorale de droit et la revue de droit de l'université de Bologne. Une occasion pour les chercheurs, les praticiens et les étudiants de partager leurs connaissances, d'explorer de nouvelles idées et de développer des perspectives innovantes dans le domaine du droit. Cette conférence bilatérale sera l'occasion de renforcer les liens entre nos communautés académiques et professionnelles. C'est un symbole fort de l'ouverture d'esprit et de la collaboration internationale de nos deux universités.

C'est avec une grande émotion que je prends la plume aujourd'hui en tant que nouvelle rédactrice en chef de notre revue doctorale de droit. Je suis honorée de succéder à mes prédécesseurs et de m'engager à maintenir et à développer l'excellence éditoriale. Le changement signifie également une opportunité de renouvellement et de diversification. Ainsi, je souhaite vous annoncer que la revue des étudiants de droit de La Sorbonne se nommera dorénavant la revue doctorale de droit de La Sorbonne. La mise à jour de nos statuts a été l'occasion de mettre à jour notre comité éditorial, notre comité de lecture et notre comité scientifique. De nouveaux partenariats sont également prévus ainsi qu'une conférence de rentrée le 5 mars 2023 au Centre Panthéon-Sorbonne sur le thème de « *l'éloignement* ».

Alors que l'année 2024 va débiter, il est indéniable que nous sommes à l'aube d'une nouvelle ère pour le monde juridique. Les défis et les enjeux qui se présentent à nous sont nombreux, mais ils sont également porteurs d'espoir et de changement.

Je tiens à remercier l'ensemble des membres de la revue et des contributeurs qui ont participé à la publication de ce numéro. Je vous souhaite à tous un joyeux Noël et de bonnes fêtes. À l'année prochaine.

Marina Lovichi

*Rédactrice en chef – Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne*

**EDITORIAL: A NEW BREATH, NEW PERSPECTIVES, AN EVOLVING LAW AND  
MAGAZINE**

In 2023, we face an unprecedented emergency: peacekeeping. At a time when international tensions seem to be escalating and conflicts multiplying, it is imperative to find lasting solutions to preserve world peace. This issue was raised at our last conference on "*Emergencies and the Law*". Coralie Klipfel demonstrates with finesse the workings of the international peacekeeping and security system in a tense geopolitical context ("*L'urgence dans les rouages du système de maintien de la paix et de la sécurité internationale*").

For decades, the international community has sought to promote peace through negotiations, agreements and military intervention. However, these efforts have not always been crowned with success. Conflicts persist, populations suffer and human rights are violated. It is therefore time to rethink our approach and adopt a more holistic vision of peacekeeping. This means taking into account the root causes of conflict, such as social inequalities, discrimination, ethnic and religious tensions, as well as environmental problems.

Because yes! Climate change continues to be a major concern for the international community. Experts are warning of the devastating consequences of rising temperatures and extreme weather phenomena. Initiatives are being taken to reduce greenhouse gas emissions and promote renewable energies, but much remains to be done to reverse the trend. As the environmental crisis continues to worsen and threaten the fundamental rights of people around the world, it is essential that businesses play an active role for protecting these rights. Eoin Jackson discusses the importance of human rights due diligence for business in the context of the climate crisis through the prism of international law ("*Business, Human Rights Due Diligence and the Climate Crisis - Bridging the Gap between Climate Policy and Human Rights*").

The COVID-19 pandemic continues to dominate the news, and although vaccination and anti-viral measures have brought the spread of the virus under control, the financial consequences for companies are a cause for concern. For example, the global health crisis has had an unprecedented impact on the aviation industry, and players in this sector are facing a number of legal challenges, such as renegotiating their aircraft leasing contracts. Faced with this unprecedented situation, Tanya Agarwal reports that many lessees have invoked force majeure in an attempt to free themselves from their contractual obligations, failing to invoke hardship in order to see their rights and duties in

the contracts rebalanced ("*Aircraft leasing contracts in the pandemic era: navigating the challenges of invoking force-majeur by applying hardship under international commercial law*").

When it comes to economic loss, the legal concept of loss of chance is bound to come up. Unlike force majeure, loss of chance only concerns foreseeable events<sup>2</sup>. In a study of comparative law, Alexander Niebler questions the appropriateness of invoking loss of chance, but also its limits ("*La perte de chance: En ce qui concerne les limites de ce modèle français singulier, peut-il servir d'inspiration pour d'autres systèmes, ou est-il encore nécessaire de le développer davantage?* ").

At the same time, it is crucial to strengthen conflict prevention mechanisms. International organizations must be equipped with sufficient resources to detect early signs of tension and intervene rapidly to defuse them. It is also important to strengthen the role of international mediators and promote diplomacy. For example, Giulio Alvaro Cortesi discusses emergency international arbitration as an effective dispute resolution mechanism « *L'introduction de l'arbitrage international d'urgence : un pas ultérieur vers la « judiciarisation » de l'arbitrage international ?* »). In a different vein, Seungbeom Sim examines the role of the public prosecutor in Korean law and the South Korean criminal justice system. An abuse of its power is said to give rise to certain social problems, such as political and economic corruption, which could be limited by legal mechanisms borrowed from French law (« *Étude comparative du rôle du ministère public en droit coréen* »). Against this backdrop, international cooperation is more essential than ever to meet global challenges. Countries are entering into multilateral agreements to combat climate change, resolve conflicts and promote sustainable development. Transnational issues, such as digital security and the fight against terrorism, require greater coordination between states. This is also the case for us lawyers. The power of intellectual exchange and collaboration is undeniably a driving force for progress in all fields. We are therefore honoured to bear witness to a unique event, a bilateral conference between our doctoral law journal and the law journal of the University of Bologna. An opportunity for researchers, practitioners and students to share knowledge, explore new ideas and develop innovative perspectives in the field of law. This bilateral conference will be an opportunity to strengthen the links between our academic and professional communities. It is a powerful symbol of the open-mindedness and international collaboration of our two universities.

---

<sup>2</sup> Cass, crim, 18 mars 1975, pourvoi n°74-92.118

It is with great emotion that I take up the pen today as the new editor-in-chief of our doctoral law journal. I am honoured to succeed my predecessors and to commit myself to maintaining and developing editorial excellence. Change also means an opportunity for renewal and diversification. I would therefore like to announce that La Sorbonne's law student journal will henceforth be known as La Sorbonne's doctoral journal of law. The updating of our bylaws has provided an opportunity to update our editorial, reading and scientific committees. New partnerships are also planned, as well as a conference on March 5, 2023 at the Panthéon-Sorbonne on the theme of "*l'éloignement*".

As we enter 2024, it's clear that we're at the dawn of a new era for the legal world. The challenges and issues we face are many, but they also bring hope and change.

I would like to thank all the magazine members and contributors who have helped to bring this issue out. I wish you all a Merry Christmas and a Happy New Year. Until next year.

Marina Lovichi

*Editor-in-Chief - Doctoral student at the Sorbonne Law School*

**AIRCRAFT LEASING CONTRACTS IN THE PANDEMIC ERA:  
NAVIGATING THE CHALLENGES OF INVOKING *FORCE-MAJEURE* BY  
APPLYING HARDSHIP UNDER INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW**

Tanya Agarwal

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>11</b>
<b>I. GENERAL NATURE OF AIRCRAFT ACQUISITION CONTRACT</b>	<b>12</b>
1.1 Regulations under Private International Air Law	13
1.2 Standard contract clause in Aircraft Lease Agreements	15
<b>II. IMPACT OF CORONAVIRUS ON THE ECONOMY OF AIRLINE INDUSTRY</b>	<b>16</b>
<b>III. INVOKING FORCE MAJEURE IN AIRCRAFT LEASING CONTRACT</b>	<b>17</b>
3.1 The principal of <i>Force-Majeure</i> under International Commercial Law	18
3.2 Pandemic as a <i>Force Majeure</i> event	19
3.3 Legal Effects of “Hell or High-water” clause on <i>Force Majeure</i> remedy	21
<b>IV. THE ALTERNATIVE REMEDY: HARDSHIP DOCTRINE UNDER INTERNATIONAL COMMERCIAL CODE</b>	<b>22</b>
4.1 Applying of Hardship over <i>Force Majeure</i> in Aircraft leasing Agreement	24
4.2 Legally invoking Hardship in Aircraft leasing Agreement	25
<b>CONCLUSION</b>	<b>27</b>

## RÉSUMÉ

La majorité des aéronefs sont acquis dans le cadre de contrats de crédit-bail où la charge financière incombe au bailleur, car ces contrats impliquent le financement d'équipements lourds pour le preneur. Par conséquent, pour s'assurer que le preneur s'acquitte de ses obligations en matière de paiement du loyer, une clause "Hell or High-water" est insérée dans le contrat. Cette clause oblige le preneur à payer le bailleur indépendamment de tout changement circonstanciel qui rendrait le paiement difficile pour le preneur. Cependant, en raison de la pandémie, le secteur du transport aérien souffre d'une grave pénurie de liquidités et il lui est donc difficile d'honorer ses prochaines obligations contractuelles. Les compagnies aériennes envisagent d'invoquer la force majeure dans ces contrats afin d'éviter toute responsabilité en cas d'inexécution, mais compte tenu de la nature de ces contrats et des principes juridiques adoptés dans le cadre du droit aérien international privé, l'adoption d'une telle mesure pourrait poser plusieurs problèmes. Par conséquent, le présent document propose d'appliquer le principe du hardship codifié dans le Principe d'UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international afin que les compagnies aériennes puissent renégocier le contrat avec les bailleurs et éviter d'être tenues responsables en cas de retard ou d'inexécution du contrat au lieu de se soustraire complètement à leurs obligations contractuelles en invoquant la Force Majeure. Cela donnera un répit au locataire et garantira également le maintien de son obligation envers le bailleur pendant la pandémie, assurant ainsi la protection financière du bailleur.

**Mots clés** : Contrat de location d'aéronefs, clause "Hell or High-water", force majeure, difficultés, inexécution, renégociation

## ABSTRACT

Majority of aircraft are acquired on leasing agreements where the financial burden is on the lessor because such agreements involve financing of heavy equipment for the lessee. Therefore, to ensure that the lessee fulfils his obligation towards the payment of lease, Hell or High-water clause is drafted in the contract. This enforces payment by the lessee to the lessor irrespective of any circumstantial change which makes it difficult for the lessee to pay. However, due to the pandemic, the airline industry is suffering from a severe cash crunch as a result it has become difficult for them to honor their upcoming contractual obligations. The airline companies are debating to invoke Force Majeure in these contracts to avoid liability for non-performance, but considering the nature of such contracts and the legal principles adopted in Private International Air Law, taking such measure might pose several challenges. Therefore, this paper proposes the application of Hardship codified in the UNIDROIT Principle of International Commercial Contracts so that airlines can renegotiate the contract with the lessors and avoid liability for delayed or non-performance of the contract instead of completely avoiding their contractual obligation by invoking Force Majeure. This will provide breathing space to the lessee and also ensure his obligation towards the lessor is maintained during the pandemic thereby ensuring the lessor is financially safeguarded.

**Keywords:** Aircraft Leasing Agreement, Hell or High-water clause, Force Majeure, Hardship, non-performance, renegotiation

## INTRODUCTION

The UNIDROIT Convention on the International Interests in Mobile Equipment (Cape Town Convention) along with its protocol on matters of Aircraft equipment which became effective in 2006 is an indication of significant development for the Airline Industry. These treaties have led to the creation of an international legal standard for transaction involving aircraft equipment for the Airline industry which contributes substantially in connecting the world with just a simple thought of 'one flight away'. However, the outbreak of COVID-19 has severely affected the running operations this industry. Global lockdowns and international border controls have hampered their financial position, thereby forcing them to reassess their obligations towards leasing contracts. Most commercial contracts provide a provision of *Force Majeure* remedy, which allows parties to excuse their liability for non-performance during an unforeseeable event that is beyond their control. However, majority of Airlines acquire their aircraft on lease contracts that do not excuse them from paying their liability based on absolute obligations of the "hell or high-water" clause. Therefore, irrespective of any event, airline operators must fulfil their performance to pay and take delivery of the aircraft under such lease contracts. However, due to the pandemic, Airlines are in a quandary which is making them question their position regarding such absolute obligations that is whether they are still bound to fulfil them when mere survival to stay afloat has become a financial battle.

This paper is an attempt to understand the impact of COVID-19 on the contractual obligation of Aircraft operators. It begins by initially providing an insight into the nature and regulation of aircraft lease contracts under International law and understanding the need for such obligations contained within aircraft lease agreements. It seeks to study whether *Force Majeure* as interpreted under national and international jurisdiction holds valid under these contracts based on lease agreements. The paper is limited to acquiring aircraft on lease as any other way may provide airlines with different remedies from contractual obligations. The author has attempted to propose applying the *Rebus sic stantibus* principle of Hardship as provided under UNIDROIT International commercial law on aircraft acquisition contracts. It may provide temporary relief to airline operators to re-negotiate and adjust their lease agreements to strike a balance.

## I. General Nature of Aircraft Acquisition contract

There has been an exponential increase in the commercial aviation industry in recent years, making airlines acquire more aircraft through leasing contracts.<sup>3</sup> These contracts provide airlines with several funding arrangements and create different kinds of ownership obligations. Airlines can purchase aircraft either from their own or any other credit resource available to them. However, it is a capital-intensive task, so most airlines are inclined towards leasing an aircraft because the nature of the aviation business is constantly fluctuating.<sup>4</sup> Leasing provides airlines with several economic advantages which allows them to grow and remain flexible.<sup>5</sup> Therefore, more than half of the airlines choose to operate their aircraft on leasing contracts.<sup>6</sup> The main spirit of a lease is the right to possess and use the leased asset in exchange for consideration. The Cape Town Convention defines a lease as, '*an agreement by which one person (the lessor) grants a right to possession or control of an object (with or without an option to purchase) to another person (the lessee) in return for a rental or other payment*'.<sup>7</sup>

The International Accounting Standards Board has classified leases into finance and operating lease.<sup>8</sup> The main difference between them is that the former transfers the substantial risk and reward on the lessee by making him the owner of the leased aircraft once the lease is paid, and in case of the latter no such transfer takes place, the lessee has the option to return the aircraft to the lessor. Different kinds of lease contracts are generally tailor-made and designed on the basis of a model lease pattern accommodating the interest of the parties.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Eva Endrizalova and others, 'Operating Lease as a Specific Form of Airlines Outsourcing' (Conference Paper, International Scientific Conference Business Logistics in Modern Management, 11-12 October 2018) 642-43.

<sup>4</sup> Hortencia Jimenez, 'Commercial Aircraft Leasing and its Booming Complexities' (MSc. Aviation Administration thesis, Middle Tennessee State University 2017) 8-9.

<sup>5</sup> Lease Europe and Author Andersons, *Leasing in Europe* (Mc Graw Hill Book Company 1992) 53-54.

<sup>6</sup> Jimenez (n 2).

<sup>7</sup> Convention on International Interests in Mobile Equipment, (16 Nov. 2001), 2307 U.N.T.S. 285, art 1(q) [ hereinafter Cape Town Convention].

<sup>8</sup> IAS Plus, 'IAS 17- Leases' (*Deloitte*) < <https://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias17>> accessed 7 April 2021.

<sup>9</sup> Donal Patrick Hanley, 'Aircraft Operating Leasing: A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law' (Doctoral Thesis, Leiden University 2011).

However, the nature of the absolute contractual obligations under these contracts regarding the performance mostly remains the same irrespective of the type of the lease, thereby creating no

significant difference in the nature of lessor-lessee relationship. Private International Air Law has attempted to harmonize a standard legal regime that can act as an authority to determine the nature of these contracts and guide the global aviation industry, which conducts business across borders.

### **1.1 Regulations under Private International Air Law**

The Cape Town Convention and its aircraft protocol is the foremost international treaty in facilitating flexible aircraft acquisition for airlines either by purchase or lease agreements.<sup>10</sup> The UNIDROIT Convention on International Financial Leasing also provide a framework of unified guideline to regulate the lessor's and lessee's responsibility in cross border leasing agreements, the.<sup>11</sup> These International covenants lay down a system of regulations that provides a standard of rules dealing from governing law of the contract to the nature of responsibility and obligations for the lessor and the lessee.

#### **a. Governing Law**

The governing law in Aircraft acquisition variegates across different contracts as they are bespoke to accommodate the parties' interest from different jurisdictions.<sup>12</sup> Typically, these contracts are either governed by English common law or New York law because of abundantly available precedents, which reduces uncertainty in clarifying the position of the parties and their contractual obligations.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Jeffrey Wool, 'The Next Generation of International Aviation Finance Law: An Overview of the Proposed UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment' [1999] 20:3 U. Pa. J Int'l Econ. L 499.

<sup>11</sup> UNIDROIT Convention on International Financial Leasing, Ottawa (28 May 1988) [hereinafter Financial Leasing Convention].

<sup>12</sup> Goode R, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters specific to Aircraft Equipment: Official Commentary* (UNIDROIT 2002) 175-180.

<sup>13</sup> Donald H Bunker, *International Aircraft Financing* (2d ed., International Air Transport Association 2015) 173-174.

The Aircraft Protocol to the Cape town convention allows the parties that have ratified, accepted , acceded to the protocol to choose any governing law of their preference ranging from *lex situs to lex loci contractus*, as per their preference in the agreement to regulate the relationship of the parties in the contract.<sup>14</sup> To avoid *renvoi*, the parties can also choose International contract law, which may include UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts by its explicit mention in the contract.<sup>15</sup> It is also imperative to note that as per the Cape Town Convention standards, there is also an option of settling the issue in conformity with the general principle of laws in the absence of specific governing law.<sup>16</sup> This ensures that, under these conventions, the parties have the freedom to choose any governing law for regulating their contractual regulation concerning various obligations and remedies, which can range from domestic law to International law of contract.

#### **b. Default and Remedies**

The Cape Town Convention and the Convention of International Financial leasing provide several remedies in cases of default that interact with the existing domestic remedy available under the governing law preferred by the parties in their agreement. These remedies clarify the parties' position, which coexists once these treaties have been ratified by the state of the parties involved in the Aircraft acquisition contract.<sup>17</sup>

The remedy available to the lessor against the lessee in case of default by the lessee on his obligation to pay the lease under the Cape town convention read with Aircraft Protocol includes taking repossession of the aircraft by physical transfer of the aircraft object and remarket it either by selling or leasing it, recover or collect any profit from the lessee from the use of the aircraft object.<sup>18</sup> The Convention on financial leasing further ensures that the lessor has the power to recover unpaid rentals along with interest and damages from the lessee in case of non-performance

---

<sup>14</sup> Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, (Nov. 16, 2001), 2367 U.N.T.S. 517, art VIII [hereinafter Aircraft Protocol to Cape Town Convention].

<sup>15</sup> Hanley (n 7) 181-182.

<sup>16</sup> Cape Town Convention 2001, art 5(2).

<sup>17</sup> Cape Town Convention 2001, art 11.

<sup>18</sup> Cape Town Convention 2001, art 8; Aircraft Protocol to Cape Town Convention 2001, art 9.

of lease payment.<sup>19</sup> The remedies available to the lessor against the lessee under these conventions and treaties ensure the financial security of the creditor that is the lessor as it makes it obligatory for the lessee to pay its dues on account of any default.<sup>20</sup>

## **1.2 Standard contract clause in Aircraft Lease Agreements**

Acquisition of aircraft by airlines based on leasing agreement irrespective of the nature of the lease typically involves three parties that is a lessor, a lessee and a supplier. The lessee enters into a supply agreement with the supplier to select the equipment for which the lessor pays in the supply agreement. After that, the lessee in exchange for the payment made by the lessor to the supplier for the equipment enters into a lease agreement to pay off his lease in a rental arrangement thereby enjoying the right to use the equipment.<sup>21</sup> Due to this peculiar nature of the Aircraft leasing agreement, there are certain standard clauses contained within the agreement which also includes the “Hell or High-water clause.”

The purpose of incorporating such a clause is to impose an absolute obligation on the lessee irrespective of any circumstance to pay the rent/lease for the aircraft to the lessor.<sup>22</sup> The duty to pay the lease becomes unconditional for the lessee. It does not consider any unforeseen circumstance that might affect the airline's ability to pay the lease. This contract clause gives an upper edge to the lessor over the lessee and obligates the lessee to honor his payment obligations.

The necessity to bind the lessee with an obligation to pay is there to ensure liquidity for the lessor to repay his debt to the supplier for the aircraft it is being financed.

The purpose of Absolute Contractual Obligation along with remedies for default available under International law focuses on ensuring the protection of the Lessor against failure of performance by the lessee. The lessee under Aircraft Finance lease agreements even in case of default has to pay the lease and is liable of default regardless of any problem lessee is suffering from. The COVID-19

---

<sup>19</sup> Financial Leasing Convention 1988, art 13(1).

<sup>20</sup> Wool (n 8) 524.

<sup>21</sup> Financial Leasing Convention 1988, art 1 & 2.

<sup>22</sup> Hanley (n 7) 63-64.

pandemic has caused complete disruption in the business activity of the airlines who are leasing aircrafts. Therefore, it is pertinent to evaluate the necessary legal remedy available for the airlines who are the lessee that can help them circumvent the “Hell-or High-water clause” and overcome the burden of paying the lease momentarily and simultaneously ensure that airlines do not incur damages for default.

## II. Impact of Coronavirus on the economy of Airline Industry

The world economy has been severely affected due to harsh measures adopted across the globe to stop the progression of the Coronavirus. One of the immediate responses around the world since the World Health Organization declared the pandemic on 11 March 2020 is to close borders and restrict travel.<sup>23</sup> The aviation industry has come to a near halt as per the official data wherein it has been reported that in April 2020, there was a drop of 73.7% global air traffic as compared to the previous year.<sup>24</sup> The travel and tourism industry is deemed to be bearing the brunt of various restriction stopping the Global movement. The airlines have suffered huge losses due to the reduction in passenger movement, which is approximately computed to have been reduced by 89% in the second quarter of 2020 globally.<sup>25</sup>

Restriction on air travel combined with flight cancellations and reduction in passenger movement has forced airlines to ground their fleet, which has significantly affected their liquidity. Due to the disruption caused by the pandemic, Lufthansa is one of biggest European airline carrier which is expected to suffer a loss of 500 million euro each month thereby causing the airline to reduce their fleet from 760 aircraft to 610.<sup>26</sup> Almost all the major airlines have suffered because, in the second quarter of 2020, the International Airline Group reported a loss of 1,365 million euro in their annual

---

<sup>23</sup> World Health Organization, ‘Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19’ (WHO, 11 March 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> accessed 10 April 2021.

<sup>24</sup> Ian Petchenik, ‘Scrapping along the Bottom: April Air Traffic Statistics’ (*Flightradar24*, 1 May 2020) <<https://www.flightradar24.com/blog/scrapping-along-the-bottom-april-air-traffic-statistics/>> accessed 12 April 2021.

<sup>25</sup> IATA Economics, ‘Airline Financial Monitor’ (*IATA*, 18 September 2020) <[www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/airlines-financial-monitor-august-2020](http://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/airlines-financial-monitor-august-2020)> accessed 12 April 2021.

<sup>26</sup> ‘Pandemic bill heavier in Lufthansa’ (*DW made for Minds*, 21 September 2020) <[www.dw.com/tr/lufthansada-pandemi-faturas%C4%B1-a%C4%9F%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1/a-55006511](http://www.dw.com/tr/lufthansada-pandemi-faturas%C4%B1-a%C4%9F%C4%B1rla%C5%9Ft%C4%B1/a-55006511)> accessed 13 April 2021.

report.<sup>27</sup> Despite these losses, airlines also have an additional duty to uphold, including various other unavoidable fixed charges that maintain the aircraft's airworthiness. These expenses add a significant revenue burden on the airlines as they have to pay the aircraft engineers, airline crew, airport parking charges to satisfy the requirements of the Aircraft Approved Maintenance programme.<sup>28</sup> Airlines have started to mitigate their cash burn through various measures like reduction in aircraft crew and salary. For instance, around 12,000 employees have been laid off by British Airlines to cut expenses during this pandemic.<sup>29</sup> It is estimated that in the second half of 2020, airline companies are expected to exhaust burn through \$77 billion in cash.<sup>30</sup> Several Airlines have also decided to reduce their fleets, delay lease payments and delivery of the aircraft.

It is visible that the pandemic has caused strenuous financial difficulty for airline companies. However, taking such measures involving delay in lease payments might affect the relationship of the airlines with their lessors due to various absolute contractual obligations contained within leasing agreements. Therefore, it is important to reevaluate these contractual obligations in light of the damage caused by the pandemic for the Airline Industry so that the relationship between the lessor and the lessee is not hampered and the entire aviation industry could survive until business returns to normal.

### III. Invoking *Force Majeure* in Aircraft leasing Contract

Due to financial loss suffered by the airline industry during the COVID-19 pandemic, they are looking for a potential respite to survive and avoid liability for default on their lease for aircraft acquired on leasing agreements. For instance, the possibility of using the remedy of *Force Majeure* to circumvent lease payments and minimize their cash burden until the pandemic related restriction

---

<sup>27</sup> Serap Zuvun and Onur Can Ucarer, 'The Aircraft Financing Market after COVID-19' (*International Bar Association*, 2020) <<https://www.ibanet.org/article/2cb405cf-621a-4791-809f-748f09b0402d>> accessed 13 April 2021.

<sup>28</sup> Henry Kikoyo, 'Liability Management for Airlines Following Complete Shut Down of Operations or Aircraft Groundings in the Wake of Coronavirus (COVID-19)' (*Brownrudnick*, 26 March 2020) <<https://brownrudnick.com/alert/liability-management-for-airlines-following-complete-shut-down-of-operations-or-aircraft-groundings-in-the-wake-of-coronavirus-covid-19/>> accessed 15 April 2021.

<sup>29</sup> 'How much did the Corona hit which airline company?' (*DW made for Minds*, 8 July 2020) <<https://www.dw.com/tr/korona-hangi-havayolu-%C5%9Firketini-ne-kadar-vurdu/g-54488779>> accessed 13 April 2021.

<sup>30</sup> IATA Economics, 'Airline industry will continue to burn through cash until 2022' (*IATA*, 9 October 2020) <<https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/airline-industry-will-continue-to-burn-through-cash-until-2022>> accessed 13 April 2021.

persists. However, as mentioned above these lease agreements are enclosed with absolute obligations of the "Hell or High water" clause, making it questionable for airlines to invoke *Force Majeure* and excuse their performance. In an aircraft leasing agreement, the probability of a *Force Majeure* clause in the contract is very low. However, if it is present, its scope of application has to be explicitly interpreted during a pandemic that is taken to be not a *Force Majeure* event for the aviation industry.<sup>31</sup>

### 3.1 The principal of *Force-Majeure* under International Commercial Law

The *Force Majeure* principle has been incorporated under different international treaties guiding commercial contracts, including the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principle of International Commercial Contract (UPICC).<sup>32</sup> Generally, the CISG convention does not apply to the sale of aircraft contracts.<sup>33</sup> Therefore, to understand the principle of *Force Majeure*, it is better to analyze its scope under UPICC and various other domestic law systems.

The literal translation of the word *Force Majeure* is "superior force".<sup>34</sup> According to article 7.1.7 of UPICC, this relief excuses the party from performing the obligations contained within a contract depending upon the occurrence of a certain unforeseeable event beyond the control of parties.<sup>35</sup> Such unforeseen events make it impossible for the parties to uphold the contract temporarily or permanently.<sup>36</sup> It also includes events that occur after contract formation as

---

<sup>31</sup> Leo Fattorini and others, 'Covid-19: Where to next for Airlines and their investors?' (*Bird & Bird*, March 2020) <<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/covid19-where-to-next-for-airlines-and-their-investors>> accessed 5 April 2021.

<sup>32</sup> International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 'Principles of International Commercial Contracts (2016)' [hereinafter UPICC]; United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (11 April 1980) 1489 UNTS 3, 19 ILM 668 [hereinafter CISG].

<sup>33</sup> John P. McMahon, 'Applying for Managers and Counsel: Applying the CISG' (*IICL*, May 2010) <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/guide-managers-and-counsel-applying-cisg>> accessed 20 April 2021.

<sup>34</sup> Klaus Peter Berger and Daniel Behn, 'Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study' (2019-2020) 6 McGill J. D.R. 77.

<sup>35</sup> UPICC 2016, art 7.1.7.

<sup>36</sup> Berger and Behn (n 31).

subsequent impossibility such as flood, droughts, earthquake, terrorist act etc.<sup>37</sup> The significant consequence of such a remedy is to remove the liability regarding damages from the performing party caused due to non-performance, or sometimes it may also include prevention of performance.<sup>38</sup> Therefore, affecting the right of the other party to enforce its obligatory advantage, which may be monetary or of any nature depending on the terms of the contract.

In English common law, this doctrine is not governed by any express legislation rather, its application depends on the inclusion of the *Force Majeure* clause by the parties in a commercial contract. Such a clause has to be construed restrictively. They will contain a list of unforeseen events that arise without the interference of the parties qualifying as the *Force Majeure* event, allowing the party to invoke this relief.<sup>39</sup> The practice prevalent in civil law jurisdiction regarding the use of this remedy is similar to that of the common law system. However, the contractual provision herein describes the exact conditions required for an event to be qualified as force majeure.<sup>40</sup>

### 3.2 Pandemic as a *Force Majeure* event

The scope of a *Force Majeure* remedy depends on an unforeseeable event as observed from the guidelines provided under International law and practice prevalent in the common and civil law system. However, there is no particular condition that may explicitly qualify a pandemic as a *Force Majeure* event.<sup>41</sup> The common practice adopted by courts while understanding the application of this remedy is to interpret it strictly and literally. In 2005, China International Economic and Trade Arbitration Commission failed to consider the SARS outbreak as a *Force Majeure* event, thereby

---

<sup>37</sup>Force Majeure TransLex-Principle VI 3' at VI 3 (c) <<https://www.trans-lex.org/944000>> accessed 20 April 2021.

<sup>38</sup> UPICC 2016.

<sup>39</sup> *Great Elephant Corporation v Trafigura Beheer BV* [2013] EWCA Civ 907 [25].

<sup>40</sup> International Chamber of Commerce, 'ICC Force Majeure And Hardship Clauses 2020: Introductory Note and Commentary' (*ICC*, June 2020) <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-forcemajeure-introductory-note.pdf>> accessed 18 April 2021.

<sup>41</sup> Berger and Behn (n 31).

not allowing the parties to excuse themselves for non-performance of the obligation.<sup>42</sup> It is understood that unless there is a specific mention of the epidemic, disease and quarantine in the *Force Majeure* clause, it will not be applicable.<sup>43</sup>

The restrictive measures taken by the nations like lockdowns, border closure, travel restriction and quarantines to control the spread of the COVID-19 has caused varying levels of economic disruptions to the supply chain both nationally and internationally. However, it has been observed that even if there is shift in the financial stability of the party to a contract, the courts are unlikely to accept the invocation of a *Force Majeure* clause.<sup>44</sup> Under the English common law, the Commercial Court has opined that change in market circumstances affecting the ease with which the parties' obligations can be performed is not regarded as a *Force Majeure* event.<sup>45</sup> The impossibility to perform due to financial sufferance caused by government measures as a ground to use *Force Majeure* will depend upon carefully analyzing the exact reference in the contract and comparing it with government measures that are affecting the parties from fulfilling their obligations.<sup>46</sup>

However, to provide relief to the economy, various national governments have proposed issuing a certificate to consider the pandemic as a *Force Majeure* occurrence which may allow the companies to breach their contractual obligations depending on satisfying the conditions for grant of such certificate. The China Council for the Promotion of International Trade approximately has issued 1600 such certificates.<sup>47</sup> Furthermore, various legislative amendments and notifications have been issued by the Chamber of Commerce of various European and central Asian regions like Bulgaria,

---

<sup>42</sup> *People Republic of China v Netherlands* [2005] CIETAC (*IICL*, 2005) <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-march-5-2005-translation-available>> accessed 20 April 2021.

<sup>43</sup> Brian W. Ledebuh and others, 'COVID-19, "Force Majeure" Clauses and Contractual Nonperformance' (2020) *XI* (139) *TNLR* <<https://www.natlawreview.com/article/covid-19-force-majeure-clauses-and-contractual-nonperformance>> accessed 15 April 2021.

<sup>44</sup> *Northern Indiana Public Service Co. v Carbon County Coal Co.* [7th Cir. 1986] 799 F.2d 265 [ 275].

<sup>45</sup> *Tandrin Aviation v Aero Toy Store* (2010) EWHC 40(Comm).

<sup>46</sup> 'Force Majeure in Aviation Contract' (*Winstan & Strawn LLP*, April 2020). <<https://www.winston.com/en/thought-leadership/force-majeure-in-aviation-contracts.html>> accessed 4 April 2021.

<sup>47</sup> Elodie Fortin, 'The Impact of coronavirus (COVID-19) on aviation finance' (*LexisNexis*, March 2020) <[https://www.lexisnexis.co.uk/blog/covid-19/the-impact-of-coronavirus-\(covid-19\)-on-aviation-finance](https://www.lexisnexis.co.uk/blog/covid-19/the-impact-of-coronavirus-(covid-19)-on-aviation-finance)> accessed 6 April 2021.

Kazakhstan, Slovakia, Turkey, Ukraine and Uzbekistan, depending upon satisfying the guidelines of respective nations for issuance of a Force Majeure certificate.<sup>48</sup>

### 3.3 Legal Effects of “Hell or High-water” clause on *Force Majeure* remedy

The government adopting these certificates act as a symbol of identifying COVID-19 pandemic as an unforeseeable *Force Majeure* event, but the legal consequence of these certificates is still undecided, especially in an international forum and in a contract which is enclosed with the absolute obligations of “Hell or High- water clause”, especially concerning lease payment which involves parties from multiple countries. In *Golsen v. ONG Western Inc.*,<sup>49</sup> the court believed that it is an accepted principle of law that a contract must be read as a whole. In this case, the defendant took the defence of *Force Majeure* for failure to perform the contract, but the court held that the contract contained an absolute obligation of take-or-pay provision, which will not be overridden by *Force Majeure* remedy.

The rigidity of the "Hell-or-High water" is visible in the case of *General Electric Capital Corp. v. FPL Services Corp.*,<sup>50</sup> where despite the loss caused to the equipment by hurricane SANDY, the contract contained this clause which mandated the lessee to make payments regardless of any circumstance causing damage to the product. In Aircraft Leasing agreements, the clause was considered in *ACG Acquisition XX LLC v Olympic Airlines SA*,<sup>51</sup> where the lessor had failed to provide an aircraft in an airworthy condition. However, the court was of the opinion that the "Hell-or-High water" clause in the lease agreement binds the lessee to fulfil its obligation to pay the lease on an absolute basis. The lessees will have to bear all the risk in such agreements, and this clause prevents him from invoking the doctrine of Force Majeure. Therefore, irrespective of any circumstance, the lessee has to pay the rent.

---

<sup>48</sup> ‘Regional: COVID-19 as Force Majeure in Aviation Contracts. Comparative Analysis across 10 Jurisdictions’ (*Kinstellar*, March 2020) <<https://www.kinstellar.com/insights/detail/1059/regional-covid-19-as-force-majeure-in-aviation-contracts-comparative-analysis-across-10-jurisdictions>> accessed 6 April 2021.

<sup>49</sup> [Okla. 1988]756 P.2d 12010-12014.

<sup>50</sup> [ND Iowa, 2013] 986 F Supp 2d 1029 [1036].

<sup>51</sup> [2012] EWHC 1070 (Comm).

In the case of *Celestial Aviation Trading 71 Limited v Paramount Airways Private Limited*,<sup>52</sup> the English High court has held that irrespective of any defence available to the lessee, its obligation to pay the lessor could not be exempted. Therefore, according to the prevalent judicial opinion regarding absolute contractual obligations, especially in light of the "Hell or High-water" clause, invoking the remedy of *Force Majeure* would be not a legally viable option available for the airline companies. The restrictive measures taken by the government to fight against the pandemic may be an unforeseeable event qualifying as a *Force Majeure* event based on an express contractual clause or by issuing the certificate. However, the spirit of the "Hell or High-water" clause ensures payment to the lessor, and there cannot be any default by the lessee as the same would make the airline company liable for damages. Even though the airlines have suffered massive financial loss due to the pandemic, they cannot invoke *Force Majeure* in any circumstance in a lease agreement to excuse non-performance. However, as understood, the purpose of such absolute obligation in an aircraft leasing agreement is to ensure that the lessor is protected by making the lessee abide by the lease terms. The general principle of the Hardship doctrine can be an alternative legal remedy wherein the lessee can re-negotiate the terms of the contract to delay payment rather than completely obscuring from his obligation towards the lease. This will ensure that the lessor is paid and the lessee is relieved from the immediate burden to pay and avoid damages.

#### **IV. The Alternative Remedy: Hardship Doctrine under International Commercial Code**

The formation of a contract is based on the fundamental principle of "pacta sunt servanda", which upholds the sanctity of the contract. This principle originates from the idea of good faith and equity that ensures continued enforceability of the contract.<sup>53</sup> The enforcement of the contract depends upon the circumstances present at the time of entering into the contract. However, the possibility of the circumstances to remain persistent is not always possible; therefore, certain defences in exceptional circumstances available for parties to a contract based on the principle of *Rebus sic stantibus*.<sup>54</sup> The *Rebus sic stantibus* principle considers the circumstantial changes that necessitate

---

<sup>52</sup> [2009] EWHC 3142 (Comm) [7].

<sup>53</sup> 'Hardship Trans Lex-Principle VIII' at VIII.1 <<https://www.trans-lex.org/951000>> accessed 15 April 2021.

<sup>54</sup> Berger and Behn (n 31).

amendments in the contract to accommodate the new circumstances.<sup>55</sup> The requirements identified by courts that dictates the application of this principle include:<sup>56</sup>

1. the radical alteration of the state of affairs changing the position of the parties different from the time of entering the contract,
2. an imbalance is created hampering the performance of the contract,
3. such alteration was unforeseeable at the time of entering into contract despite taking all the due diligence,
4. the principle is applied only in the absence of any other remedy, including no clause available in the contract.

The purpose is to rectify the imbalance between the parties by taking measures that warrant that the idea of good faith remains intact and the contract remains enforceable under new circumstances. The idea of this principle has been referred to as the Hardship doctrine in various soft legal instrument at the international and national forum as a general principle of law.<sup>57</sup> The basis of this doctrine is the modern approach towards the *lex mercatoria* principle, which identifies the duty to re-negotiate is there is a need to synchronise the terms of the contract with the change in circumstances.<sup>58</sup>

The UNIDROIT Principle of International Commercial contract defines Hardship event in article 6.2.2 as one that *'fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished.'*<sup>59</sup> This definition is supplemented by the same requirement as followed in *Rebus sic stantibus* that is the change in equilibrium caused by an unforeseeable event after the conclusion of the contract which is beyond the control of the party and could not be accounted at the time of

---

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> *The Rebus Sic Stantibus clause in the presence of Covid-19* (Osborne Clarke, March 2020) <<https://www.osborneclarke.com/insights/rebus-sic-stantibus-clause-presence-covid-19/>> accessed 17 April 2021.

<sup>57</sup> Marchisio & Giacomo, 'Rebus Sic Stantibus: A Comparative Analysis for International Arbitration' (2012) SSRN <<https://ssrn.com/abstract=2103641>> accessed 22 April 2021.

<sup>58</sup> 'Duty to renegotiate Trans Lex- Principle IV.6.7' at IV.6.7 <<https://www.trans-lex.org/935000>> accessed 20 April 2021.

<sup>59</sup> UPICC 2016.

conclusion of the contract by the party whose position has been altered.<sup>60</sup> Article 6.2.3 provides the tools for curing the hardship event, which includes renegotiation and adaption of the contract so that it remains valid.<sup>61</sup> The request for renegotiation of the contract does not eliminate performance by the disadvantaged party. If the renegotiations fail, the parties have the option to go to court, which may terminate the contract or make changes to restore the equilibrium.<sup>62</sup>

The disadvantaged party has the right to request renegotiation of the contract when it becomes economically challenging to uphold the terms of the contract, thereby distorting the equilibrium.<sup>63</sup> This ensures that an economic tangibility of the contract may also qualify as Hardship depending on satisfy all the legal requirement of the doctrine.<sup>64</sup> The characteristic feature of Hardship is the difficulty in continuing specific performance of the contract despite the excessive impact of the change of circumstances, but if the contract can adapt to this change by modification, then performance can be maintained.<sup>65</sup> COVID-19 has caused severe economic harm to the market, making it difficult for all the stakeholders to survive, but if the business modifies according to the circumstances, then they can pull through until the pandemic ends.

#### **4.1 Applying of Hardship over *Force Majeure* in Aircraft leasing Agreement**

Force Majeure is not a possible solution to circumvent the "Hell-or High-water" clause considering the nature of the aircraft leasing agreement as non-performance of the contract will incur the contract's termination by lessor and imposition of damages on the lessee. The spirit of this agreement is to ensure performance. Therefore, even if there is a contractual provision or

---

<sup>60</sup> Joern Rimke, 'Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Contracts' [2001] PACE REVIEW OF THE CISG 193

<sup>61</sup> Ndubuisi Augustine Nwafor, 'Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/*Force Majeure* under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles' (PhD thesis, University of Stirling 2015); UPICC 2016.

<sup>62</sup> UPICC 2016.

<sup>63</sup> *Scafom Int'l BV v. Tubes s.a.s.*, Case No. C.07.0289.N <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1456&step=FullText>> accessed 22 April 2021.

<sup>64</sup> Nwafor (n 59).

<sup>65</sup> Berger and Behn (n 31).

government measure allowing application of Force Majeure in the lease agreement, it will not be applicable on the lease payment.

However, considering the nature of the Hardship doctrine, the COVID-19 pandemic may classify as a Hardship event for the airline industry. The purpose of applying *Force Majeure* to a contract is to excuse non-performance and avoid damage liabilities. However, Hardship allows re-negotiating the contract terms, which ensures the contract is kept alive although on revised terms. The occurrence of the COVID-19 is an unforeseeable event which the aviation industry could not have accounted for during the formation of the contract. Further, the economic difficulties suffered by the airline industry because of the pandemic has shifted the equilibrium in the aircraft leasing agreements putting the airlines into a disadvantageous position. Therefore, giving airline the right to call for renegotiation of the lease payment requirement with the lessor to restore balance of obligations in the lease agreement. This will ensure that there is no exemption from performance by the lessee, upholding the essence of the "hell or high-water" clause and providing immediate relief for the airlines.

#### **4.2 Legally invoking Hardship in Aircraft leasing Agreement**

There might not be an express legal clause in an aircraft leasing agreement that deals with classifying a pandemic as a Hardship event. But Hardship is a general principle of law that has been codified in an International soft legal instrument called the UNIDROIT Principle of International Commercial (UPICC).<sup>66</sup> As mentioned herein, the Cape Town Convention and the Convention on Financial leasing have allowed the party to choose UPICC along with the general principle of law as the governing law in aircraft contract for resolving conflicts between the parties.<sup>67</sup>

Even when there is no express accounting mechanism in the contract, the parties also have the discretion to choose UPICC to resolve any dispute.<sup>68</sup> Application of UPICC in a contract to resolve

---

<sup>66</sup> Henry D. Gabriel, 'The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?' [2019] 40 MICH. J. INT'L L. 413.

<sup>67</sup> Wool (n 8) 499-500; Cape Town Convention 2001, art 5(2).

<sup>68</sup> Award 116 of 20 January of 1997 of the International Arbitration court of the chamber of the commerce and Industry of the Russian Federation.

a dispute will allow the parties to use the Hardship Principle.<sup>69</sup> In the absence of any specific reference to Hardship in the contract, the parties have a wide discretion to adopt an ad-hoc mechanism recognizing *Rebus sic stantibus* as part of the contract, making it applicable for them to apply the general principle of Hardship in a situation where there is change of circumstance altering the position of the party.<sup>70</sup> In contracts where the reference has been made to the domestic law as the governing law of the contract, the parties has also have the choice of applying the general principle of law in resolving dispute which UPICC shall guide.<sup>71</sup> Therefore, the modern legal interpretation towards the invocation of governing law in International commercial Law to resolve dispute contributes various mechanism through which the remedy of Hardship can be applied in aircraft leasing agreements.

---

<sup>69</sup> Award of 30 November of 2006 of Centro de Arbitraje de Mexico.

<sup>70</sup> Marchisio & Giacomo (n 55).

<sup>71</sup> ICC award No 7365 of 5 May 1997.

## CONCLUSION

COVID-19 has economically affected the airline industry due to various government measures restricting travel, and along with this, they also have an additional financial burden of maintaining the aircraft. The airlines are looking for every possible remedy to reduce this burden, including avoiding lease payments for aircraft acquired on leasing agreements. As the pandemic progresses, the development in vaccination programme boosts the recovery of the travel and tourism industry.

The aviation industry is slowly recovering, but the fear of multiple waves persists and does not absolve the financial issues of the airline industry. The passenger airlines have remodeled their aircraft into cargo flights to raise liquidity, and various governments have also provided financial aid to the airlines to continue operation. However, most aircraft are operated on lease agreements by airline industry and liability to pay the lease is a cumbersome burden that the airlines have to follow through irrespective of any circumstance. Therefore, Hardship is the only way that allows the airlines to re-negotiate the agreement and sustain the contract during the pandemic.

Applying hardship over *Force Majeure* is a more viable legal solution for the airline industry in the Aircraft leasing Agreement. During this pandemic the doctrine of Hardship can help circumvent the “Hell or High-water clause” as it is based on the principle of ensuring payment by re-negotiation thereby upholding the intention of the absolute contractual obligation that is ensuring the financial security of the lessor. The same can be contractually invoked by a contractual provision or taking inspiration from the modern interpretation of International Commercial law.



**L'INTRODUCTION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL D'URGENCE :  
UN PAS ULTÉRIEUR VERS LA « JUDICIARISATION » DE L'ARBITRAGE  
INTERNATIONAL ?**

Dr. Giulio Alvaro Cortesi

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>30</b>
<b>I. L'arbitrage d'urgence : son histoire, son évolution et ses perspectives</b>	<b>32</b>
<b>II. La question de l'exécution des mesures conservatoires : un problème encore ouvert</b>	<b>35</b>
2.1) L'exécution des mesures conservatoires dans l'arbitrage commercial	36
2.2) L'exécution des mesures conservatoires dans l'arbitrage d'investissements	39
<b>CONCLUSION</b>	<b>46</b>

## INTRODUCTION

Le présent article concerne l'arbitrage d'urgence, une procédure qui permet à une partie d'obtenir une mesure provisoire pendant la période de constitution d'un tribunal arbitral.<sup>72</sup>

La procédure en question est relativement nouvelle, mais pose déjà des problèmes juridiques très intéressants, à la fois sur le plan pratique et théorique.

Cet article souhaite contribuer à l'analyse pratique et doctrinale de l'arbitrage d'urgence.

En ce qui concerne l'aspect théorique de l'arbitrage d'urgence, il est possible d'évoquer la considération de Oliver Wendell Holmes Jr., selon lequel « *we have too little theory in the law rather than too much* »<sup>73</sup>, une affirmation déjà reprise par Cameron Sim.<sup>74</sup>

Pour comprendre les questions relatives à l'arbitrage d'urgence il est d'abord nécessaire d'encadrer la notion d'arbitrage international.

L'arbitrage international peut être décrit comme un « *système de justice privé* »,<sup>75</sup> « *par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent à cet effet et investies, pour la circonstance, de la mission de juger* ». <sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> SIM C., *Emergency Arbitration*, 1<sup>st</sup> ed., OUP, 2021, para. 1.01.

<sup>73</sup> « Nous avons trop peu de théorie dans le droit plutôt que trop ».

<sup>74</sup> SIM C., *Emergency Arbitration*, 1<sup>st</sup> ed., OUP, 2021, para. 1.08.

<sup>75</sup> LOQUIN E., *L'arbitrage du commerce international*, Joly Éditions, 2015, p. 1.

<sup>76</sup> SERAGLINI C., MOURALIS D., *L'arbitrage commercial international*, dans BÉGUIN J., MENJUCQ M., *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> édition, LexisNexis, Paris, 2019, p. 1076. Pour d'autres définitions similaires voir : EL AHDAB J., MAINGUY D., *Droit de l'arbitrage – Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021, p. 4-5.

En raison des avantages de l'arbitrage international, ce système de justice privé est parfois préféré à la justice étatique : la neutralité d'un *forum* international, la confidentialité, la rapidité et la possibilité pour les parties de choisir les arbitres qui devront trancher leur litige.<sup>77</sup>

Avec la croissance du commerce et des investissements internationaux, l'arbitrage est devenu un mécanisme très populaire pour la résolution des différends entre les entreprises ou entre l'investisseur et l'État hôte de l'investissement. Dans le premier cas on parle d'arbitrage commercial,<sup>78</sup> dans le second de l'arbitrage des investissements.<sup>79</sup>

La croissante popularité de l'arbitrage fait en sorte que qu'on assiste à sa progressive « *standardisation* », <sup>80</sup> qui peut être démontré par l'observation selon laquelle désormais presque quatre-vingt-dix pour cent de l'arbitrage international est administré par les grandes institutions arbitrales internationales.<sup>81</sup>

Cette standardisation a pour conséquence la « *judiciarisation* » de l'arbitrage.

La « *judiciarisation* », un concept qui sera mieux expliqué dans le paragraphe 3 de cet article, a été définie par William Park « *la transformation procédurale de la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage afin de ressembler de plus en plus à la juridiction étatique* ». <sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> SERAGLINI C., MOURALIS D., *op. cit.*, p. 1096 - 1097.

<sup>78</sup> See also BORN B. G., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Vol. II, Kluwer Law International; Alphen aan des Rijn, 2014, p. 70 'international commercial arbitration is a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties' agreement, by independent, non-governmental decision makers, selected by or for the parties, applying neutral judicial procedures that provide the parties an opportunity to be heard'.

<sup>79</sup> LEBEN C., *Droit International des Investissements : un survol historique*, dans LEBEN C., *Droit International des Investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone 2015, p. 55 « C'est le règlement arbitral international des litiges entre États et investisseur qui a été le mécanisme essentiel par lequel l'interprétation libérale du droit international des investissements s'est maintenue et même amplifiée ».

<sup>80</sup> EL AHDAB J., MAINGUY D., *op. cit.*, p. 15.

<sup>81</sup> SWEET A., GRISEL F., *The Evolution of International Arbitration*, OUP, 2017, p. 28 "The judicial model explicitly acknowledges elements of hierarchy, both private and public. Institutionally, what distinguishes the judicial model from the contractual model is organization hierarchy. Today, far more than 90 per cent if all international arbitration takes place under the Rules and supervision of an arbitration house".

<sup>82</sup> PARK W.W., *Procedural Evolution in Business Arbitration: Three studies in Change*, in *Arbitration of International Business Disputes*, 2006, p. 56.

Dans cet article on se penchera sur la question de savoir si l'introduction de l'arbitrage d'urgence peut être regardée, sur le plan théorique, comme un pas en avant vers la judiciarisation de l'arbitrage international.

Pour répondre à cette question focalisera l'attention sur la thématique de l'exécution des décisions de l'arbitre d'urgence, qui est tout à fait appropriée pour comprendre l'avancement du procès de judiciarisation de l'arbitrage international, tout en montrant ses limites.

En effet, même si l'arbitrage possède aussi les qualités d'une juridiction, les arbitres manquent toujours d'*imperium*, c'est-à-dire du pouvoir d'imposer leur décision à la partie perdante en cas d'inexécution. C'est pour cette raison que, selon la construction classique, les parties doivent demander les actes qui nécessitent l'*imperium* au juge du siège de l'arbitrage.<sup>83</sup>

Afin d'ordonner la présentation du sujet, l'article sera partagé en trois sections : (1) une présentation générale de l'arbitrage d'urgence – avec son histoire (2) la question de l'exécution des décisions d'urgences au niveau pratique dans (2.1) l'arbitrage commercial et dans (2.2) celui des investissements et (3) une réflexion théorique sur la question de l'élargissement des pouvoirs de l'arbitre de ses potentielles conséquences sur le plan théorique.

Dans les conclusions on examinera les résultats de la recherche.

## **I. L'arbitrage d'urgence : son histoire, son évolution et ses perspectives.**

Dans cette partie on examinera l'introduction de l'arbitrage d'urgence dans le domaine des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (« MARC »).

---

<sup>83</sup> SIM C., *op. cit.*, para 2.17. See also BORN B. G., *op. cit.*, 2014, p. 2432. « *Historically national law not infrequently denied arbitrators the power to order interim measures. This was the case for example in Switzerland, where the 1969 Cantonal Concordat formerly reserved the power to issue provisional relief to the Swiss courts, although arbitrators were permitted to recommend interim relief. [...] Legislation in a number of other states, including Austria, Italy, Spain and Greece imposed similar prohibitions against tribunal-granted provisional measures. The rationale for historic prohibitions against tribunal-ordered relief appears to have been an application of the traditional precept that arbitrators, in contrast to national courts, may not issue coercive measures, coupled with the view that provisional relief is a coercive measure. The rationale was unsatisfactory, and it has rightly universally abandoned* ».

L'histoire et l'évolution de ce nouveau mécanisme juridique sera très utile pour comprendre les difficultés théoriques et pratiques ressortant de l'arbitrage d'urgence qui seront examinées dans le reste de l'exposé.

Avant tout il faut préciser ce qu'est l'arbitrage d'urgence et, par conséquent, de clarifier ce que l'arbitrage d'urgence n'est pas. L'arbitrage d'urgence n'est pas une procédure sommaire puisqu'il ne permet pas au demandeur d'obtenir une décision finale. Il faut en même temps observer que la terminologie utilisée dans les dispositions qui règlent l'arbitrage d'urgence est parfois imprécise.

En anglais, on parle de « *interim* », « *preliminary* », « *provisional* », « *temporary* » or « *pre-award* ». <sup>84</sup>

En réalité, afin de comprendre si on est en présence d'un véritable arbitrage d'urgence il faut examiner la substance de la mesure ordonnée par l'arbitre pour vérifier si elle possède les caractéristiques de cette institution juridique.

Une définition de mesure provisionnelle qui peut être utile à cette fin est celle donnée par l'avocat général de la Cour de Justice Européenne Tesauo en 1990.

« *Or, la protection provisoire a précisément pour but objectif de faire en sorte que le temps nécessaire à la vérification du droit ne finisse pas par vider irrémédiablement de son contenu le droit en question en supprimant les possibilités de l'exercer, bref, de réaliser cet objectif fondamental de tout ordre juridique qu'est le caractère effectif de la protection juridictionnelle* ». <sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> SIM C., *op. cit.*, para. 2.10.

<sup>85</sup> *Affaire C-213/89, The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a., Conclusions De L'avocat Général M. Giuseppe Tesauo, para. 18.*

L'arbitrage d'urgence a donc pour but de protéger les intérêts de la partie qui demande les mesures provisoires pendant la durée de la procédure arbitrale, mais n'a pas vocation à trancher le différend de manière définitive.<sup>86</sup>

L'autre caractéristique de l'arbitrage d'urgence est qu'il agit avant la constitution du Tribunal arbitral proprement dit.

En effet la constitution du tribunal arbitral prend du temps et pendant la période entre le déclenchement de la procédure arbitrale et l'identification de l'arbitre unique ou la définition du tribunal collégial les intérêts d'un des parties peuvent être endommagé d'une façon irréparable.

La première institution arbitrale qui a élaboré une forme d'arbitrage d'urgence c'est la Chambre de Commerce Internationale (CCI). En 1990, la CCI a introduit « Règlement de référé pré-arbitral ». Son but est indiqué dans l'introduction et se lit comme il suit :

*« Aussi la Chambre de commerce internationale (CCI) a-t-elle établi le présent règlement instituant une procédure de référé pré-arbitral afin de permettre aux parties qui en sont convenues d'avoir rapidement recours à une personne (dite « tiers statuant en référé ») habilitée à ordonner des mesures tendant à résoudre un problème urgent, y compris la préservation ou la conservation de preuves. L'ordonnance de référé pourra donc apporter une solution provisoire à un litige et poser les bases de son règlement final par transaction ou par tout autre moyen ».*<sup>87</sup>

Cette innovation n'a pas connu un grand succès.

La raison doit être recherchée dans son mécanisme de « *opt-in* ». En d'autres mots, si les parties ne s'étaient pas expressément accordées afin d'être liées à cette institution juridique aucune partie ne pouvait pas s'en prévaloir et, par conséquence, il est resté presque méconnu du grand public.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> SIM C., *op. cit.*, para. 2.40

<sup>87</sup> Règlement de référé pré-arbitral de la CCI en vigueur à compter du 1er janvier 1990.

<sup>88</sup> ZHANG J., *The Harmonisation of Interim Measures Granted by the Emergency Arbitrator In the European Union*, in LAZIC V., STUIJ S., *International Dispute Resolution*, Asser Press, The Hague, 2018, p. 90.

Ensuite, l'arbitrage d'urgence a connu un grand développement : en 1999 la *American Arbitration Association* (AAA) a adopté un règlement avec un régime d'*opt-in*. En 2006, le *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) a choisi un régime d'*opt-out* pour l'arbitrage d'urgence. Les autres institutions arbitrales ont suivi leur exemple, comme la CCI en 2012.

L'arbitrage d'urgence, après quelques années, est devenu très populaire.<sup>89</sup>

Historiquement les tribunaux arbitraux n'ont pas eu le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires. La raison de l'absence de ce pouvoir est à chercher dans le fait que ces mesures sont perçues comme coercitives et, en principe, l'usage des pouvoirs coercitifs est réservé à l'État.<sup>90</sup>

En réalité le fait d'ordonner (ou de recommander) des mesures conservatoires ne comporte pas l'utilisation directe d'un pouvoir coercitif.

C'est l'exécution des mesures conservatoires qui nécessite le recours à la puissance publique et c'est probablement à travers l'analyse de ce sujet qu'on comprendra mieux l'influence de l'introduction de l'arbitrage d'urgence sur la « *juridicisation* » de l'arbitrage.

## **II. La question de l'exécution des mesures conservatoires : un problème encore ouvert.**

La question de savoir si les mesures ordonnées par l'arbitre d'urgence sont exécutoires est rapidement devenue la plus disputée. En principe, il n'y a aucun doute que les décisions de l'arbitre d'urgence sont contraignantes pour les parties.

A partir du moment où les parties ont donné leur consentement à l'arbitrage d'urgence, elles ont également consenti à être liées aux décisions de l'arbitre d'urgence. Les statistiques montrent que les parties, en général, se conforment volontairement aux mesures ordonnées par l'arbitre

---

<sup>89</sup> ZHANG J., *op. cit.*, p. 91.

<sup>90</sup> *Ibid.* Voir aussi SIM C., *op. cit.*, para. 2.04 "Historically, there had been resistance to the notion that arbitral tribunals have the power to grant interim measure".

d'urgence,<sup>91</sup> et la raison est simple : le tribunal arbitral peut appliquer des déductions défavorables ou ordonner des dommages-intérêts.

Reste à observer que ces pouvoirs des arbitres restent insuffisants quand une de partie refuse de se conformer spontanément. Il faut donc se pencher sur quelles sont les possibilités, pour une partie, d'obtenir l'exécution forcée de ces mesures provisoires par les juges étatiques.

### **2.1) L'exécution des mesures conservatoires dans l'arbitrage commercial.**

Après qu'une des parties a obtenu une mesure conservatoire de l'arbitre d'urgence, il y a deux voies qui s'ouvrent pour son exécution : la première est la plus simple, mais pas toujours possible, c'est-à-dire de demander l'exécution de la décision sur la base de la loi nationale.

En effet, de nos jours, seul un nombre limité de lois nationales reconnaissent expressément la possibilité de faire exécuter les décisions de l'arbitre d'urgence, notamment le *Hong Kong Arbitration Ordinance*,<sup>92</sup> section 22B (1), le *Singapore International Arbitration Act* de 1994,<sup>93</sup> qui a été modifié afin d'inclure expressément les décisions de l'arbitre d'urgence.

Des modifications similaires ont été approuvées en Bolivie, Fiji, Macao, Malaisie, Pays Bas et Nouvelle Zélande.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> ANJA HAVEDAL IPP, *SCC Practice Note, Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2015-2016*, Stockholm, June 2017, p. 18 'Finally, a few words about enforcement. The SCC occasionally receives information about the compliance with and enforcement of SCC emergency decisions. Based on this anecdotal evidence, it appears that the degree of voluntary compliance with emergency decisions is relatively high'.

<sup>92</sup> *Hong Kong Arbitration Ordinance* (Cap. 609 of the Laws of Hong Kong) effective from 1 June 2011.

"22B. Enforcement of emergency relief granted by emergency arbitrator.

(1) Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court".

<sup>93</sup> *Singapore International Arbitration Act de 1994*, entered into force on the 27 January 1995.

<sup>94</sup> SIM C., *op. cit.*, para. 10.51. Voir aussi ZHANG J., *op. cit.*, p. 95 - 96.

La seconde possibilité est d'essayer d'obtenir l'exécution sur la base de la Convention de New York du 1958.<sup>95</sup> La question la plus importante est de savoir si une décision de l'arbitre d'urgence peut être considéré comme une sentence arbitrale aux termes de la Convention de New York du 1958.<sup>96</sup>

Sur ce point la doctrine est divisée : certains auteurs qualifient les décisions de l'arbitre d'urgence comme une sentence,<sup>97</sup> certains autres ont argumenté de façon contraire.<sup>98</sup>

L'article III de la *Convention de New York* du 1958 se lit comme suit :

« *Art. III Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales* ».<sup>99</sup>

De l'analyse de cet article découlent deux questions : la première est de savoir si une décision de l'arbitre d'urgence peut être qualifiée en tant que « *décision arbitrale* » et quelles sont les défenses que la partie défenderesse peut soulever afin d'empêcher sa reconnaissance et son exécution.

---

<sup>95</sup> SIM C., *op. cit.*, p. 332 'The New York Convention is the foundational instrument of international arbitration. Currently, it has 164 Contracting States, which amounts to 85 per cent of the 193 United Nations Member States. The New York Convention is therefore of fundamental importance when it comes to the recognition and enforcement of arbitral awards'.

<sup>96</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Conclue à New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959.

<sup>97</sup> SANTACROCE F.G., *The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?*, *Arbitration International*, 2015, 31, p. 283–312, at. 311 'The effectiveness of emergency arbitrator procedures is strictly dependant on whether the emergency arbitrator is considered a proper arbitrator and whether his decisions are deemed enforceable. This article suggests that these two questions should be answered in the positive. Indeed, the emergency arbitrator may be considered a full- fledged arbitrator whose decisions may enjoy a certain degree of enforceability, which may of course vary depending on the place of the enforcement'.

<sup>98</sup> BEISTEINER L., *To Be or not to Be an Arbitrator – on the Nature of Emergency Arbitration*, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2020.

<sup>99</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Conclue à New York le 10 juin 1958 entrée en vigueur le 7 juin 1959.

Il faut d'abord observer que, ni l'article I (1) et (2),<sup>100</sup> ni l'article II (1)<sup>101</sup> ne définissent la notion de décision arbitrale, ni d'arbitrage. Une possibilité est de se fonder sur l'idée qui peut être déduite de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, qui dans l'affaire Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes de 2009 a précisé :

« *D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés — ou à certains d'entre eux — un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international* ». <sup>102</sup>

Cependant, comme la Convention ne donne pas de définition d'une sentence arbitrale, le juge chargé de l'exécution de la demande devra déterminer si la sentence arbitrale urgente équivaut à une sentence nationale. La jurisprudence nationale qui a été chargée de résoudre cette question est très diversifiée dans les différents pays. Par exemple, aux États-Unis, le différend entre *Yahoo* et *Microsoft* a été jugé par un tribunal de l'État de New York.<sup>103</sup>

Dans cet arrêt, la Cour affirme qu'il suffit que :

« The tribunal's order resolves one of the issues put forward by the parties, even though the decision was to have only temporary effect', afin que la décision soit exécutable sur base de la convention de New York ». <sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Conclue à New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959. L'article I (1) et (2) 'La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées. 2. On entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises'.

<sup>101</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Conclue à New York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, Article II(1) – 'Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage'.

<sup>102</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213, para. 64.

<sup>103</sup> *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp.*, No. 13-cv-7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013).

<sup>104</sup> AL-KENAIMESH, D. M. S., *The Legal Journal*, (المجلة القانونية), p. 993.

En revanche, la jurisprudence française est encore plus imprécise à cet égard. S'agissant du référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale, la Cour d'appel de Paris a estimé que le mécanisme de pré-arbitrage a un caractère contractuel. Par conséquent, la Convention de New York ne s'applique pas à cette procédure.<sup>105</sup>

Dans l'ensemble, il y a de fortes raisons de douter de la nécessité d'une décision du tribunal arbitral soit définitive. L'article I de la Convention de New York fait référence aux « sentences arbitrales », et non aux « sentences arbitrales définitives ». La Convention de Genève sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1927), qui a précédé la Convention de New York, exigeait expressément que pour être exécutoire, la sentence doit être « *devenue définitive dans le pays dans lequel elle a été rendue* ». <sup>106</sup>

Elle exigeait également que la partie demandant l'exécution fournisse « *les pièces et renseignements de nature à établir que la sentence est devenue définitive, dans le sens déterminé à l'article premier, lit. d, dans le pays où elle a été rendue* ». <sup>107</sup> De telles exigences sont manifestement absentes de la Convention de New York. <sup>108</sup>

## 2.2) L'exécution des mesures conservatoires dans l'arbitrage d'investissements.

Dans le domaine de l'arbitrage des investissements, la question de la protection de la souveraineté de l'État hôte de l'investissement a déjà été soulevée à propos du système dans sa forme actuelle. <sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> *Société Nationale des Pétroles du Congo et République que du Congo v Total Fina Elf E&P Congo*, CA Paris 1<sup>e</sup>, Ch A, 29 April 2003 (Total Fina).

<sup>106</sup> *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères Conclue à Genève le 26 septembre 1927*, art. 1, lett. D.

<sup>107</sup> *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères Conclue à Genève le 26 septembre 1927*, art. 4.

<sup>108</sup> GARIMELLA S. R., SOOKSRIPAISARNKIT P., *Emergency Arbitrator Awards: Addressing Enforceability Concerns Through National Law and the New York Convention*, in GOMEZ K. F., RODRIGUEZ A., *60 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International B. V. Alphen aan den Rijn, 2019, p. 83 'Given the necessity of emergency arbitration, decisions emanating from emergency arbitration tribunals should be characterized as awards under the NY Convention since they resolve any of the issue presented by the parties, even if their decisions have only a temporary effect. It should be noted that the NY Convention does not expressly require 'finality' for an arbitral award to be enforceable'.

<sup>109</sup> Voir par exemple: KARL J., *International Investment Arbitration: A threat to State Sovereignty?*, in SHAN W., PENELPE S., SINGH D., *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing; Portland, 2008, p. 232 -237.

On peut aisément imaginer que l'introduction de l'arbitrage d'urgence dans ce domaine puisse exaspérer les critiques.

Concernant les règles utilisées plus souvent dans l'arbitrage des investissements, dans les règles CIRDI et CNUDCI l'arbitrage d'urgence n'est pas mentionné. On pourrait donc être amené à conclure que dans l'arbitrage des investissements l'arbitrage d'urgence n'a pas sa place. Une raison possible pour laquelle les procédures d'arbitrage d'urgence ne sont pas disponibles dans la majorité des traités et des règles d'investissement est que les États et les entités étatiques considèrent généralement l'arbitrage d'urgence comme un mécanisme qui est « unfairly tilted in favour of the investor ». <sup>110</sup> (injustement orienté en faveur de l'investisseur).

Si l'État ne se conforme pas à la décision de l'arbitre d'urgence et que l'exécution devient nécessaire, un État défendeur peut alléguer que l'exécution d'une décision d'arbitrage d'urgence, comme on l'a vu, porterait atteinte à la souveraineté de l'État.

Une défense fondée sur l'atteinte à la souveraineté de l'État est difficilement conciliable avec un accord sur des règles prévoyant un arbitrage d'urgence. Les règles SCC et les règles SIAC IA enregistrent toutes deux l'accord exprès des parties que la décision d'arbitrage d'urgence lie les parties et qu'elles s'engagent à exécuter la décision sans délai.

Dans les arbitrages d'urgence menés conformément aux règles SCC ou aux règles SIAC IA, il n'est donc pas question de savoir si des mesures d'urgence sont simplement recommandées. Ils engagent juridiquement les parties.

Il y a déjà eu au moins une application réussie d'une décision d'arbitrage d'urgence dans un arbitrage de traité d'investissement. C'est le cas *JKX Oil and Gas c. Ukraine*.<sup>111</sup> Étant donné que l'État défendeur avait décidé de ne pas participer à la procédure arbitrale la société demanderesse s'est adressée à l'arbitre d'urgence qu'a ordonné à l'Ukraine de ne pas augmenter les redevances fiscales sur la production de gaz. Étant donné que l'Ukraine a refusé de se conformer

---

<sup>110</sup> KOH SWEE YEN, *Special Focus Issue - The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*, (2016) 31(3) ICSID Review 534, p. 536.

<sup>111</sup> *JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. and Poltava Petroleum Company JV v. Ukraine*, SCC, 2015.

volontairement à la décision de l'arbitre d'urgence, l'investisseur s'est adressé aux juges étatiques ukrainiens pour obtenir l'exécution forcée de la décision.

La Cour du district de Kiev a ordonné l'exécution de la décision de l'arbitre d'urgence, Rudolf Dolzer, sur la base de la Convention de New York du 1958. Cette décision a été renversée par la Cour d'appel de Kiev. En l'espèce, la cour d'appel a retenu l'argumentation de l'État appelant selon laquelle l'exécution de la décision aurait violé les principes fondamentaux du système fiscale ukrainien et endommagé les intérêts de l'État.

La décision de la Cour d'appel a été à nouveau renversée par la « *Ukraine Higher Specialized Court for Civil and Criminal Cases* ». La Cour a expliqué que:

« In addition, the court of appeal did not pay attention to the fact that the arbitral award of January 14, 2015, did not change the scope of the rights and obligations of the parties to the dispute, but only temporarily obliged the State of Ukraine to refrain from imposing royalties on gas extraction at the rate exceeding 28 percent. This provision is valid from its issuance date until the determination of security measures by the main composition of the arbitral tribunal to be constituted in the mentioned case ». <sup>112</sup>

La cour d'appel de Kiev a finalement ordonné l'exécution de l'ordre de l'arbitre d'urgence. L'argumentation de la *Ukraine Higher Specialized Court for Civil and Criminal Cases* a été citée plusieurs fois afin de soutenir la possibilité d'utiliser le mécanisme de l'arbitrage d'urgence dans l'arbitrage d'investissement. <sup>113</sup>

On peut se demander si cet enthousiasme de la doctrine est bien fondé ou si, peut-être, il ne serait pas préférable une approche plus prudente : cette question serait analysée dans le prochain paragraphe.

---

<sup>112</sup> *Specialized Higher Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases*, February 24, 2016, p. 4.

<sup>113</sup> HAMAMA O., SENDETSKA O., *Interim measures in support of arbitration in Ukraine: lessons from JKX Oil & Gas et al v Ukraine and the recent reform of Ukrainian legislation*, *Arbitration International*, Vol. 34, Issue 2, 2018, Pages 307–315; GARIMELLA S. R., SOOKSRIPAISRNKIT P., *op. cit.*, p. 81.

#### 4) La source des pouvoirs de l'arbitre à l'épreuve de l'introduction de l'arbitrage d'urgence : quelques réflexions théoriques.

On peut maintenant se demander si l'introduction de l'arbitrage d'urgence a, de quelque manière, modifié la nature de l'arbitrage international.

Pour répondre à cette question il faut reprendre le concept de judiciarisation de l'arbitrage qui a été mentionné dans l'introduction, ou on a parlé de la progressive standardisation de l'arbitrage. Toutefois, afin de d'expliquer ces deux concepts il faut, avant tout, se poser la question, désormais connue, de la source des pouvoirs des arbitres. En effet, par définition, les arbitres tirent leur pouvoir de décider le différend du consentement des parties, même si la nature de l'arbitrage reste duale : comme il a été observé par certains auteurs, « *l'arbitrage est un mécanisme d'une nature particulière à la fois contractuel et juridictionnel, l'arbitre exerçant une fonction juridictionnelle qui a une origine conventionnelle* ». <sup>114</sup>

En effet, il reste difficile de s'évader de cette approche « *dualiste* ». Comme il a été observé de manière plutôt persuasive : « *On présente souvent l'arbitrage sous un angle alternatif ; la formule est connue, plus elle serait une « justice », moins elle sera un contrat, et inversement, alors que les rapports entre ces deux logiques ont toujours été imbriqués et complémentaires. Mais on ne peut nier que, à partir du moment où les parties ont donné naissance à cette créature contractuelle qu'est l'arbitrage celui-ci leur échappe nécessairement, au moins pour partie, en ce qu'elles leur confient au tiers chargé d'en prendre soin : un tiers qui n'est pas mandataire contractuel, mais un être juridictionnel incarnant la justice, bien que différente de la logique judiciaire étatique* ». <sup>115</sup>

On a déjà vu dans l'introduction que la croissante popularité de l'arbitrage a favorisé sa standardisation, qui demeure « *aujourd'hui indéniable, mais revoit aussi à une tendance à décalquer le modèle judiciaire* », <sup>116</sup> qui comporte « *un changement radical dans la pratique ainsi*

---

<sup>114</sup> FOUCHARD PH., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n°11, p. 14

<sup>115</sup> EL AHDAB J., MAINGUY D., *op. cit.*, 17. Voir aussi: DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1981, p. 109. 'les discussion relatives à la nature juridique de l'arbitrage ne peuvent mener à des conclusions sûres car l'arbitrage a une nature hybride [...]']

<sup>116</sup> *Ibid.*

*que dans l'idéologie de l'arbitrage* ». <sup>117</sup> En effet, la progressive judiciarisation de l'arbitrage a des conséquences directes sur la construction théorique de l'arbitrage, avec une réduction progressive de l'importance de la volonté des parties en faveur de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. <sup>118</sup> En d'autres mots : « *Si la judiciarisation est la transformation procédurale qui rapproche l'arbitrage de la juridiction étatique, il en résulte que la fonction de la liberté des parties dans la pratique de l'arbitrage se rapproche aussi de celle de la juridiction étatique. Plus l'arbitrage se standardise et se rapproche de la juridiction étatique, moins la volonté des parties détermine la procédure. Les parties, désormais choisissent seulement le règlement d'un centre d'arbitrage et il est possible qu'elles deviennent liées par des règles que probablement n'ont jamais voulu adopter* ». <sup>119</sup>

Il faut préciser que la possibilité pour les parties d'accéder à l'arbitrage d'urgence se fonde sur la volonté de ces dernières d'être liées à cette procédure, à travers un mécanisme d'*opt-in* ou d'*opt-out*. A un niveau général, l'introduction de l'arbitrage d'urgence ne change pas le paradigme fondamental de la source des pouvoirs de l'arbitre qui réside toujours dans le consentement de parties. Si on se place sur le terrain de la perception de l'arbitrage, il faut admettre que les tribunaux ont interprété ce consentement de façon très large et cette approche peut poser des problèmes plus importants dans le domaine de l'arbitrage des investissements, où la question de l'étendu du consentement de l'État est une question plutôt complexe et régie par le droit international public. <sup>120</sup> Cette réflexion est mise en évidence dans deux affaires dans le domaine de l'arbitrage international des investissements SCC, *Kompozit* <sup>121</sup> et *Evrobalt* <sup>122</sup> décidés en 2016, basés sur le traité bilatéral d'investissement entre Russie et Moldavie. Au moment de la signature du traité bilatérale entre la Russie et la Moldavie en 1998, les règles SCC du 1988 originaires identifiées dans le traité

---

<sup>117</sup> YILDIRIM A. C., *Où va la liberté des parties dans l'arbitrage international ?* in OSMAN F., YILDIRIM A. C., *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau*, LexisNexis, 2017, p. 17. OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 'L'époque contemporaine a, à notre avis, sensiblement rapproché justice arbitrale et justice étatique : après un siècle et demi de positivisme légaliste et d'étatisme, on éprouve le sentiment de convergences croissantes de ces deux justices, débouchant sur une identité de fonction, de méthodes et de nature.

<sup>118</sup> SWEET A., GRISEL F., *op. cit.*, p. 25. "While the judicialization can take place within each of the three models [the contractual, the judicial and the pluralist-constitutional], we treat data that conforms to the dictated of the judicial model as evidence counting against the contractual model. Put differently, the consolidation of the judicial model entails the demise of the contractual model".

<sup>119</sup> YILDIRIM A. C., *Où va la liberté [...] op. cit.*, p. 18.

<sup>120</sup> MAYER P., SIMOES E SILVA A.C., *Le consentement à l'arbitrage*, dans LEBEN C., *Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational*, Pedone, Paris, p. 702.

<sup>121</sup> *Kompozit LLC v. Republic of Molodva*, SCC Award on Interim Measures EA 2016/095, 14 June 2016.

<sup>122</sup> *Evrobalt LLC v. The Republic of Moldova*, SCC Award on Emergency Measures EA 2016/082, 30 May 2016.

comme applicables à la procédure, ne prévoyaient pas l'arbitrage d'urgence, qui a été introduite en 2010. Le traité n'indiquait pas à quelle version des règles devait s'appliquer aux différends. Dans l'affaire *Kompozit* l'arbitre d'urgence a observé que l'investisseur avait accepté l'offre d'arbitrage de la Moldavie pour la durée du traité. L'arbitre a d'abord observé que selon le préambule des règles SCC ces dernières ont une application rétroactive aux accords d'arbitrage conclus avant la modification de ledit règles. Par conséquent, l'arbitre d'urgence a conclu qu'il était compétent à partir du moment que les parties avaient accepté les nouvelles règles. Cette acceptation a été justifié en observant qu'elles n'avaient pas conclu un accord d'*opt-out* entre eux.<sup>123</sup>

Dans l'affaire *Evrobalt* l'arbitre a observé :

« At the time they signed the Treaty in 1998, and when they came to ratify it thereafter, the Contracting Parties would have known that the SCC Rules had been reissued several times in the past. If they so wished, it would have been straightforward to freeze the applicable version of the SCC Rules by inserting a few words in Article 10(2)(b). This they did not do ». <sup>124</sup>

Il s'agit d'une lecture très favorable à l'applicabilité de l'arbitre d'urgence. On peut déduire de ces décisions que l'arbitrage d'urgence est perçu comme le complément nécessaire de la procédure arbitrale dans son ensemble et que le consentement des parties est presque présumé. Quelles conséquences peut-on déduire sur le plan théorique ? Les arbitres ont réalisé une analyse de l'étendu du consentement de la partie étatique à la procédure arbitrale assez succincte et n'ont pas fait des grands efforts pour réconcilier l'introduction d'une ultérieure procédure arbitrale avec la nécessité d'un consentement de l'État clairement exprimé.<sup>125</sup> Cette approche semble suggérer que la construction théorique en ce domaine est en train de basculer d'une conception fondée sur la liberté de la volonté des parties vers une paradigme centré sur le pouvoir juridictionnel de l'institution chargé d'administrer la procédure arbitrale.

---

<sup>123</sup> *Kompozit LLC v. Republic of Molodva*, SCC Award on Interim Measures EA 2016/095, 14 June 2016, para. 46-47.

<sup>124</sup> *Evrobalt LLC v. The Republic of Moldova*, SCC Award on Emergency Measures EA 2016/082, 30 May 2016, para. 30.

<sup>125</sup> E.g. WAIBEL M., *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, in BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBEL, REINISCH, *International Investment Law*, Nomos Baden-Baden 2015, p. 1222.

Dans notre analyse on l'a observé à l'égard de la procédure SCC, mais la doctrine a remarqué la même évolution au sein d'autres institutions arbitrales, telles que l'ICC.<sup>126</sup> Si à cette analyse on ajoute la modifications des lois étatiques qui élargissent le pouvoir des arbitres tels que le *Hong Kong Arbitration Ordinance*,<sup>127</sup> section 22B (1) ou le *Singapore International Arbitration Act* de 1994<sup>128</sup> on peut observer que, non seulement cette évolution vers la « judiciarisation » de l'arbitrage international est en cours au sein des institutions arbitrales internationales, mais qu'elle est également progressivement reconnue par les pouvoirs étatiques.

---

<sup>126</sup> YILDIRIM A. C., *Où va la liberté [...] op. cit.*, p. 19.

<sup>127</sup> *Hong Kong Arbitration Ordinance* (Cap. 609 of the Laws of Hong Kong) effective from 1 June 2011.

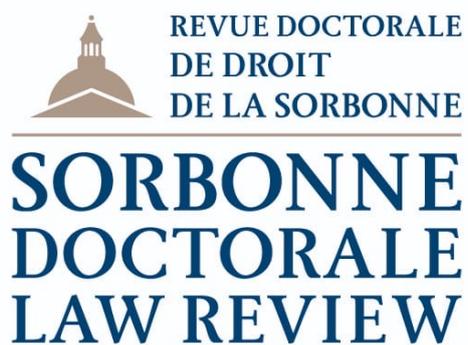
“22B. Enforcement of emergency relief granted by emergency arbitrator.

(1) Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court”.

<sup>128</sup> *Singapore International Arbitration Act de 1994*, entered into force on the 27 January 1995.

## CONCLUSION

Pendant les dernières décennies nous avons observé une grande croissance de l'arbitrage internationale comme moyen pour résoudre les différends internationaux. Il est raisonnable d'imaginer que le monde des affaires, désormais de plus en plus globalisé, a élu l'arbitrage international en tant que son système de résolution des controverses. L'arbitrage d'urgence permet de compléter ce système. Grâce à cette innovation la confidentialité et la neutralité du *forum*, qui ont longtemps été considérés comme les aspects les plus attractifs de l'arbitrage international ont été élargis jusqu'à comprendre les aspects de la résolution de la controverse, même dans la partie qui précède la procédure arbitrale proprement dite. Il reste évident que le succès de ce système dépend en large partie de son efficacité. A ce sujet c'est la loi nationale qui a un rôle majeur à jouer. Au niveau théorique, si le consentement des parties reste toujours la pierre angulaire de la source de pouvoirs de l'arbitre, il est évident qu'il y a une tendance à interpréter ce consentement de façon extensive, en accord avec une conception de l'arbitrage en tant que système de résolution des controverses de plus en plus autonome vis-à-vis du juge étatique.



**L'URGENCE DANS LES ROUAGES DU SYSTÈME DE MAINTIEN DE LA PAIX ET DE LA  
SÉCURITÉ INTERNATIONALES**

KLIPFEL Coralie

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>50</b>
<b>1. LA FONCTION HABILITATRICE DE L'URGENCE DANS LE SYSTÈME DE SÉCURITÉ COLLECTIVE</b>	<b>53</b>
1.1. L'urgence au fondement de l'édition de mesures conservatoires	53
1.2. L'urgence comme fonction de la gradation des pouvoirs du Conseil de Sécurité	57
<b>2. LA FONCTION DÉROGATOIRE DE L'URGENCE DANS LA DÉLÉGATION DU SYSTÈME DE SÉCURITÉ COLLECTIVE</b>	<b>59</b>
2.1. Préservation individuelle de la paix et la sécurité internationales : la licéité de la légitime défense conditionnée par l'urgence de la riposte	60
2.2. L'urgence comme moteur de la sous-traitance du système de sécurité collective	63
<b>CONCLUSION</b>	<b>66</b>

## **ABSTRACT**

An armed aggression provoked by one of the permanent members of the Security Council, coupled with the subsequent arrest warrant issued by the International Criminal Court against his representative testify to a breakdown in the system of peacekeeping and collective security put in place in the UN Charter. Yet, this is not the first crisis in this system. Against threats to international peace and security, strategies for empowering, delegating and adapting powers have been developed. The notion of the “emergency” of the reaction acts as a driving force for the empowerment and the gradation of institutional powers, but also for their delegation to other bodies or subjects of international law. These systemic adaptations of the structure of the maintenance of international peace and security through the notion of emergency reveal its finalistic nature: emergency makes it possible to achieve the goal of maintaining peace and security by influencing the assessment of an act’s conformity with international law.

## **RÉSUMÉ**

Une agression armée provoquée par l’un des membres permanents du Conseil de Sécurité et le mandat d’arrêt subséquent émis par la Cour Pénale Internationale contre son chef d’État témoignent d’une rupture au sein du système de maintien de la paix et de la sécurité collectives institué au sein de la Charte.. Ce système n’en est pourtant pas à sa première crise. Face aux périls portés à la paix et à la sécurité internationales, des stratégies d’habilitation, de délégation et d’adaptation de ce système se sont imposées pour y répondre urgemment. La notion d’urgence de la réponse à y apporter agit alors comme un moteur à l’habilitation, voire à la gradation, des pouvoirs institutionnels, mais également à leur délégation à d’autres organes ou sujets du droit international. Ces adaptations systémiques de la structure du maintien de la paix et de la sécurité internationales au travers de la notion d’urgence révèlent le caractère finaliste de celle-ci : l’urgence permet d’atteindre le but de maintien de la paix et de la sécurité en influençant sur l’évaluation de la conformité d’un acte au droit international.

## INTRODUCTION

Aucune discipline juridique n'échappe à l'urgence, et le droit international public ne fait pas office d'exception : pourtant, l'urgence dans le droit international est une thématique largement sous-évaluée<sup>129</sup>. Cela ne signifie pas que l'urgence soit dépréciée ou dévaluée dans ce domaine, mais bien plutôt, nous semble-t-il, que l'on devine à son égard une certaine méfiance. D'abord, on se méfie de l'urgence parce que celle-ci est souvent invoquée dans les situations où le DI n'est pas respecté. Les contre-mesures, mesures conservatoires, ou même la légitime défense, qui sont conditionnées à l'existence d'une certaine urgence, répondent toujours à une première étape constituée par une violation du droit international. « Accueillir un sujet aussi corrompue, c'est ouvrir une boîte de Pandore »,<sup>130</sup> disait Alione Sall, auteur de la seule thèse dédiée à « [l']urgence en droit international ».

Si l'on se méfie de l'urgence, c'est aussi parce qu'on ne sait véritablement la cerner. De quoi parle-t-on lorsque l'on parle de l'urgence ? Dans le concept d'urgence on retrouve une idée d'empressement, de crise, avérée ou à venir et de la nécessité d'une réponse à apporter. On retrouve ainsi ce concept dans des notions juridiques voisines telles que l'état de nécessité ou l'état d'exception par exemple.

La notion d'urgence fait l'objet de définitions superposées au sein d'un même dictionnaire juridique. Le « sens général » que l'on semble pouvoir lui trouver serait celui de caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable, sans cependant qu'il y ait nécessairement péril imminent<sup>131</sup>. Il découle de cette définition les notions de temporalité et de nécessité à agir. L'urgence en droit semble n'importer principalement que pour ou par son utilité pratique, bien plus que pour son contenu formel qui semble trop variable pour pouvoir l'en tirer un contenu commun.

---

<sup>129</sup> Voy. en ce sens : A. Sall, *La notion d'urgence en droit international*, Thèse de doctorat, Paris 1, 1 janvier 1996, p. 6 ; M. Francès, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du référé*, Toulouse, Sirey, 1935, vol. 14 ; P. Jestaz, P. Raynaud, « L'urgence et les principes classiques du droit civil », Paris, L.G.D.J., 1968 ; P.-L. Frier, G.P. Dupuis, « L'Urgence », Paris, France, L.G.D.J., 1987.

<sup>130</sup> A. Sall, *La notion d'urgence en droit international*, *op. cit.* note 2, p. 6.

<sup>131</sup> « Urgence », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, Quadrige, 14ème édition, 2022, p. 1058.

Ce qui découle de commun à l'urgence, c'est qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle ; l'urgence se définit par sa fonction plus que par son contenu. La fonction de l'urgence est celle de répondre à un péril imminent ; permettant alternativement des dérogations au droit ou des habilitations spécifiques, qui n'existeraient pas en dehors de la circonstance de l'urgence. L'urgence se définit dès lors par sa fonction qui sera alternativement dérogoire ou habilitatrice. L'urgence apparaît alors comme une notion fonctionnelle en ce sens que l'on pourrait la définir en réalité plutôt par sa fonction qui sera alternativement dérogoire ou habilitatrice. L'urgence vaut plus pour son utilité pratique que pour son contenu formel. Son utilité pratique, c'est celle de pouvoir adapter le comportement international face aux situations réputées anormales du droit.

Or, l'*a-normal* dans le droit international public serait, d'après les prescriptions de la Charte des Nations Unies, la situation de rupture ou de menace à l'objectif de paix et de sécurités internationales. Selon l'article premier de la Charte de San Francisco, l'Organisation des Nations Unies a pour objectif principal celui du *maintien* de la paix et de la sécurité internationales. Pour ce faire, la Charte déroule, particulièrement dans ses chapitres VI et VII, un système de gradation continue de la réponse institutionnelle à donner aux situations de menaces, atteintes voire rupture de la paix et de la sécurité internationales. G. Scelle assimile ainsi la Charte à un « système de prévention continue de la guerre », et les Professeurs P.M. Dupuy et Y. Kerbrat évoquent la « progression logique » de ce système de sécurité collective<sup>132</sup>. Cet objectif de maintien de la paix et de la sécurité internationales passe par le respect de deux obligations individuelles pour les États : l'interdiction du recours à la force et le règlement pacifique des différends. Pour assurer le premier, le Conseil de Sécurité se voit habilité d'un ensemble de prérogatives. Pour le second, la Cour Internationale de justice en tant que l'organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies joue un rôle primordial.

Ce système de maintien de la paix et de la sécurité internationales s'avère novateur au moment où il est créé en ce qu'il repose sur la négation de deux principes élémentaires du droit international public. Il contrevient à l'égalité souveraine des États dans la mesure où un droit de veto est *ab initio* reconnu aux cinq États membres permanents du Conseil. Mais il nie également le respect de l'intégrité des compétences classiquement reconnues à l'État souverain à cette époque — puisque ce dernier renonce à la force.

---

<sup>132</sup> P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd., septembre 2022, p. 706.

L'architecture normative du maintien de la paix et de la sécurité internationales n'a pas en soi été *modifiée* dans le sens où les articles de la Charte auraient subi des modifications. En revanche, le contexte politique dans lequel ces articles ont été invoqués a subi de profondes évolutions depuis la rédaction de la Charte. Jusque dans les années 1990, une série de blocages partiels dus à l'accroissement des rivalités entre les blocs empêchait ce système de se déployer. Avec l'effondrement du bloc soviétique, l'ONU a alors connu une relance de l'été 1990 à la fin des années 1995. La crise du golfe en 1990-91 — qui opposa l'Irak à la quasi-totalité de la communauté internationale agissant sous l'égide de l'ONU pour contraindre ce pays à évacuer le Koweït — démontra la capacité de l'ONU à agir sur le terrain d'affrontements.

Depuis 1995, les conditions dans lesquelles le recours à la force a été utilisé en réponse aux attaques du 11 septembre 2001, ou les interventions russes en Ukraine, nous laissent entrevoir les nombreuses crises que continue de traverser ce système.

Comme tout ensemble normatif, des adaptations du droit à une situation de crise sont prévues au sein de ce système de paix et sécurité collectives. C'est alors que l'urgence entre en scène. Si l'urgence est établie à chaque fois qu'il s'agit de prévenir un dommage ou d'éviter sa consolidation, c'est qu'elle existe à chaque situation de trouble ou de rupture de la paix et de la sécurité internationales. Lorsque ce système est *défaillant*, dans le sens où il ne permet pas de répondre adéquatement à une situation de « crise » qui est alors la menace ou la concrétisation d'une atteinte à la paix ou à la sécurité internationale, l'urgence enclenche des habilitations ou des dérogations.

Lorsque l'on s'interroge sur le rôle de l'urgence dans ce système, il apparaît que la notion d'urgence vient légitimer les réponses, institutionnelles ou déléguées, à une menace ou une atteinte à la paix et à la sécurité internationales. Cette légitimation se déploie au sein des deux volets fonctionnels de l'urgence : la fonction habilitatrice — lorsque l'urgence permet de déclencher certains pouvoirs à la Cour internationale de justice, l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité — et la fonction dérogatoire, lorsque l'urgence devient critère de licéité d'une action normalement prohibée par le droit international.

## 1. LA FONCTION HABILITATRICE DE L'URGENCE DANS LE SYSTÈME DE SÉCURITÉ COLLECTIVE

L'urgence habilite, dans le sens où elle permet, des répliques à une menace ou une rupture de la paix et de la sécurité internationales. Le principe du règlement pacifique des différends fait de la Cour internationale de justice une pièce maîtresse du système de maintien de la paix, qui peut en tout premier lieu s'assurer que la situation ne s'aggrave pas en édictant, face à l'urgence, des mesures conservatoires (1.1). Pour déclencher des mesures non plus seulement de *conservation*, mais bien de *réaction*, l'urgence habilite graduellement les réponses que le Conseil de Sécurité peut apporter (1.2).

### 1.1 L'urgence au fondement de l'édition de mesures conservatoires

La Cour Internationale de Justice s'insère dans le schéma institutionnel onusien de maintien de la paix et de la sécurité internationales dans la mesure où « d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice » d'après l'article 36 de la Charte.

L'article 41 du Statut de la Cour prévoit que celle-ci peut indiquer « si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire »<sup>133</sup>. La Cour dispose d'une grande latitude dans le choix des mesures qu'elle prescrit pour empêcher qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux droits d'une des parties. Cette liberté lui permet d'adapter sa réponse aux circonstances et à la gravité des faits en cause. Elles doivent avoir un caractère conservatoire car elles interviennent lorsqu'existe un risque de préjudice

---

<sup>133</sup> Sur les mesures conservatoires devant la CIJ : R. Kolb, « Note on New International Case-Law concerning the Binding Character of Provisional Measures », *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 117 ; M. Manouvel, « Métamorphose de l'article 41 du Statut de la CIJ », *Revue Générale de droit international public.*, vol. 106, 2002, p. 103 ; P. Palchetti, « The Power of the ICJ to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute », *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, p. 623 ; S. Rosenne, « Provisional Measures in International Law : the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea », Oxford, 2005 ; S. P. Weckel, « Les mesures conservatoires devant les juridictions internationales de caractère universel », dans : G. CohenJonathan / J. F. Flauss (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2005 ; Pour une synthèse, voy. K. Oellers-Frahm, A. Zimmermann, « Article 41 », in A. Zimmermann et al. (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, Oxford commentaries on international law, Third edition, 2019.

irréparable ; ce que l'on retrouve dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran<sup>134</sup>. Ces mesures doivent aussi être provisoires ; elles ne doivent jamais préjuger la décision ultérieure du juge<sup>135</sup>.

Si la lettre de l'article 41 ne prévoit pas l'urgence expressément, cette dernière découle des « circonstances qui l'exigent ». L'urgence est ainsi présentée comme une « condition *sine qua non* » de l'édiction des mesures conservatoires<sup>136</sup>. L'urgence devant la CIJ est avérée lorsqu'« il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant que la Cour ne rende sa décision définitive »<sup>137</sup>, en d'autres termes lorsque « les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent “intervenir à tout moment” avant que la Cour ne se prononce de manière définitive en l'affaire »<sup>138</sup>.

La définition doctrinale des mesures provisoires retient également la notion d'urgence en assimilant celles-ci à des « [m]esure[s] d'urgence destinée[s], en attendant le règlement de droits contestés, à assurer la sauvegarde d'un droit ou d'une chose »<sup>139</sup>. En effet, les mesures conservatoires sont essentielles dans les mécanismes d'encadrement de l'urgence en droit international.

Ce lien entre mesures conservatoires et urgence est confirmé par les mises en œuvre les plus récentes de ce mécanisme. Dans l'affaire *Azerbaïdjan c. Arménie*, la Cour a enjoint à l'Azerbaïdjan « d'assurer la circulation sans entrave des personnes, des véhicules et des marchandises le long du corridor de Latchine dans les deux sens »<sup>140</sup>.

---

<sup>134</sup> CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, *Ordonnances*, 15 décembre 1979, § 36 et 42.

<sup>135</sup> CPJI, *L'Affaire relative à l'Usine de Chorzow, Demande en indemnités (fond)*, Arrêt n° 13, Série A, n°17, 13 septembre 192,8 p. 24.

<sup>136</sup> G. Le Floch, « Organisation judiciaire internationale – Cour internationale de justice - Instance », *JurisClasseur Droit international*, LexisNexis, Fascicule 217, 27 avril 2022, § 66.

<sup>137</sup> CIJ, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (Iran c/ États-Unis)*, *ordonnances*, 3 octobre 2018, Recueil CIJ 2018, p. 645, § 78.

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 698.

<sup>140</sup> CIJ, *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c. Azerbaïdjan)*, 22 février 2023, *Ordonnance*, p. 13, §62.

La Cour dans son ordonnance rendue à la demande de la Gambie au sujet des persécutions subies par les Rohingyas au Myanmar a rappelé la condition de l'urgence en énonçant que « [l]e pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires n'est toutefois exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant que la Cour ne rende sa décision définitive. La condition d'urgence est remplie dès lors que les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent "intervenir à tout moment" avant que la Cour ne se prononce de manière définitive en l'affaire »<sup>141</sup>. Dans cette instance, la Cour a décidé, pour protéger les droits de la Gambie et de la population Rohingya, que le Myanmar devra prendre toutes les mesures en son pouvoir pour prévenir la commission d'actes entrant dans la définition du génocide, et veiller à ce que ces unités militaires et les unités armées irrégulières qui agissent sous son autorité, contrôle ou influence, ne participent à une entente en vue de commettre un génocide, ni n'incitent ou ne se rendent complices de ce crime. De manière remarquable la Cour a décidé que le Myanmar devra prendre des mesures effectives pour empêcher la destruction et assurer la conservation des éléments de preuves de tels actes de génocide, et ce, afin que des poursuites puissent être engagées ultérieurement contre les auteurs de ces faits. Les juges ont également ordonné de manière inédite à ce stade que le Myanmar produise un rapport sur l'exécution de ces mesures dans un délai de 4 mois à compter de l'ordonnance puis tous les 6 mois jusqu'à la décision définitive de la Cour sur cette affaire. Cela a fonctionné puisque le Myanmar a soumis des rapports sur les mesures prises pour donner effet à ladite ordonnance les 22 mai 2020, 23 novembre 2020, 20 mai 2021, 23 novembre 2021 et 23 mai 2022. La Gambie a présenté ses observations sur chacun de ces rapports les 8 juin 2020, 7 décembre 2020, 16 août 2021, 7 décembre 2021 et 7 juin 2022, respectivement, dans les délais fixés par la Cour.

Dans son ordonnance plus récente rendue le 16 mars 2022 à la demande de l'Ukraine la Cour a enjoint à la Russie de suspendre immédiatement ses opérations sur le territoire ukrainien, mais cette fois-ci n'a pas énoncé l'obligation de produire un rapport<sup>142</sup> — mais vu l'absence de la Russie à la procédure il est fort probable que cette obligation, aussi, serait restée lettre morte. La Cour a ici fait

---

<sup>141</sup> CIJ, *Application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, 23 janvier 2000, Ordonnance. Voy. obs. P.F. Laval, *RGDIP, Chronique*, 2019, p. 149 et s.

<sup>142</sup> CIJ, *Allégations de génocide au titre la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Russie)*, 16 mars 2022, Ordonnance, § 83.

preuve d'une grande célérité en admettant lesdites mesures le 16 mars, après une audience fixée le 7 mars, pour répondre aux mesures demandées le 26 février par l'Ukraine.

Plusieurs situations d'octroi de mesures provisoires démontrent que la Cour agit effectivement dans ces instances pressées par *l'urgence* de la situation<sup>143</sup>. Dans le différend territorial Burkina Faso c. Mali, le Burkina Faso a émis ses demandes « par téléphone et par télégramme » le 30 décembre 1985 et celles-ci ont été acceptées et ordonnées par la CIJ le 10 janvier 1986<sup>144</sup>. Dans l'affaire Breard (Paraguay c. États-Unis) à propos de l'exécution d'un citoyen paraguayen, le Paraguay a déposé une demande de mesures conservatoires le 3 avril 1998 contre les États-Unis et 6 jours plus tard, le 9 avril 1998, la CIJ les a effectivement ordonnées en demandant la suspension immédiate de l'exécution de la peine de mort<sup>145</sup>. Dans l'affaire Nicaragua c. États unis de 1984, la Cour de La Haye a accordé les mesures conservatoires (10 mai 1984) à peine un mois et un jour après formulation de leur demande par le Nicaragua (9 avril 1984)<sup>146</sup>. Il aura fallu un mois et 13 jours dans l'affaire des essais nucléaires entre la France et l'Australie pour que la Cour ordonne à la France de suspendre ses essais nucléaires<sup>147</sup>. La plus longue « urgence » à être partiellement déclarée comme telle par la CIJ dans son histoire concerne les mesures conservatoires demandées par le Costa Rica contre le Nicaragua en 2010 : formellement soumise à la CIJ le 18 novembre 2010<sup>148</sup>, celle-ci n'a adopté son ordonnance que le 8 mars 2011<sup>149</sup> en imposant aux deux États de se retirer du « territoire contesté », et ce, jusqu'en décembre 2015, date de la décision sur le fond.

---

<sup>143</sup> Voy. à ce propos N. Boeglin, « Ukraine contre Russie : à propos des mesures conservatoires indiquées à la Russie par la CIJ », *Le Monde du droit*, 22 mars 2022, accessible à : <https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/80607-ukraine-contre-russie-mesures-conservatoires-indiquees-russie-cij.html>

<sup>144</sup> CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, Ordonnance, 10 janvier 1986.

<sup>145</sup> CIJ, *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance, 9 avril 1998.

<sup>146</sup> CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 10 mai 1984.

<sup>147</sup> CIJ, *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, Ordonnance, 22 juin 1973.

<sup>148</sup> Demande en indication de mesures conservatoires présentée par la république du Costa Rica.

<sup>149</sup> CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, Ordonnance, 8 mars 2011.

## 1.2 L'urgence comme fonction de la gradation des pouvoirs du Conseil de Sécurité

S'observe du chapitre VI (« règlement pacifique des différends ») au chapitre VII (« action en cas de menace contre la paix et la sécurité internationales ») une certaine gradation et continuité dans les réponses que peut apporter le Conseil de Sécurité à une situation de menace ou de rupture de la paix et de la sécurité internationales. La réponse judiciaire précède la réponse coercitive. L'action autoritaire de l'ONU est une prolongation de son action médiatrice, un suppléant.

Ainsi, le Chapitre VI est introduit par *l'obligation de règlement pacifique des différends* et ses moyens par l'article 33<sup>150</sup>. L'article 34 qui le suit implique directement le Conseil : il lui revient d'apprécier la situation puis de choisir les moyens d'y répondre. Il a ici un pouvoir d'auto-saisine et d'instruction<sup>151</sup>. Dans le cadre de l'article 36, l'une au moins des procédures a échoué<sup>152</sup>. Il est en effet précisé que « le Conseil de sécurité devra prendre en considération toutes procédures déjà adoptées par les parties pour le règlement du différend ». Il y a ici une appropriation du différend par le Conseil qui procède à une évaluation par définition subjective. C'est l'urgence en tant qu'imminence de la menace qui explique ce glissement de l'article 33 à l'article 36.

---

<sup>150</sup> Charte de l'Organisation des Nations Unies, article 33 : « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. Le Conseil de sécurité, s'il le juge nécessaire, invite les parties à régler leur différend par de tels moyens. »

<sup>151</sup> Charte de l'Organisation des Nations Unies, article 34 : « Le Conseil de sécurité peut enquêter sur tout différend ou toute situation qui pourrait entraîner un désaccord entre nations ou engendrer un différend, afin de déterminer si la prolongation de ce différend ou de cette situation semble devoir menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. »

<sup>152</sup> Charte de l'Organisation des Nations Unies, article 36 : « Le Conseil de sécurité peut, à tout moment de l'évolution d'un différend de la nature mentionnée à l'Article 33 ou d'une situation analogue, recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées. Le Conseil de sécurité devra prendre en considération toutes procédures déjà adoptées par les parties pour le règlement de ce différend. En faisant les recommandations prévues au présent Article, le Conseil de sécurité doit aussi tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour. »

Pour déclencher l'article 37<sup>153</sup>, là encore, la tension autour de l'urgence s'intensifie au point que la situation de fait mène à une impasse puisque les Parties au différend « n'arrivent pas à le régler par les moyens indiqués audit article ». Ici, le danger est plus intense, la tension accrue, et l'urgence d'agir réaffirmée.

Lorsque le différend devient *menace* ou *rupture* de la paix et de la sécurité collectives, alors les pouvoirs du chapitre VII peuvent s'enclencher. Il s'ouvre par l'article 39, à savoir la « constatation » par le Conseil de Sécurité de l'existence d'une telle menace ou rupture, ou d'une situation d'agression. La première étape après cette constatation est l'édiction de mesures provisoires par l'article 40. L'objectif des mesures prévues par cet article réside dans la prévention d'une détérioration de la situation [« empêcher la situation de s'aggraver »]. Les mesures qui sont généralement considérées comme relevant de cette disposition, distinctes des recommandations du Chapitre VI de la Charte, comprennent le retrait des forces armées, la cessation des hostilités, la conclusion ou le respect d'un cessez-le-feu, ainsi que la création des conditions favorables à la fourniture ininterrompue de l'aide humanitaire. Pour illustration, parmi l'arsenal résolutif déployé en 2014 et 2015 autour du conflit en République arabe syrienne, le Conseil a exigé par sa résolution 2139 (2014), la cessation de toute forme de violence, l'arrêt immédiat des attaques contre les civils, la levée du siège des zones peuplées, ainsi que l'établissement d'un accès humanitaire rapide, sécurisé et sans entraves, et a énoncé son intention de prendre des mesures supplémentaires en cas de non-respect de cette résolution<sup>154</sup>. Dans la pratique, ces mesures sont souvent intégrées ou associées aux résolutions incluant les dispositions mentionnées aux articles 41 et 42.

Par le recours à ces articles, le Conseil peut recommander ou décider de mesures à adopter en commençant par les mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée (art. 41) puis l'action militaire directe à l'article 42. Selon la lettre du premier, le Conseil *peut* prendre des mesures — qui deviennent alors obligatoires pour les États en vertu de l'article 25 de la Charte. De nombreuses sanctions ont été adoptées dans plusieurs scénarios de mise en péril de la paix ou de la sécurité

---

<sup>153</sup> Charte de l'Organisation des Nations Unies, article 37 : « Si les parties à un différend de la nature mentionnée à l'Article 33 ne réussissent pas à le régler par les moyens indiqués audit Article, elles le soumettent au Conseil de sécurité. Si le Conseil de sécurité estime que la prolongation du différend semble, en fait, menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, il décide s'il doit agir en application de l'Article 36 ou recommander tels termes de règlement qu'il juge appropriés. »

<sup>154</sup> S/RES/2139(2014).

collective. Elles sont accompagnées parfois de comités de sanctions<sup>155</sup>, comme cela fut le cas par exemple pour la Sierra Leone<sup>156</sup>, et presque toujours de violations de droits de l'homme — au point que le Conseil a mis en place en avril 2000 un « groupe de travail sur les questions générales des sanctions » qui préconisera finalement des « sanctions intelligentes » plus ciblées comme le gel des transactions financières.

L'activation de l'article 42 est conditionnée à l'inadéquation des mesures prévues à l'article 41. L'urgence de répondre à une situation pour laquelle les mesures non coercitives se sont révélées inefficaces fonde la gradation des pouvoirs du Conseil de Sécurité. L'article 42 apparaît alors comme l'article de *dernier recours*. Son caractère ultime et exceptionnel se fonde en miroir à la force de l'interdiction du recours à la force posée à l'article 2 § 4. Le pouvoir de réagir face à une rupture ou une menace contre la paix et la sécurité collective revient au Conseil de Sécurité comme conséquence de l'abandon de cette capacité par les États en vertu de la prohibition du recours à la force. Le Conseil peut ainsi « entreprendre au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix » (art. 42). Ces pouvoirs n'ont jamais vertu de punition et ne doivent servir, comme unique objectif, qu'à faire disparaître la menace ou à faire cesser la rupture de la paix.

En habilitant *en fonction* de l'urgence, le système onusien fait de cette dernière un critère de gradation des mesures adoptées en son sein. Mais l'urgence ne se contente pas d'habiliter les instances onusiennes à recourir à certains pouvoirs, elle permet aussi de déroger à certaines règles du droit international au nom de l'imminence d'une crise à éviter, ou à réparer.

## **2. LA FONCTION DÉROGATOIRE DE L'URGENCE DANS LA DÉLÉGATION DU SYSTÈME DE SÉCURITÉ COLLECTIVE**

L'urgence permet par ailleurs de déroger à certaines règles de droit international en matière de sécurité et paix collectives. Ainsi, c'est l'urgence de la riposte qui justifie le recours à la préservation individuelle de la paix et de la sécurité internationales dans le cadre de la légitime

---

<sup>155</sup> S/RES/1132(1997).

<sup>156</sup> F. Alburne, « La pratique des comités des sanctions du Conseil de Sécurité depuis 1990 », *A.F.D.I.*, 1999, p. 226.

défense (2.1). C'est aussi l'urgence de répondre à des blocages institutionnels pour pouvoir connaître d'une situation de crise qui a motivé des solutions créatives au sein de la Charte ; de la résolution Acheson « Maintien pour la paix » aux opérations de la paix, des interprétations créatives de la Charte ont permis à l'ONU de contourner des difficultés politiques pour assurer son action (2.2).

## **2.1 Préservation individuelle de la paix et la sécurité internationales : la licéité de la légitime défense conditionnée par l'urgence de la riposte**

Certains voient le système de légitime défense reconnue dans la Charte comme l'une de ses faiblesses alors qu'en réalité ou peut considérer plutôt réalise, voire logique, qu'à partir du moment où le droit international interdisait aux États le recours ordinaire à la force, il devait maintenir une possibilité pour l'État de se défendre face à une violence illicite, à proportion de l'agression subie. La légitime défense est une faculté provisoire et proportionnée de riposte armée immédiate à l'agression, dans la mesure et pendant la durée nécessaire à la prise en charge par le Conseil de Sécurité de cette situation. L'action doit être immédiatement portée à la connaissance du CS lequel conserve sa possibilité d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». <sup>157</sup> La Charte fait de l'urgence la condition *sine qua non* pour laquelle un État peut intervenir en lieu et place du Conseil [« jusqu'à ce que »].

L'exercice de la légitime défense, qualifié de « droit naturel », est codifié à l'article 51 de la Charte. Face à un élément d'ordre juridique (la violation du droit que constitue l'agression), l'État peut riposter par un élément d'ordre factuel (nécessité d'une riposte immédiate à une agression armée en cours). C'est dans cet élément factuel que réside l'urgence comme fondement du recours à la légitime défense. Parce qu'il faut répondre immédiatement, l'État peut intervenir en lieu et place du CS.

---

<sup>157</sup> Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

Pour E. Gireaud « établir la chronologie des faits est (...) chose essentielle, l'agresseur étant celui qui a le premier recouru à la force. La notion d'antériorité est la pierre angulaire de tout système qui interdit le recours à la force et autorise la légitime défense »<sup>158</sup>.

Cette temporalité exclut de fait les réactions anticipées et les réactions tardives. Les premières deviendraient des mesures de *légitime défense préventive* et les dernières des représailles. Celles-ci sont exclues dans l'Affaire *Nicaragua* dans laquelle les États-Unis tentaient d'utiliser la légitime défense pour justifier les mesures prises au Nicaragua en réponse à l'opposition armée au Salvador, alors que les premières n'avaient produit des effets que plusieurs mois après la seconde<sup>159</sup>.

La légitime défense *préventive* ou préemptive a fait l'objet de nombreux débats dans les suites des attaques du 11 septembre 2001. Dans l'immédiateté de la destruction des tours jumelles de Manhattan, deux résolutions du Conseil de Sécurité sont venues ouvrir la porte à des réactions unilatérales des États contrevenant ainsi à la délégation du recours à la force prévu au sein de la Charte<sup>160</sup>. La résolution 1368 initie une réponse onusienne largement complétée par la résolution 1373 qui impose un programme d'action contre le terrorisme obligatoire pour tous les États membres. Cette dernière est adoptée en application du Chapitre VII de la Charte. Aucune des deux résolutions ne comporte d'autorisation formelle de recourir à la force, mais les deux reconnaissent au sein de leur préambule « le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte ». Pourtant, la puissance destructrice de ces attentats n'atteint pas le seuil de l'agression armée telle que définie par la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies, pas plus que l'organisation d'Al-Qaïda ne peut être assimilée à un État ou à un sujet de droit international, ou que le soutien apporté par l'Afghanistan à celui-ci suffise à qualifier ces actes d'agression. Subséquemment, l'intervention américano-britannique en Irak en mars 2003 a également été l'occasion pour ces États d'invoquer une légitime défense préventive. Ces théories

---

<sup>158</sup> É. Gireaud, « L'interdiction du recours à la force - la théorie et la pratique des Nations Unies », *Revue Générale de Droit International Public*, 1963, p. 513-514.

<sup>159</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre États-Unis d'Amérique)*, Arrêt sur le fond, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 122.

<sup>160</sup> V. L. Condorelli, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites ; où va le droit international ? », *RGDIP*, 2000, 829 s.

n'ont pas d'écho en droit positif actuellement — ni en droit coutumier ni au sein de la Charte<sup>161</sup>. Ainsi, la Cour internationale de justice a eu l'occasion de rappeler l'interprétation stricte de la légitime défense. Dans son arrêt du 6 novembre 2003 relatif à *l'affaire des Plates-formes pétrolières*, la Cour a rejeté la thèse américaine selon laquelle la destruction des plates-formes iraniennes pendant la guerre Iran-Irak de 1987-1988 se justifiait par leur droit inhérent à la légitime défense. Elle a considéré que « pour établir qu'ils étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes dans l'exercice du droit de légitime défense individuelle, les États-Unis doivent démontrer qu'ils ont été attaqués et que l'Iran était responsable des attaques et que celles-ci étaient de nature à être qualifiées d'« agression armée » » tant au sens de l'article 51 de la Charte que selon le droit coutumier<sup>162</sup>. La Cour à cette occasion a insisté sur le fait que « l'exigence que pose le droit international, selon laquelle des mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin est rigoureuse et objective, et ne laisse place à aucune liberté d'appréciation »<sup>163</sup>. En 2005 à nouveau, dans l'affaire opposant l'Ouganda à la République Démocratique du Congo, la Cour a rappelé que « l'article 51 de la Charte ne peut justifier l'emploi de la force en légitime défense que dans les limites qui y sont strictement définies. Il n'autorise pas, au-delà du cadre établi, l'emploi de la force par un État pour protéger des intérêts perçus comme relevant de la sécurité »<sup>164</sup>. Cette interprétation stricte par la Cour face aux arguments sécuritaires avancés par les États semble s'opposer à l'acceptation d'une légitime défense *préventive*. D'ailleurs, les travaux du « groupe de personnalités de haut niveau » constitué par le Secrétaire général des Nations Unies sur une éventuelle réforme en vue du sommet mondial de 2005 rappellent tout de même que « traditionnellement, en droit international, un État menacé peut lancer une opération militaire à condition que l'agression dont il est menacé soit *imminente*, qu'il n'y ait pas d'autre

---

<sup>161</sup> Voy. dans ce sens B. Sierpinski, « La légitime défense en droit international : quelques observations sur un concept juridique ambigu », *Revue québécoise de droit international*, 7 mai 2020, vol. 19, n° 1, p. 79-120, DOI:10.7202/1069151ar ; X. Pacreau, *La légitime défense préventive*, Thèse de doctorat, Paris 2, 1 janvier 2008 ; T. Christakis, « Existe-t-il un droit de légitime défense en cas de simple "menace" ? Une réponse au "Groupe des personnalités de haut niveau de l'ONU" », *Les métamorphoses de la sécurité collective - droit, pratique et enjeux stratégiques*, Paris, Pedone, 2005, p. 197-222 ; X. Pacreau, *La légitime défense préventive* ; É. Gireaud, « L'interdiction du recours à la force - la théorie et la pratique des Nations Unies », *op. cit.* note 31, p. 501-544.

<sup>162</sup> CIJ, *Affaire des plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran contre Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt, 6 novembre 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, § 53.

<sup>163</sup> *Ibid.* § 73.

<sup>164</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, *Recueil 2005*, § 148.

moyen d'écarter la menace et que l'intervention militaire soit proportionnée » (nous soulignons). À l'heure actuelle la seule *prévention* pouvant être admise dans ce cadre s'entend non comme l'admission des réactions anticipées, mais seulement comme la pertinence de toute action tendant à enrayer le dommage, à prévenir un processus destructeur déjà enclenché, à limiter un préjudice qui se réalise. L'idée se rapproche alors de celle d'un « commencement d'exécution » du préjudice à enrayer. La temporalité vient ici jouer un rôle primordial pour assurer les contours de la licéité de la légitime défense.

On voit ici encore le difficile équilibre entre la nécessité de garantir le droit « naturel » de répondre à une agression injuste tout en assurant l'impératif de cantonner à des limites strictes cette *dérogation* aux règles de droit international. C'est dans cet équilibre que réside l'urgence, notion utilisée par Roberto Ago pour distinguer la légitime défense de la sanction<sup>165</sup>.

## **2.2 L'urgence comme moteur de la sous-traitance du système de sécurité collective**

Non expressément prévues par la Charte, les opérations de paix apparaissent comme un substitut à l'ambitieux système de sécurité collective. En effet, l'ONU ne s'est jamais vue dotée d'une force armée comme prévu initialement à l'article 43 de la Charte (avec la mise à disposition par les États membres de forces armées pour le Conseil de Sécurité) et l'article 47 § 1 qui prévoyait un « comité d'État-major chargé de conseiller et d'assister le Conseil de Sécurité »).

Face à l'impossibilité de se créer sa propre réserve armée, l'ONU a recouru à deux mécanismes : les autorisations de recours à la force par les États, et les opérations (de maintien) de la paix. Les deux sont imprégnés par la notion d'urgence ; le premier par l'histoire de sa mise en œuvre, le second par l'essence même des forces déployées.

S'agissant du premier palliatif ici retenu, l'autorisation du recours à la force par le Conseil de Sécurité, si celle-ci soulève encore nombre de débats sur les conditions de conformité avec al

---

<sup>165</sup> C'est à l'idée d'urgence que renvoie Roberto Ago lorsqu'il relève à ce sujet que « légitime défense et « sanction » sont des réactions ayant trait à des moments différents » (Roberto Ago, *Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États*, A/CN.4/318/Add.5-7, ACIDI, 1980, vol. II, p. 53).

lettre de la Charte, contentons-nous ici de rappeler qu'elle s'opère dans le cadre du chapitre VII<sup>166</sup>. C'est une manière de déléguer l'exercice de cette compétence amputée aux États. Combacau parle de « sous-traitance de l'action coercitive » lorsque du fait d'une succession de résolutions le Conseil de Sécurité va autoriser les États membres à « user de tous les moyens nécessaires pour faire respecter la résolution ». Ce système de délégation s'est mis en place avec la Crise du Golfe des années 1990. On comptait alors 12 résolutions adoptées à cette période, de la résolution 660 à la résolution 678 qui autorise l'emploi de la force en cas de non-retrait irakien du Koweït au-delà d'une date butoir. Ce n'est pas une application pure et simple de l'article 42 en ce que le Conseil y *habilite* les États à recourir à la force afin de rétablir l'ordre international. Les actions militaires qu'elle autorise ainsi n'ont pas été menées sous le commandement du comité d'État-major prévu dans le chapitre VII, mais sous l'autorité des États eux-mêmes. Cette résolution même est marquée par *l'urgence* par cette date butoir. Aussi la délégation du système de sécurité collective aux États est-elle marquée *ab initio* par le sceau de l'urgence.

Second palliatif à l'absence d'une possibilité pour l'ONU de constituer sa propre force, les opérations de maintien de la paix sont marquées du sceau de l'urgence. L'ONU s'est orientée vers la mise en place d'opérations de maintien de la paix, opérations de caractère non coercitif, déclenchées en application de simples recommandations avec l'accord des États intéressés en vue de garantir un cessez-le-feu sur le terrain, à l'initiative soit de l'Assemblée générale sur la base de la résolution 377 aussi appelée *Résolution Acheson*, soit du Conseil de sécurité lorsque les conditions de son fonctionnement sont réunies. La résolution susmentionnée est déjà un palliatif à des défaillances du système de sécurité collective tel qu'il est décrit dans la Charte et est marquée par l'urgence de la réponse à apporter à une situation *lorsque* le Conseil de Sécurité ne peut fonctionner normalement. À l'initiative des États-Unis, l'Assemblée générale décidait le 3 novembre 1950 que

---

<sup>166</sup> Sur les débats voy. J. Lobel, M. Ratner, « By passing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-Fires and the Iraqi Inspection Regime », *Am. j. int. law*, janvier 1999, vol. 93, n° 1, p. 124-154, DOI:10.2307/2997958 ; S. Sur, « Quelle légalité pour le conflit armé en droit international ? », *Cités*, Presses Universitaires de France, 2005, vol. 24, n° 4, p. 103-117, DOI:10.3917/cite.024.0103 ; T.M. Franck, « When, If Ever, May States Deploy Military Force Without Prior Security Council Authorization? », *Washington University Journal of Law & Policy*, 2001, vol. 5, p. 51-68 ; O. Corten, *Le droit contre la guerre: l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2e éd. revue et augmentée, 2014 ; N. Blokker, « Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by “coalitions of the able and willing” », *European Journal of International Law*, 1 mars 2000, vol. 11, n° 3, p. 541-568, DOI:10.1093/ejil/11.3.541.

« dans les cas où paraît exister une menace contre la paix ou une rupture de la paix ou un acte d'agression, et où, du fait que l'unanimité n'a pas pu se réaliser parmi ses membres permanents, le Conseil de sécurité manque à s'acquitter de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'Assemblée générale examinera immédiatement la question afin de faire aux membres les recommandations appropriées sur les mesures collectives à prendre, y compris, s'il s'agit d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, l'emploi de la force armée en cas de besoin pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationale ». C'est donc un véritable transfert de compétence qui s'opère par cette résolution « Maintien pour la paix ».

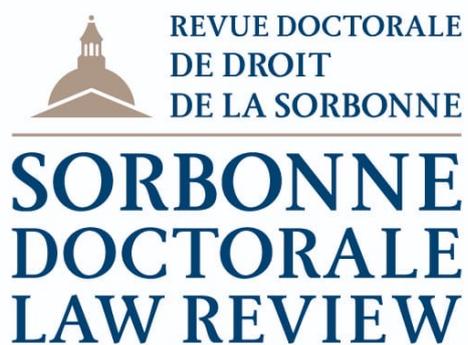
La première opération de la paix a été mise en place par le recours à cette résolution dans le contexte de l'affaire Suez, le 4 novembre 1956, où l'Assemblée générale (Rés. 998) « demande *de toute urgence*, au Secrétaire général de lui soumettre, dans les 48 h, un plan en vue de constituer, avec l'assentiment des nations intéressées, une force internationale d'urgence des NU chargée d'assurer et de surveiller la cessation des hostilités ». Par la suite, ces missions seront déployées au Congo, à Chypre, au Sinaï, dans le Golan, dans le Sud-Liban... Il s'agit toujours, candidement, d'arrêter ou de conjurer des hostilités et d'assurer la perpétuation d'une paix précaire. On le sait progressivement des missions de maintien de la paix ont été envoyées dans des zones sans paix à maintenir, résultant dès lors en la nécessité pour les Casques bleus d'user de forces coercitives pour se défendre, et dénaturant ainsi, peu à peu, le caractère *pacifique* censé caractériser ces missions. Autre caractère de ces missions, et corollaire de l'urgence de la réaction à apporter, le caractère provisoire de celles-ci s'émiette tout autant : la FUNU a duré onze ans, la FUNU II six ans, la MONUIK (Mission d'Observation des Nations unies pour l'Irak et le Koweït) douze ans, la MONUG (Mission d'Observation des Nations unies pour l'Irak et le Koweït) seize ans, la mission des Nations unies pour la Bosnie-Herzégovine sept ans, l'ONUCI en Côte d'Ivoire et la MINUSTAH en Haïti pendant treize ans, la MONUC sur dix années, prolongée par la MONUSCO en place depuis 2010...

## CONCLUSION

*Légitimante*, l'urgence sert alternativement la fonction *d'habilitation* de pouvoirs institutionnels au sein du système de maintien de la paix et de la sécurité internationales, ou celle de *dérogation* des principes d'attribution des pouvoirs au sein de ce système. Le *caractère* de l'urgence semble alors être *finaliste* ; elle permet de déplacer l'attention sur l'objectif à atteindre plutôt que sur les moyens pour y arriver. La finalité de l'urgence dans le système de sécurité collective est d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationale, parfois par des moyens qui s'avèreraient être contraires au droit international dans un autre contexte – nu de toute urgence. La teinte de l'urgence permet de transformer un acte potentiellement illicite en un acte licite en droit international. L'urgence traverse les ordres juridiques (national et international) tout autant que le système de maintien de la paix et de la sécurité internationale les lie. L'ONU est impuissante dans sa mission de maintien de la paix et de la sécurité globale sans l'engagement collectif de ses États membres, mais n'en reste pas moins indispensable, *a minima* en tant que forum de négociation multilatérale. Dans ce système, les États restent maîtres du jeu pour répondre aux défis et aux crises du droit. Parce que « le droit international ne fait que leur renvoyer leur propre image »<sup>167</sup>, la crise profonde de ce système par l'agression russe de l'Ukraine reflète, une fois de plus, les défaillances de celui-ci. Plus que jamais, la créativité *dérogeante* ou *habilitante* impulsée par l'urgence se fait nécessaire pour répondre aux nouvelles crises profondes et structurelles qui transpercent le système de paix et de la sécurité collectives.

---

<sup>167</sup> E. Decaux, O. de Frouville, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2002, p. 646.



**BUSINESS, HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE AND THE CLIMATE  
CRISIS - BRIDGING THE GAP BETWEEN CLIMATE POLICY AND  
HUMAN RIGHTS**

Eoin Jackson\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>69</b>
<b>PART I : Human Rights Due Diligence - Legislating the Separation of Rights and Climate Change</b>	<b>69</b>
<b>PART II : Litigating Climate Change within a Due Diligence Framework</b>	<b>72</b>
<b>CONCLUSION</b>	<b>76</b>

# **Business, Human Rights Due Diligence and the Climate Crisis - Bridging the Gap between Climate Policy and Human Rights**

## **Introduction**

Human rights due diligence legislation has become a key trend in the global effort to encourage businesses to take greater account of human rights obligations. Given that due diligence legislation remains largely in its infancy, it is necessary to ask what components should be adopted within a due diligence framework to create the most effective response from corporations. In particular, it is important to analyse the intersection between human rights due diligence and the climate crisis. This article will submit that the contemporary approach to human rights due diligence does not integrate climate change within its framework in an appropriate and effective manner.

The article will be divided into 2 parts. Part I will consider the existing approach to climate change taken within contemporary and pending due diligence legislation, to demonstrate the failure to integrate climate change within a human rights framework. The dangers of a separated approach to climate change and human rights due diligence will be discussed in order to emphasise the importance of an integrated approach. Part II will discuss jurisprudential developments that offer a path forward for the integration of climate change within due diligence instruments.

## **Part I Human Rights Due Diligence - Legislating the Separation of Rights and Climate Change**

The two primary documents in relation to human rights due diligence treat climate change as a separate element to human rights. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR) note that ‘processes for assessing human rights impacts can be incorporated within *other* processes such as risk assessments or environmental and social impact

assessments'.<sup>1</sup> Similarly, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises contains a separate chapter for environmental due diligence, rather than incorporating it into its human rights chapter.<sup>2</sup> Neither document makes direct reference to climate change and its impact on human rights.<sup>3</sup> While it could be argued that environmental due diligence would automatically constitute climate change due diligence, it is important to note that environmental due diligence is more concerned with the local environment that a firm operates in, as opposed to a globalised plan to reduce carbon emissions and transition towards the use of sustainable materials.<sup>4</sup> This is why for example, the proposed EU Due Diligence Legislation contains a separate provision for climate change due diligence, in contrast to the wider focus the proposal has on environmental due diligence.<sup>5</sup>

It is submitted that the failure to reference the climate crisis in a direct manner is conducive to a more 'traditional' perception of the environment linked to a firm's local background as opposed to a globalised reduction in carbon emissions.<sup>6</sup> Even where focus is placed on environmental due diligence, it remains separated from human rights due diligence. This indicates that human rights leaders have narrowed the perception of human rights due diligence. Such a narrowing of the human rights element to due diligence can be attributed to the international community's reluctance to formally recognise the intersection between climate change and human rights.<sup>7</sup> While environmental considerations are to be taken into account by businesses,<sup>8</sup> this is regarded as distinct from obligations under the relevant human rights obligations.<sup>9</sup> For example, the French Duty of Vigilance Act separates human rights diligence from actions that should be taken to address climate change. The Act mandates that companies with over 5,000 employees must create a vigilance plan that will help "*forestall serious infringements of or harm to human rights and fundamental freedoms, personal health*

---

<sup>1</sup> Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (2011).

<sup>2</sup> OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* (2011).

<sup>3</sup> See United Nations Environment Program, *Climate Change and Human Rights* (2015).

<sup>4</sup> Ingrid Landau, 'Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance' (2019) 20 *Melb J Int'l L* 221.

<sup>5</sup> Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council On Corporate Sustainability Due Diligence And Amending Directive (Eu) 2019/1937 Article 15.

<sup>6</sup> Claire Bright, 'Risk-Based Due Diligence, Climate Change, Human Rights and the Just Transition' (2021) *Journal of Sustainability*.

<sup>7</sup> Edward Cameron, 'Human Rights and Climate Change, Moving from an Intrinsic to an Instrumental Approach' (2010) *Georgia Journal of International and Comparative Law*.

<sup>8</sup> Colin Mackie, *Environmental Due Diligence in Global Value Chains* (2020) European Coalition for Corporate Justice.

<sup>9</sup> Colin Mackie, 'Due Diligence In Global Value Chains: Conceptualising 'adverse Environmental Impact'' (2021) *Review of European, Comparative and International Environmental Law*.

*and safety and the environment*".<sup>10</sup> No express mention is made of climate change, nor does the law identify how a vigilance plan would accommodate specific climate change concerns into the human rights element to the plan. This illustrates the use of 'silos' within due diligence operations, that, at least conceptually, render climate change a distinct entity to human rights.<sup>11</sup> While the law does reference the environment, it is important to note that this is separate from the human rights component to the vigilance plan. This separation has been reflected in the approach taken by the majority of French companies, which have adopted due diligence plans that demarcate their human rights duties from any potential environmental considerations.<sup>12</sup>

The problem with the contemporary approach is that it fails to appreciate the inherent human rights dimension of the climate crisis. For example, a company that pledges to switch to the use of sustainable energy sources may source relevant materials from areas that do not engage in fair labour practices. Similarly, the adjustment to an ecologically friendly business model could exacerbate the difficulties of existing workers, should such a model lack appropriate just transition policies.<sup>13</sup> This can arguably lead to a lack of specificity within companies' climate change plans. Firms can introduce policies designed to cut their rate of carbon emissions without needing to identify how this will be achieved in accordance with a rights-based approach. This is evidenced from a study conducted by the NGO Notre Affaire a Tous, which noted that 10 out of 25 companies who created vigilance plans in line with the French legislation did not integrate climate change into their plans.<sup>14</sup> It is suggested that this has a detrimental effect on the effectiveness of human rights diligence. Climate change is one of the most important human rights issues for the corporate world, due to the impact it will have on supply chains, the labour force and the energy sources used by corporations.<sup>15</sup> Similarly, there is an increasing demand from legislative bodies for businesses to adopt sustainable measures, for example the EU Taxonomy Regulation.<sup>16</sup> This means that

---

<sup>10</sup> LOI n° 2017-399.

<sup>11</sup> Lise Smit, *Human Rights Due Diligence for Climate Change Impacts* (2021) British Institute of international and Comparative Law.

<sup>12</sup> Almut Schilling-Vacaflor, 'Putting the French Duty of Vigilance Law in Context: Towards Corporate Accountability for Human Rights Violations in the Global South?' (2020) Human Rights Review.

<sup>13</sup> Claire Bright, 'Risk-Based Due Diligence, Climate Change, Human Rights and the Just Transition' (2021) Journal of Sustainability.

<sup>14</sup> Paul Muegouille, *Benchmark de la Vigilance Climatique des Multinationales* (2020) Notre Affaire a Tous.

<sup>15</sup> Timothy Smith, 'Climate change: Corporate Sustainability in the Supply Chain' (2013) Bulletin of the Atomic Scientists.

<sup>16</sup> Regulation (Eu) 2020/852 Of The European Parliament And Of The Council Of 18 June 2020 On The Establishment Of A Framework To Facilitate Sustainable Investment; and Lisa Marie-Glass, 'Governance For

businesses are increasingly aware of their climate obligations, and see sustainable policies as an important commercial asset. Human rights due diligence is, by contrast, a new development in the business world. As a result, it does not benefit from the relative familiarity associated with corporate climate obligations. If human rights are regarded as a separate entity, there is a risk that resources will not be allocated to ensure rights violations are avoided by undertakings. Thus, both conceptually, and practically, the failure to distil climate change within the human rights framework is dangerous for the legislation's effectiveness.

There is also a risk that, without explicit reference to climate change within the human rights component to due diligence, sustainability policies that are pursued by the company may inadvertently affect human rights.<sup>17</sup> This would mean that workers in fossil fuel industries could be left behind as businesses fulfil climate obligations without considering how these should intersect with a rights based approach. If there is insufficient dialogue between the silos created by the contemporary approach, the result could be a misinterpretation of how sustainable development should coincide with rights based pursuits.<sup>18</sup> The subsequent greenwashing of business practice would be difficult to challenge, given it would be caused by policies falling through the cracks of a separate set of diligence practice.

In contrast, an integrated approach would facilitate the reduction of carbon emissions while allowing firms to ensure there is a just transition to sustainable business operations. This would mean that climate change would be an essential component to all elements of due diligence. Human rights initiatives would need to be grounded in sustainability while environmental policies would also need to place human rights at the forefront of their agendas. This would require significant overhaul of contemporary regulatory instruments, thus it is pertinent to examine how such an approach could work in the context of potential litigation.

## **Part II Litigating Climate Change within a Due Diligence Framework**

---

Achieving The Sustainable Development Goals: How Important Are Participation, Policy Coherence, Reflexivity, Adaptation And Democratic Institutions?' (2019) *Earth System Governance*.

<sup>17</sup> Claire Bright, 'Risk-Based Due Diligence, Climate Change, Human Rights and the Just Transition' (2021) *Journal of Sustainability*.

<sup>18</sup> Ciaran O'Kelly, 'Human Rights and the Grammar of Corporate Social Responsibility' (2019) *Social and Legal Studies*.

Litigation on the response to climate change has also struggled to address human rights obligations. Both the UK and Irish courts have largely rejected attempts to address human rights obligations in the context of environmental duties. *Friends of the Irish Environment v Government of Ireland* refused to address a rights-based dimension to the case on the basis that the applicant lacked standing.<sup>19</sup> Given that the human rights element to the case was dismissed in the context of the State, which has been the traditional party bound by human rights treaties, it is unlikely the court would look any more favourably on a case taken against a corporation.<sup>20</sup> Similarly, *R (on the application of the London Borough of Hillingdon and others) v Secretary of State for Transport*,<sup>21</sup> saw the applicant attempt to challenge the expansion of Heathrow Airport on the basis that such expansion would not align with climate change targets and human rights obligations.<sup>22</sup> This application was subsequently dismissed by the court, which did not look favourably on the human rights component to the argument.<sup>23</sup> This makes it uncertain as to whether human rights arguments are of assistance in challenging corporations' approach to the climate crisis. When combined with the outlined gap in due diligence legislation between human rights and climate change, it may prove difficult for litigants to rely on a conceptualisation of climate change that also has human rights implications for businesses.<sup>24</sup>

However, an integrated approach could be derived from *Milieudefensie et al v Royal Dutch Shell*.<sup>25</sup> Here, the Dutch Court was asked to consider whether Royal Dutch Shell's sustainability policy took adequate account of human rights considerations. The court endorsed the UNGP as an 'authoritative' means of identifying the nature of a businesses human rights obligations.<sup>26</sup> In doing so, they determined that the "widespread international consensus that human rights offer protection against the impacts of dangerous climate change and that companies must respect human rights".<sup>27</sup> Consequently, the company had an obligation to tackle climate change to avoid further damage to the human rights of Dutch citizens. This is the first time that human rights obligations have been utilised against a

---

<sup>19</sup> *Friends of the Irish Environment v Government of Ireland* [2020] IESC 49.

<sup>20</sup> Orla Kelleher, 'A critical appraisal of *Friends of the Irish Environment v Government of Ireland*' [2021] Review of European, Comparative and International Environmental Law.

<sup>21</sup> [2010] EWHC 626.

<sup>22</sup> Lisa Vanhala, 'The Comparative Politics of Courts and Climate Change' (2013) Environmental Politics.

<sup>23</sup> *ibid.*

<sup>24</sup> Geetanjali Ganguly, 'If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change' (2018) Oxford Journal of Legal Studies.

<sup>25</sup> *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* (2021) C/09/571932/HA.

<sup>26</sup> *ibid.*

<sup>27</sup> *ibid.*

private company to force greater action on climate change.<sup>28</sup> The UNGP may separate out climate and rights obligations, but through viewing them as a means of interpreting a broader duty of care, the court was capable of integrating climate change within a due diligence framework. While this is a positive indication that integration is possible, *Milieudefensie* should be caveated by noting that Dutch jurisprudence takes a somewhat unique approach to the standard of care that does not align with the approach taken in common law jurisdictions.<sup>29</sup>

*Milieudefensie et al v Royal Dutch Shell* may prove useful for litigants seeking to rely on due diligence legislation to bolster climate change arguments. Environmental activists in France for example, have taken a case against the oil company Total, on the basis that its inaction on climate change has violated the Duty of Vigilance Act.<sup>30</sup> Using arguments made in *Milieudefensie*, counsel could draw attention to the link between climate change and rights violations to further arguments that the Duty of Vigilance Act obliges companies to consider climate change in tandem with human rights due diligence. Instruments like the UNGP and OECD Guidelines could potentially illustrate for the court how open ended a duty of vigilance can be,<sup>31</sup> provided the Court follows *Milieudefensie's* mechanism of utilising it as a broad soft law instrument. This will be dependent upon the courts willingness to perceive the climate crisis as a human rights crisis.<sup>32</sup> In that regard, recent movements within the international sphere, such as the resolution adopted by the UN Human Rights Council recognising the right to a sustainable environment,<sup>33</sup> may also assist the activists' case.

The problem with present litigation is that many of the arguments rest on flawed regulatory instruments. As a result, courts may find themselves needing to be persuaded first as to the validity of relying on due diligence guidelines. Then, they must be persuaded that such

---

<sup>28</sup> Chiara Macchi, 'Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: *Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell*' (2021) *Review of European, Comparative and International Environmental Law*.

<sup>29</sup> Otto Spijkers, 'Friends of the Earth Netherlands (*Milieudefensie*) v Royal Dutch Shell' (2021) *Chinese Journal of International Environmental Law*.

<sup>30</sup> Sherpa, 'Statement of Claim Against Total' (28 January 2020)

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/Dossier%20de%20presse%20%5BEN%5D.pdf> accessed 16/02/2022.

<sup>31</sup> Chiara Maachi, 'The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'' (2020) *Business and Human Rights Journal*.

<sup>32</sup> Benoit Mayer, 'Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties?' (2021) *American Journal of International Law*.

<sup>33</sup> UN Human Rights Council Resolution 48/13.

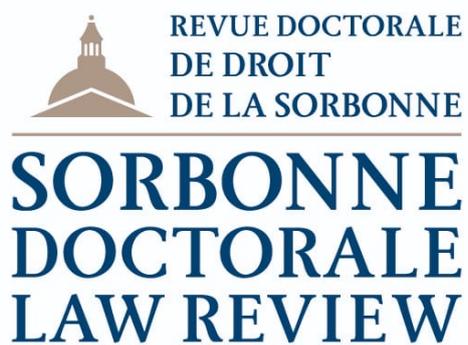
instruments allow for climate change to be incorporated within human rights standards.<sup>34</sup> However, *Milieudefensie* at least demonstrates that an integrated approach is possible, provided a court can recognise the intersection between climate change and human rights.

## **Conclusion**

In conclusion, human rights due diligence must reconcile the obligation it places on business with wider climate change considerations. Current approaches to due diligence seek to separate the two, in a manner that fails to recognise the link between climate change and its impact on human rights. While litigation has shown signs of progress, it remains uncertain as to whether a separated, or integrated approach to due diligence will be taken in the context of climate change. It is recommended that future due diligence initiatives integrate climate change within a human rights framework to ensure a just transition to a sustainable corporate environment.

---

<sup>34</sup> Chiara Maachi, ‘ The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of ‘Climate Due Diligence’ (2020) *Business and Human Rights Journal*.



**LA PERTE DE CHANCE: EN CE QUI CONCERNE LES LIMITES DE CE  
MODÈLE FRANÇAIS SINGULIER, PEUT-IL SERVIR D'INSPIRATION  
POUR D'AUTRES SYSTÈMES, OU EST-IL ENCORE NÉCESSAIRE DE LE  
DÉVELOPPER D'AVANTAGE?**

Alexander NIEBLER\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>80</b>
<b>I. LA LÉGITIMITÉ DE LA RÉPARATION DE LA PERTE DE CHANCE</b>	<b>86</b>
a. la justification de la réparation de la chance perdue comme type de dommage	86
b. la justification contestée de la réparation de la chance perdue servant à pallier le lien de causalité	94
<b>II. L'ENCADREMENT DE LA RÉPARATION DE LA PERTE DE CHANCE</b>	<b>99</b>
a. le débat doctrinal quant aux conditions de la réparation de la perte de chance	99
b. la méthode critiquable de l'évaluation de l'indemnisation de la perte de chance	106
<b>CONCLUSION</b>	<b>110</b>

## ABSTRACT

Imagine a jockey en route to a horse race whose journey takes an unexpected turn after a car accident damages his vehicle, preventing him from participating in the race. While German law, along with many other legal systems, limits compensation to the damages incurred to the jockey's car, French law adopts a unique perspective. In France, the jockey can claim compensation for the lost opportunity to win the race, reflecting the distinctive principles of damage in French civil law. French law recognizes the loss of chance as a fully compensable type of damage. Rooted in praetorian law, this concept allows for the reparation of lost chances as soon as their loss becomes certain. The reimbursement is proportional and targets the final damage, the irreversible consequence that did not materialize. In the jockey's case, the responsible party for the accident must proportionally compensate for the lost chance of winning the race. French law goes beyond traditional bounds by allowing reparation for lost chances in various contexts. Notably, lost chances to win a lawsuit are reparable if a lawyer misses a deadline, and lost chances of recovery are compensable if a treating doctor makes an error. In contract law, the notion of loss of chance extends reparability to breaches of the duty to inform, influencing the formation or conditions of a contract. The French approach prompts critical questions: Is it an unjustified extension of civil liability? Does it contribute to an unreasonable proliferation of legal actions? Addressing these concerns, this thesis aims to clarify the legitimacy of reparation for lost chances, particularly in cases where the causal link between fault and damage is uncertain. Additionally, it seeks to provide guidance on calculating reimbursement and establishing criteria for judges.

In conclusion, this thesis endeavors to elucidate and enhance the accessibility of the loss of chance concept, facilitating a comparative analysis of different legal approaches. By delving into the nuances of French, German and Common Law legal systems, it offers valuable insights into the complex landscape of compensating for missed opportunities.

## RÉSUMÉ

Un jockey se rend à une course de chevaux. En chemin, il est impliqué dans un accident qui endommage sa voiture, l'empêchant ainsi de participer à la course avec son cheval. Selon le droit allemand, et dans de nombreux autres systèmes juridiques, le jockey ne peut prétendre à réparation que pour les dommages causés à sa voiture. La possibilité que le cheval aurait pu gagner n'est pas prise en considération. Cette approche semble logique à première vue, car il n'est pas certain que le cheval aurait remporté la course, compte tenu de divers facteurs tels que les courses précédentes, l'expérience du cheval, sa forme du jour et les conditions météorologiques. Cependant, la situation est différente en droit français. Le jockey peut réclamer une compensation pour la perte de chance de gagner la course. Selon les principes classiques du dommage en droit civil français, cette perte de chance est considérée comme *certaine*. Depuis longtemps, le droit français reconnaît que la perte de chance est un type de dommage entièrement réparable. D'origine prétorienne, la chance perdue est réparée dès lors qu'il est certain qu'elle a été perdue. Le remboursement est *proportionnel* et vise le *dommage final*, c'est-à-dire le dommage définitif qui n'a pas été réalisé. Dans le cas du jockey, le responsable de l'accident doit donc compenser proportionnellement la chance perdue de remporter la course. Le droit français va encore plus loin en rendant réparables les chances perdues de gagner *un procès* si l'avocat manque un délai, ainsi que les chances perdues *de guérison* si le médecin traitant commet une erreur. En droit des obligations, l'utilisation de la notion de perte de chance a étendu la réparabilité aux manquements à *l'obligation d'information*, qui ont conduit une partie à ne pas conclure un contrat ou à le conclure à d'autres conditions. Cette approche soulève plusieurs questions: ne s'agit-il pas d'une extension injustifiée de la responsabilité civile? N'entraîne-t-elle pas une multiplication déraisonnable des actions en justice? Comment les juges doivent-ils calculer le remboursement et selon quels critères? Ce mémoire aborde ces questions en clarifiant d'abord la légitimité de la réparation des chances perdues, notamment dans les cas où le lien de causalité entre faute et dommage est douteux. Ensuite, il tente de cadrer la réparation de la perte de chance afin de fournir des orientations claires aux utilisateurs du droit.

En conclusion, le mémoire cherche à clarifier et rendre la notion de perte de chance plus accessible au lecteur, facilitant ainsi la comparaison des différentes approches juridiques.

## INTRODUCTION

« La perte d'une chance, une curiosité française »<sup>168</sup>.

Ignorée par certains systèmes juridiques, la notion de perte de chance a fait son entrée dans la jurisprudence civile française il y a plus de 100 ans<sup>169</sup>. Objet d'un vif débat jurisprudentiel et doctrinal, cette notion est devenue une constante du droit de la responsabilité civile justifiant une analyse juridique approfondie.

Le droit civil français est guidé par l'idée qu'on ne doit pas nuire à autrui. Quiconque viole ce principe est tenu de réparer le dommage qu'il a causé<sup>170</sup>. On est bien dans le droit de la responsabilité civile qui, pour être établi, suppose les trois conditions fondamentales d'un dommage, d'un fait générateur et d'un lien de causalité entre ce fait et le dommage<sup>171</sup>. La notion de perte de chance s'est intégrée à ce système, conformément à la doctrine dominante, comme un type de dommage particulier<sup>172</sup>. D'origine prétorienne, cette notion est applicable aussi bien en matière contractuelle qu'en matière délictuelle. La jurisprudence l'a admise pour la première fois en droit positif dans un arrêt du 17 juillet 1889 rendu dans l'affaire d'un officier ministériel qui, par sa faute, avait entraîné la nullité d'un acte d'appel faisant perdre à l'appelant la possibilité de poursuivre une procédure et de gagner un procès<sup>173</sup>. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation a fréquemment réaffirmé cette solution dans des situations autres que des contentieux, notamment dans les cas concernant une chance perdue de gagner à un jeu de hasard ou lors d'une compétition, au sujet de chances perdues de nature professionnelle (incapacité de travail<sup>174</sup>) et en matière médicale (*perte de chance de guérison ou de survie*)<sup>175</sup>. De plus, la jurisprudence a affirmé une perte de chance de conclure ou

---

<sup>168</sup> P. Jourdain, « La perte d'une chance, une curiosité française », in O Guillot et C Muller (dir.), *Mélanges P. Wessner*, 2011, p. 167.

<sup>169</sup> F. Leduc, « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA* 31 oct 2013, p. 51; Req., 17 juill. 1889: S. 1891, 1, 399.

<sup>170</sup> P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, 39<sup>ème</sup> édition 2019, p. 1165.

<sup>171</sup> B. Fages, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 375.

<sup>172</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *LPA* 31 oct 2013, p. 3.

<sup>173</sup> Req., 17 juill. 1889: S. 1891, 1, 399; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 280 ; C. Sintez, « La perte de chance, une notion en quête d'unité », *LPA* 31 oct. 2013, p. 9

<sup>174</sup> O. Deshayes, « Perte de chance », *RDC* 2009, n° RDCO2009-3-011, p. 1032.

<sup>175</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 280.

de ne pas conclure un contrat, notamment concernant l'inaction d'un investisseur à cause de la diffusion de fausses informations (les actions sont soit ne pas acquisé, soit conservé dans un manière déficitaire)<sup>176</sup> et dans les situations où une personne a manqué à son obligation d'information<sup>177</sup>, même si cette dernière situation est désormais devenue un « *devoir d'information* » régi par les art. 1112 s. du Code civil.

À raison du silence de la loi, les juges ont été obligés de fonder la réparation de la perte de chance dans les stipulations générales de la responsabilité civile, notamment les art. 1231-1 (anc. art. 1147 C. civ.) C. civ. pour la responsabilité contractuelle et l'art. 1240 C. civ. (anc. art. 1382 C. civ.) pour la responsabilité extracontractuelle. Néanmoins, vu la tradition jurisprudentielle, les projets de réforme de la responsabilité civile, notamment le projet Catala<sup>178</sup> et le projet Terré<sup>179</sup>, proposent, de manière différente, une consécration de ce type de dommage. Plus récemment, le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 visait à inclure dans son article 1238 la « *perte de chance réparable* »<sup>180</sup>.

Dans un arrêt de principe, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a défini la perte de chance comme « la disparition, par l'effet d'un délit, *de la probabilité d'un événement favorable*, encore que, par définition, *la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »<sup>181</sup>. La première chambre civile de la Cour de cassation l'a définie comme étant « la disparition actuelle et certaine d'une *éventualité favorable* »<sup>182</sup>, ce qui est repris dans le projet de la responsabilité civile du 13 mars

---

<sup>176</sup> Club des juristes, « Rapport sur l'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Nov. 2014, spéc., p. 46.

<sup>177</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op.cit.*

<sup>178</sup> Art. 1346 : « La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

<sup>179</sup> Art. 9 : « L'interruption d'un processus à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable ».

<sup>180</sup> Art. 1238 : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

<sup>181</sup> Cass. crim., 18 mars 1975, *Bull. crim.*, n°79.

<sup>182</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 2006, n° 05-15674, D. 2006 IR, p. 3013, JCP.IV.3474; 4 juin 2007, n° 05-20213, *Bull. civ.* I, n° 217 D. 2007, Act. jur. P. 1784, JCP G 2007.I.185, n° 2.

2017<sup>183</sup>. L'élément caractérisant, dans ces définitions, est l'aléa. Cependant, cet aléa ne doit pas dépasser une certaine limite, sinon le dommage serait « *éventuel et hypothétique* »<sup>184</sup>.

Le domaine de la perte de chance fut étendu par la jurisprudence de façon continue. Au début, la notion ne recouvrait que les *événements virtuels* (ce qui aurait pu avoir lieu, par ex. la perte de chance de gagner à un concours, de gagner un procès) et les *événements futurs* (qui auraient eu lieu, par ex. l'obtention d'un secours alimentaire ou bien la chance perdue d'une réussite professionnelle)<sup>185</sup>. Depuis les années 1960, la notion recouvre également les *événements réalisés*, dans lesquels la chance est réellement perdue, mais il y a une incertitude quant à savoir si le fait dommageable est véritablement la cause (par. ex. la perte de chance de guérison ou de survie) ou si ce sont plutôt les *événements défavorables*<sup>186</sup>. Cette subdivision de M. Sintez suit une interprétation étendue de la notion de *l'éventualité favorable* en incluant tant les *événements heureux* (perte de chance positive) qu'on aurait pu légitimement espérer que les *événements malheureux* qu'on aurait voulu légitimement éviter (perte de chance négative)<sup>187</sup>. Néanmoins, certains auteurs distinguent la notion de perte de chance de celle de « *création d'un risque* ». Il en ressort que le risque désigne la possibilité qu'un événement défavorable se réalise quand la chance renvoie à la probabilité de la réalisation d'un événement favorable<sup>188</sup>. En outre, il faut clarifier le fait qu'« un préjudice peut être invoqué dès lors qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ». Par conséquent, le demandeur ne doit plus avoir, après que le fait dommageable a interrompu le processus déjà existant, la possibilité de retenter sa chance<sup>189</sup>.

Il est utile de situer la perte de chance par rapport aux distinctions traditionnelles employées en matière de dommage, que ce soient celles établies entre *intérêt négatif* et *intérêt positif* d'une part, et entre *damnum emergens* et *lucrum cessans* d'autre part<sup>190</sup>. *L'intérêt positif* qui se réfère à

---

<sup>183</sup> Art. 1238 : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

<sup>184</sup> C. Bloch, « Le préjudice », in P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22*, 2020 - 12<sup>e</sup> éd., n° 2123.81 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 281.

<sup>185</sup> C. Sintez, *op. cit.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*; A. Guegan-Lecuyer, « Les conditions de la réparation de la perte de chance », LPA 31 oct. 2013, p. 15; F. Leduc, *op. cit.*

<sup>188</sup> C. Bloch, *op. cit.*; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 278.

<sup>189</sup> C. Sintez, *op. cit.*

<sup>190</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *Revue de l'arbitrage* 2015, n° 2, p. 395, spéc. p. 400.

l'avantage que le demandeur aurait dû retirer du contrat imparfaitement exécuté<sup>191</sup>, et *l'intérêt négatif* qui vise à replacer le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, peuvent tous les deux inclure une perte de chance ce qui rend impossible le rattachement de la notion de la perte de chance à l'un ou l'autre de ces deux intérêts<sup>192</sup>. Concernant la relation entre la perte de chance et la distinction entre *damnum emergens* (la perte subie) et *lucrum cessans* (le gain manqué), la perte de chance relève en principe du gain manqué, car elle n'est rien d'autre qu'un manque à gagner dans le futur, mais affectée d'une incertitude particulière qui la sépare du gain « ordinaire »<sup>193</sup>. Toutefois, la différence dans la pratique n'est pas si facile à établir. Suivant une partie de la doctrine, en cas de perte de chance il y a un redoublement d'incertitude non pas seulement sur l'ampleur des gains manqués, mais aussi sur leur principe même, ce qui n'est pas le cas dans le gain futur manqué « ordinaire »<sup>194</sup>.

Selon la Cour de cassation, le préjudice de la perte de chance doit satisfaire les exigences du droit de la responsabilité civile et notamment celle du *caractère direct et certain*<sup>195</sup>. L'exigence de la certitude s'applique, en principe, aussi bien par rapport au lien de causalité qu'au préjudice<sup>196</sup>. En outre, la jurisprudence a posé des exigences spécifiques en affirmant que la perte de chance devait être *réelle et sérieuse*, et qu'elle devait tenir compte de l'aléa dans l'évaluation de l'indemnité<sup>197</sup>. Il convient de différencier l'hypothèse dans laquelle le demandeur a déjà tenté sa chance au moment où intervient le fait dommageable de celle où le demandeur n'a pas encore tenté la chance dont il se plaint d'être privé. Dans ce dernier cas, plus le moment attendu est éloigné, plus la jurisprudence se montre exigeante quant à la preuve du caractère imminent de la chance<sup>198</sup>. C'est la chance de remporter un concours que la victime s'apprêtait à présenter incessamment<sup>199</sup>. Le caractère sérieux s'apprécie d'un point de vue quantitatif, la chance doit être « fondée » et non pas substantielle<sup>200</sup>. La

---

<sup>191</sup> A. Pinna, « La mesure du préjudice contractuel », n° 267.

<sup>192</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *op. cit.*

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Ibid.*; A. Pinna, *op. cit.*, n° 285.

<sup>195</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 282.

<sup>196</sup> A. Guegan-Lecuyer, *op.cit.*

<sup>197</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 283.

<sup>198</sup> *Ibid.* ; A. Guegan-Lecuyer, *op.cit.*

<sup>199</sup> *Ibid.* ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 févr. 1961, n° 137.

<sup>200</sup> A. Guegan-Lecuyer, *op.cit.*; S. Carval, note Civ. 2re, 1er juillet 2010 n° 09-15594, RDC 2011, 83.

jurisprudence a affirmé que « la perte d'une chance même faible est indemnisable »<sup>201</sup>, il en va ainsi également pour une perte de chance avec une probabilité de 5%<sup>202</sup>. Après que la Cour de cassation a laissé entendre par deux arrêts en 2014 que l'octroi d'une indemnisation était soumis à un seuil de probabilité, une certaine intensité, jugeant que la perte de chance devait avoir un caractère « *raisonnable* »<sup>203</sup>, la Cour, par une décision en 2016, vient de réaffirmer sa position antérieure en jugeant que « *toute perte de chance* », fût-elle minime, présente un caractère réparable<sup>204</sup>.

En matière médicale, la Cour de cassation a jugé que « la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois que la disparition d'une éventualité favorable est constatée »<sup>205</sup>. En effet, la preuve est favorisée, car si l'on peut montrer la disparition d'une faculté de ne pas souffrir, ou positivement l'existence d'une probabilité de ne pas subir un dommage, cela induit le caractère certain et direct du dommage<sup>206</sup>.

La nature aléatoire affectant la réalisation de la chance perdue caractérise également l'évaluation de l'indemnité<sup>207</sup>. La doctrine distingue le dommage de la perte de chance de celui du *dommage final*. La première constitue un dommage spécifique et autonome, « distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (le dommage final)<sup>208</sup>. Cependant, même si le dommage de la perte de chance est conceptuellement distinct du dommage final, il en est fortement dépendant<sup>209</sup>. La réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue<sup>210</sup>. La jurisprudence en conclut que la réparation de la perte de chance ne peut être égale au dommage

---

<sup>201</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 sept. 2008, n° 06-17859 : RDC 2009, 104 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 jan 2013, n° 12-14.439, JCP G, 2013, act. 98.

<sup>202</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15594 : RDC 2011, 83, obs. S. Carval, sous l'intitulé « Réparation d'une perte de chance de 5 % : est-ce bien raisonnable ? ».

<sup>203</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 2014 n°s 13-16.380, Bull. 2014, I, n° 76 et 12-22.567, Bull. 2014, I, os 78., note J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : La Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », 1323, n° 1, JCP 2014. 1381.

<sup>204</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 12 oct 2016, n°s 15-23230 et 15-26146, F-PB; J.S. Borghetti, « La faible chance revient en force », RDC 2017, n° 113w1, p. 27.

<sup>205</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, n° 11-10935, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 2006, n° 05-15674.

<sup>206</sup> C. Corgas-Bernard, « Perte de chance et responsabilité médicale », LPA 31 oct. 2013, p. 38.

<sup>207</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 284.

<sup>208</sup> Art. 1346 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Rapport Catala), La Documentation française, 2006.

<sup>209</sup> M. Bacache, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », RD 2013, p. 619.

<sup>210</sup> O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », LPA 31 oct. 2013, p. 23.

final, mais elle doit être nécessairement inférieure<sup>211</sup>. Elle constitue une *fraction* du dommage final, la réparation ne peut être que *partielle*<sup>212</sup>. Concernant la détermination de la fraction du dommage entier, les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>213</sup>. Il convient tout d'abord d'évaluer le dommage entier, puis de fixer ensuite la fraction de ce dommage d'une façon proportionnelle qui correspond à la perte de chance<sup>214</sup>, même si, souvent, les critères utilisés pour chiffrer la perte de chance restent peu transparents<sup>215</sup>.

Il n'est pas rare, dans le cadre d'une procédure civile, que le demandeur ne puisse pas prouver qu'un manquement du défendeur a été à l'origine d'un préjudice déterminé. Toutefois, le demandeur est en mesure de prouver que le comportement fautif démontré, le fait générateur, l'a privé d'une possibilité certaine de gain, de guérison ou d'une action en justice réussie<sup>216</sup>. La question de savoir si, dans ces cas, les tribunaux peuvent indemniser la perte d'une chance est traitée différemment par les systèmes juridiques voisins, notamment les systèmes allemand ou anglais, par rapport à celui de la France<sup>217</sup>. Quand la France indemnise les gains qui auraient résulté de la réalisation d'une chance perdue, l'Allemagne exclut une telle réparation par principe au motif que le dommage, pour être réparable, doit être certain dans le sens qu'un dommage futur doit avoir une *grande probabilité*<sup>218</sup>. Les pays de la *common law* en principe n'admettent pas que la réparation de la perte de chance puisse constituer une suite suffisamment probable du fait dommageable. En droit anglais, le *standard of proof* pour une telle probabilité suffisante est celle du « *on the balance of probabilities* »<sup>219</sup>. Si la probabilité de la chance perdue est supérieure à 0,5, les gains envisagés sont intégralement indemnisés, sinon, ils ne sont pas indemnisés du tout<sup>220</sup>. Par contraste, la solution française est souvent justifiée par la protection étendue offerte par le droit français en

---

<sup>211</sup> *Ibid.* ; C. Bloch, *op. cit.*, n° 2123.82.

<sup>212</sup> *Ibid.* ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 284.

<sup>213</sup> C. Bloch, *op. cit.*, n° 2123.81.

<sup>214</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 284 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 sept. 1981, JCP 1982, II, 19752.

<sup>215</sup> O. Sabard, *op. cit.*

<sup>216</sup> H Fleischer, « Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht », JZ 1999, p. 767; § 252 BGB.

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *op.cit.*, p. 407.

<sup>219</sup> *Ibid.*; N. Jansen, « The Idea of a Lost Chance », 1999, 19 OJLSt p. 271.

<sup>220</sup> *Ibid.*

matière de responsabilité civile<sup>221</sup>. Néanmoins, le bien-fondé de ce vaste champ de protection des intérêts protégés n'est pas contesté<sup>222</sup>.

Ainsi, il convient de se demander quelles sont les limites du système français singulier de réparation des chances perdues, afin de déterminer s'il peut inspirer d'autres systèmes ou s'il n'est pas encore un modèle pleinement développé.

Pour examiner cette question, il convient dans un premier temps de se demander si la réparation de la perte d'une chance est légitime (I.), avant d'examiner comment encadrer sa réparation (II.).

## **1. LA LÉGITIMITÉ DE LA RÉPARATION DE LA PERTE DE CHANCE**<sup>223</sup>

La notion perte de chance s'avère difficile à saisir, malgré la longue tradition jurisprudentielle<sup>224</sup>. Dans la doctrine, un grand nombre d'auteurs voient dans la réparation de la perte de chance non seulement un type de dommage propre, mais aussi le refoulement d'une autre condition matérielle de la responsabilité civile : le lien de causalité<sup>225</sup>.

Il convient donc d'adopter une approche en deux étapes. Tout d'abord, il faut justifier la réparation de la chance perdue comme type de dommage (A.). Ensuite, il faut se poser la question de la justification de la réparation de la perte de chance dans l'hypothèse qu'elle sert à pallier l'incertitude du lien de causalité (B.).

### **b.1. La justification reconnue de la réparation de la chance perdue comme type de dommage**

La réparation de la perte de chance comme type de dommage est largement, mais pas totalement acceptée. Il convient donc de procéder en deux étapes et d'examiner d'abord les arguments qui justifient une réparation (1.) avant d'aborder les arguments hostiles vis-à-vis d'une telle justification des chances perdues (2.).

#### **b.1.1. Une argumentation en faveur de la justification**

##### **b.1.1.1. La justification par le principe de la réparabilité de tout dommage**

---

<sup>221</sup> J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, 2008, pp. 145-171.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> L. Vitale, *La perte des chances en droit privé*, th. 2020, Université Paris Panthéon-Sorbonne, n° 79.

<sup>224</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op.cit.*

<sup>225</sup> *Ibid.*

Selon l'art. 1240 C. civ. « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Le but de la responsabilité civile est de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle aurait dû se trouver si le fait générateur n'était pas survenu<sup>226</sup>. Par cette notion, le droit français de la responsabilité civile extracontractuelle prévoit un champ large d'obligation de réparer le dommage causé à autrui. Il est nécessaire de souligner que bien que ce principe ne possède pas de valeur constitutionnelle, il doit être appréhendé comme un pilier fondamental du droit de la responsabilité civile française<sup>227</sup> : Tout fait ayant causé un dommage à autrui est de caractère réparable. Après avoir vu ce principe, il convient d'examiner un exemple pratique : une personne provoque un accident avec un cavalier, ce qui l'empêche de participer à une course de chevaux et d'en tirer un profit potentiel. Le cavalier assigne l'auteur de l'accident en justice. Cependant, il ne peut pas prouver qu'il a été empêché de gagner la course. Après tout, il n'est pas certain qu'il eût gagné la course, même s'il est le plus grand coureur de tous les temps. C'est la caractéristique principale d'une course de ne pas savoir à l'avance qui va gagner. En revanche, ce qui est *certain*, c'est qu'il a perdu la possibilité de participer, et par là, de gagner. Il a perdu la *chance* de gagner la course. Et cette chance perdue constitue une valeur juridique propre, ce qui est accepté unanimement<sup>228</sup>. Il en va de même pour le billet de loterie, l'exemple type de l'objet spéculatif que le vendeur oublie par erreur de jeter dans la sphère de tirage<sup>229</sup>. Dans les deux cas, on est en présence d'une altération du cours des choses<sup>230</sup>. La question qui se pose à ce stade est de savoir si cette valeur juridique propre peut et doit ouvrir le droit à la réparation, en d'autres mots, si la chance perdue peut être considérée comme un type de dommage. À ce stade, on doit reconnaître le besoin de protection autonome d'une chance de gain consolidée ; enfin, la perte de participation s'avère être incontestablement, du point de vue de l'intéressé, une déviation désavantageuse du cours normal des choses<sup>231</sup>. Par conséquent, la jurisprudence et la doctrine française répondent par l'affirmative. À cet égard, la Cour de cassation italienne, qui partage cette conception juridique, a précisé dans un arrêt de 1986 que la perte de la chance de gagner peut

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 205 ; O. Deshayes, « Perte de chance », *op. cit.*

<sup>227</sup> J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*

<sup>228</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>229</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

constituer une *bene patrimoniale*, un bien patrimonial et juridique, qui peut être évalué de manière autonome<sup>232</sup>. Il est à noter que la justification dans la doctrine ne peut être déduite du simple argument selon lequel la perte de chance, comme l'illustre bien le billet de loterie, peut être valorisée d'un point de vue économique, étant donné que la valeur d'une chance perdue ne peut souvent pas être mesurée en argent<sup>233</sup>. La clause générale de l'art. 1240 C. civ. « *embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert* »<sup>234</sup>. L'admission des chances au rang d'intérêt reconnu par cette clause n'est qu'une conséquence logique, dès lors que leur protection n'apparaîtrait pas illégitime<sup>235</sup>. En l'absence de réforme structurelle du droit de la responsabilité, le seul fait que la réparation des chances perdues n'ait pas été envisagée lors de la codification de l'article ne sert pas à surmonter l'argument téléologique et l'argument textuel tiré de l'art. 1240 C. civ.<sup>236</sup>.

#### b.1.1.2. Une argumentation spécifique aux chances<sup>237</sup>

Outre l'argument tiré de la clause générale de l'art. 1240 C. civ., la doctrine française tire une justification de la réparation de la perte de chances du rôle des chances et des risques dans la vie quotidienne de l'homme<sup>238</sup>. Selon les théories dites « de l'action rationnelle », l'homme est un être capable d'agir avec raison et discernement, et évalue toujours les coûts et les avantages de toutes les actions dans le but exclusif de promouvoir ses intérêts personnels<sup>239</sup>. Les chances et les risques sont omniprésents dans la prise de décision humaine<sup>240</sup>. L'investisseur, ou une personne qui se lance dans une entreprise commerciale, doit toujours peser les risques et les avantages avant de prendre

---

<sup>232</sup> H. Fleischer, *op. cit.* ; Cass. it., 19. 12. 1985, n° 6506, Foro it., 1986, I, 383, 390: « In conclusione, la chance o probabilità (vale a dire effettiva e congrua possibilità di conseguire un certo bene) è anch'essa un bene patrimoniale, una entità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile » (« En conclusion, la chance ou probabilité (c'est-à-dire la possibilité effective et raisonnable d'obtenir un certain bien) est également un actif patrimonial, une entité économiquement et juridiquement évaluable, dont la perte entraîne un préjudice actuel et réparable »).

<sup>233</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 189.

<sup>234</sup> J. D. L. Tarrible, « Discours devant le corps législatif », in P.-A. Fenet (dir.), « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », t. 13, Paris, 1968 (réimpression de l'édition 1827), p. 488.

<sup>235</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 191.

<sup>236</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 193.

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*, n° 196.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Ibid.*

une décision<sup>241</sup>. Enfin, la théorie de l'*homo économique* repose sur l'idée que l'homme analyse et anticipe la situation et les événements afin de prendre des décisions qui favorisent au mieux ses intérêts<sup>242</sup>. À cet argument s'ajoute l'attachement du corps social aux chances<sup>243</sup>. En effet, par la consécration des efforts législatifs dans un but d'égalité des chances économiques<sup>244</sup>, le corps social crée des chances de manière artificielle<sup>245</sup>. Si les chances au profit de ceux qui en sont privés, par exemple en raison de leur situation territoriale ou de leur sexe<sup>246</sup>, sont créées artificiellement, la protection des chances déjà existantes, comme par exemple la chance de gagner une compétition ou de gagner un procès, la chance de guérison ou de survie, tirée soit par la loi, soit par la nature s'impose à fortiori<sup>247</sup>.

#### b.1.1.3. L'assurance de la fonction punitive et de la fonction dissuasive

La responsabilité civile est traditionnellement chargée d'une fonction punitive<sup>248</sup> puisque l'« on doit, par le jeu de sa responsabilité, punir l'auteur pour ses actes illicites, fût-ce sur son patrimoine »<sup>249</sup>. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas discuté cette fonction de la réparation de la perte de chance. Cependant, selon la doctrine qui assure la condamnation de l'agent fautif, la protection des chances vise à satisfaire la fonction punitive de la responsabilité civile<sup>250</sup>. Si les chances n'étaient pas considérées comme objet digne de réparation, l'agent fautif échapperait à toute réprobation parce que, dans nombre d'hypothèses, elle représente l'unique moyen de parvenir à une sanction du responsable<sup>251</sup>. Considérant le cas exemplaire du billet de loterie qui n'avait pas été jeté dans la sphère de tirage, le fait que le vendeur ait oublié de le jeter serait resté impuni. La doctrine évoque plusieurs arguments pour cette fonction punitive. D'abord, à défaut de la protection des chances, le défendeur pourrait se prévaloir du caractère aléatoire de la situation perturbée par

---

<sup>241</sup> *Ibid.*, n° 197.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*, n° 198.

<sup>244</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « *loi Macron* ».

<sup>245</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 198.

<sup>246</sup> V. en ce sens : Art. 1142-4 Code du travail.

<sup>247</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 198.

<sup>248</sup> S. Carval, « La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée », 1995, p. 418.

<sup>249</sup> J. Rochfeld, *Les grands notions du droit privée*, p. 488.

<sup>250</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 115.

<sup>251</sup> *Ibid.*, n° 117.

son fait générateur ce qui aurait pour conséquence une incongruité puisque l'agent fautif profiterait de l'incertitude à laquelle il a précisément contribué<sup>252</sup>. Cette incongruité est renforcée par le fait que, dans une situation contractuelle, le débiteur de l'obligation, par exemple le médecin traitant, « profite » ainsi du caractère aléatoire de ladite obligation, car dans la plupart des cas, il n'est tenu qu'à une obligation de moyens<sup>253</sup>. En outre, en l'absence d'un risque de punition pesant « comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête du débiteur », il peut être incité à la faute intentionnelle<sup>254</sup>. Enfin, la réparation de la perte des chances offre à l'auteur d'une infraction pénale au moins une certaine punition dans le cas où il a été relaxé au pénal en raison de la persistance du doute quant à la causalité entre l'infraction et le dommage<sup>255</sup>. Certains auteurs y voient également « une fonction de peine privée »<sup>256</sup> ce qui est contestable<sup>257</sup>.

Dans la mesure où la protection des chances permet d'engager la responsabilité d'un agent fautif, qui à défaut d'une telle protection n'aurait pas été inquiété, la fonction dissuasive est évidente<sup>258</sup> : elle décourage les individus d'adopter ces comportements fautifs<sup>259</sup>. Bien que la jurisprudence ne l'évoque pas explicitement non plus, elle l'illustre par une généreuse réparation des chances perdues<sup>260</sup> et par la protection même des chances minimales<sup>261,262</sup>.

#### b.1.1.4. Réparation partielle contre « tout ou rien »

La justification de la réparation des chances perdues peut être tirée d'une comparaison juridique avec des droits étrangers qui n'optent pas en faveur d'une réparation de la perte de chance<sup>263</sup>. C'est

---

<sup>252</sup> *Ibid.*, n° 120.

<sup>253</sup> *Ibid.*, n° 121, J. Julien, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., 2017, n° 234.

<sup>254</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 122.

<sup>255</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 123, 670 et s.

<sup>256</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 283.

<sup>257</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 127 et s.

<sup>258</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 132.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>260</sup> En ce sens : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 juin 2015, n° 14-14758, RDC, 2015, p. 832, note de Y.-M. Laithier, « La perte de chance : 'arme de dissuasion' contre la rétraction fautive de la promesse unilatérale de vente ? »

<sup>261</sup> En ce sens : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-15594, RDC 2011, 83, obs. S. Carval, « Réparation d'une perte de chance de 5 % : est-ce bien raisonnable ? », *op. cit.* ; A. Guegan-Lecuyer, « L'indemnisation de la perte certaine d'une chance même faible », *Gaz. Pal.*, 23 avr. 2013, n° 13.

<sup>262</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 133 et s.

<sup>263</sup> S. Martens, R. Zimmermann, in B. Winiger, H. Koziol, B.-A. Koch et R. Zimmermann (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2 : Essential Cases on Damage, 2011, p. 1075 et s.

notamment le droit allemand qui peut être cité en exemple. Il convient tout d'abord de faire la différence entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Même si le droit de la réparation des dommages (les §§ 249 et ss. du BGB, le Code civil allemand) est le même, le premier alinéa de l'article 823 du BGB, la norme fondamentale de la responsabilité délictuelle, ne protège que les droits « absolus » tels que l'intégrité physique ou la propriété. Toutefois, dans la responsabilité contractuelle, tout dommage causé par une faute doit être réparé, sans qu'il doive être la conséquence d'une atteinte à un droit absolu au sens de l'article 823 du BGB<sup>264</sup>. Ce point est pertinent puisque le patrimoine ne constitue pas l'un des droits absolument protégés de l'article 823 du BGB<sup>265</sup>. Dès lors, dans la mesure où le dommage délictuel résultant de la perte de la chance constitue un dommage purement patrimonial, il n'est pas réparable en droit allemand<sup>266</sup>. Concernant tous les autres cas, l'idée d'une perte de chance est également écartée. Dans un arrêt de principe du Bundesgerichtshof (BGH) de 1982<sup>267</sup>, la ville défenderesse avait lancé un concours d'architecture pour un établissement thermal. Le demandeur, l'un des 42 architectes impliqués, a été illégalement exclu en raison de la soumission dite tardive de son travail<sup>268</sup>. Le BGH a rejeté le recours en indemnité. Le défendeur doit verser des dommages et intérêts et doit mettre le demandeur dans la situation où il se serait trouvé en l'absence de la négligence du défendeur (§ 249 du BGB). Toutefois, la seule possibilité pour le demandeur était de prouver qu'il aurait remporté un prix s'il avait été admis à participer, mais il n'avait pas encore apporté cette preuve<sup>269</sup>. À cet égard, selon § 252 du BGB, un gain qui aurait pu être raisonnablement escompté compte tenu du cours normal des choses ou des circonstances particulières, notamment des aménagements et des dispositions prises, est considéré comme ayant été perdu<sup>270</sup>. De même, un tribunal a refusé d'accorder des dommages-intérêts dans une affaire où le cheval du demandeur n'avait pas pu participer à une course où il avait

---

<sup>264</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 191.

<sup>265</sup> G. Wagner, *in* MüKoBGB, 8. éd. 2020, § 823, nos 423-425.

<sup>266</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 191 ; J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>267</sup> BGH NJW 1983, 442.

<sup>268</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>269</sup> *Ibid.*; S. Martens, R. Zimmermann, *in* B. Winiger, H. Koziol, B.-A. Koch et R. Zimmermann (dir.), *op. cit.*, p. 1075.

<sup>270</sup> § 252 S.2 BGB : « Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte ».

une certaine chance, mais qu'il n'était pas certain de remporter<sup>271</sup>. Bien que certains juristes<sup>272</sup> soutiennent que l'article 287 de la ZPO, qui permet aux juges d'estimer le montant des dommages-intérêts en cas d'incertitude, constitue une base suffisante pour accorder des dommages-intérêts proportionnels à la chance perdue, ils n'ont pas, jusqu'à présent, influencé la jurisprudence<sup>273</sup>. Par conséquent, le droit allemand est gouverné par un principe de « tout ou rien »<sup>274</sup>. Étant donné que le droit allemand accorde une position juridique à la chance perdue, mais qu'en fin de compte il ne laisse rien au demandeur qui ne peut satisfaire aux exigences de preuve de § 252 du BGB, certains auteurs préfèrent une responsabilité partielle à cette approche du « tout ou rien »<sup>275</sup>.

b.1.2. Une justification de la réparation des chances perdues parfois contestée<sup>276</sup>

Même si la doctrine est majoritairement favorable à la réparation des chances dans la responsabilité civile, certains auteurs, en particulier M. Borghetti, la contestent<sup>277</sup>.

Un argument évoqué en défaveur de la réparation de la perte de chance en matière délictuelle suit l'idée que la réparation de la perte de chances aboutirait à protéger le cours normal des choses. Cependant, le demandeur n'a « aucun droit à ce qu'elles (les choses) se passent comme il l'espérait »<sup>278</sup>. Au contraire, « lorsqu'il y a un contrat, celui-ci a justement pour objet de faire advenir un certain état de fait et le créancier dispose d'un droit à l'avènement de cet état de fait. (...) En revanche, en l'absence de contrat, le demandeur n'a pas de droit à la réalisation d'une situation. Dès lors, il ne peut pas se plaindre que les choses ne se soient pas passées comme elles auraient « dû » se passer<sup>279</sup>. En d'autres mots, si le demandeur veut être sûr que ses espérances se concrétiseront ou qu'une certaine situation adviendra, il est tenu de conclure un contrat. En admettant la réparation des chances perdues, « l'utilité du contrat » même est mise en question,

---

<sup>271</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1987, 691 ; S. Martens, R. Zimmermann, in B. Winiger, H. Koziol, B.-A. Koch et R. Zimmermann (dir.), *op. cit.*, p. 1076.

<sup>272</sup> H. Fleischer, *op. cit.*; N. Jansen, *op. cit.*

<sup>273</sup> S. Martens, R. Zimmermann, in B. Winiger, H. Koziol, B.-A. Koch et R. Zimmermann (dir.), *op. cit.*, p. 1076.

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> O. Moréteau, « Grundfragen des Schadenersatzrechts aus französischer Sicht », in H. Koziol (dir.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, p. 66.

<sup>276</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 164.

<sup>277</sup> *Ibid.*

<sup>278</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>279</sup> *Ibid.*

« car à quoi sert de payer le prix d'un contrat, si la responsabilité délictuelle offre une protection équivalente et gratuite ? »<sup>280</sup>.

Un autre argument hostile à la protection des chances perdues est l'absence de considération pour les opportunités créées par l'altération du cours normal des chances et l'attachement aux seules répercussions négatives d'un fait générateur de responsabilités<sup>281</sup>. En illustrant cet argument par l'exemple du cas du cheval, empêché par le comportement fautif du défendeur de participer à une course, « cette faute fait perdre au propriétaire des espérances de gain, correspondant à la probabilité que le cheval remporte un prix à l'issue de la course. Du même coup, cependant, elle augmente les espérances de gain des propriétaires des autres chevaux en lice pour la course. Dès lors, si le fautif est condamné à réparer la perte de chance du premier propriétaire, le résultat sera le suivant (en faisant abstraction des coûts de transaction) : la situation patrimoniale du propriétaire du premier cheval sera augmentée de la valeur de l'espérance de gain dont il disposait avant la faute, le fautif se trouvera appauvri de la valeur de cette même espérance, et les propriétaires des autres chevaux conserveront la valeur du surcroît de gain qu'ils ont, peut-être, obtenu du fait du forfait du premier cheval »<sup>282</sup>. C'est cette incongruité entre l'indemnisation des chances perdues et l'absence de considération de ces mêmes chances qui rend une réparation douteuse<sup>283</sup>.

Enfin, certains auteurs voient dans la protection des chances le risque d'une « paralysie sociale »<sup>284</sup>. Les sujets de droit, par crainte d'être tenus lourdement à réparation, pourraient préférer éviter tous risques, plus précisément ils pourraient préférer l'inaction à l'action<sup>285</sup>. « Une responsabilité illimitée rendrait l'action impossible »<sup>286</sup>. En particulier dans le domaine médical, où les risques font partie de la vie quotidienne, un tel développement serait donc fatal.

Dans sa thèse, Mme Vitale entreprend une tentative de réfuter ces arguments hostiles à la réparation de la perte de chance. Concernant le premier argument du « brouillage de la dichotomie entre contrat et délit »<sup>287</sup>, on peut contester l'hypothèse selon laquelle le contrat vise à protéger le cours

---

<sup>280</sup> Ibid.; L. Vitale, *op. cit.*, n° 169.

<sup>281</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 171.

<sup>282</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>285</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 173.

<sup>286</sup> P. Ricoeur, « Le juste », *Esprit*, 1995, p. 68.

<sup>287</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 169.

normal des choses, plutôt qu'à court-circuiter le cours normal des choses, et qu'il ne garantit pas toujours l'avènement d'un certain état de fait, en particulier en présence d'une obligation de moyens<sup>288</sup>. De plus, il est difficile d'imaginer qu'un contrat assure par défaut la perte d'une chance de gagner incertaine<sup>289</sup>. Il pourrait être relevé, point évident qui n'est pas abordé dans la thèse, que la réparation des opportunités perdues intervient également dans des contextes contractuels où l'argument opposé ne s'applique pas. Un exemple concret serait la perte d'une opportunité de guérison due à une erreur médicale dans le cadre d'un contrat de traitement, constituant ainsi un préjudice indemnisable<sup>290</sup>.

Concernant l'absence de considération des opportunités créées par l'altération du cours normal des choses, il convient de noter qu'un tel bénéfice n'est également pas pris en compte dans d'autres situations visées par le droit de la responsabilité civile<sup>291</sup>.

Finalement, concernant la paralysie sociale, il convient de sélectionner rigoureusement les chances qui méritent d'être protégées<sup>292</sup>.

### b.1.3. Conclusion de la sous-partie

En résumé, à cause de la reconnaissance de la valeur juridique propre d'une chance perdue, il est donc parfaitement légitime de réparer ces chances. Toutefois, il existe des cas où la chance perdue n'est pas aussi facile à démontrer que dans le cas de l'empêchement d'un cheval de participer à une course ou dans celui du billet de loterie, en raison notamment de doutes sur le lien de causalité entre fait générateur et dommage subi. Ces affaires méritent d'être examinées de plus près.

## **b.2. La justification contestée de la réparation de la chance perdue servant à pallier le lien de causalité<sup>293</sup>**

### b.2.1. Une tendance remarquable dans la jurisprudence

Après avoir établi qu'il est tout à fait légitime d'indemniser la perte d'une chance *certaine*, comme dans les cas d'une compétition ou d'une loterie, il convient d'analyser l'utilisation de la notion dans

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, n° 170.

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, n° 11-10935.

<sup>291</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 172.

<sup>292</sup> *Ibid.*, n° 173.

<sup>293</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

des situations où le recours à cette notion n'est pas aussi évident. C'est notamment en matière médicale, ou le fait générateur (par exemple, le fait qu'un médecin a mal interprété un diagnostic et n'a pas reconnu une maladie en cours de développement) ne peut être identifié avec certitude comme étant la cause du dommage ultérieur (maladie grave, mais dont il n'est pas certain que sa découverte antérieure ait changé l'état de santé du patient)<sup>294</sup>. La jurisprudence tend à constater la prévalence d'une privation certaine du blessé « *d'une chance de guérison* »<sup>295</sup>. Dans ce cas où il y a une incertitude sur l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputable au défendeur (la faute médicale prouvée) et la lésion subie par le demandeur (le dommage final, à savoir le décès ou l'aggravation de l'état du malade), pour éviter de refuser toute indemnisation, les tribunaux ont alors fait abstraction du dommage final et lui ont substitué un diminutif abstrait de ce préjudice, à savoir la perte de chance de ne pas mourir ou de guérir<sup>296</sup>.

#### b.2.2. Une distinction des hypothèses incontestée dans la doctrine

Vu l'incertitude (incontestée) sur l'existence d'un lien de causalité, la doctrine est loin d'être unanime sur la question de la qualification de la notion<sup>297</sup>. Certains auteurs distinguent selon « l'hypothèse classique » dans laquelle il existe une perte certaine (la perte du billet de loterie) et l'incertitude porte seulement quant aux conséquences de celui-ci et l'hypothèse où l'incertitude porte sur l'existence même d'une perte (l'erreur de diagnostic)<sup>298</sup>. D'autres préfèrent une distinction entre la perte de chance dite « positive »<sup>299</sup> ou « bonne »<sup>300</sup> qui sert à pallier l'incertitude du dommage final (la course à laquelle le cheval ne peut pas participer) et à perte de chance dite négative ou « mauvaise » qui sert à pallier l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final (la responsabilité médicale)<sup>301</sup>. Il y a une tendance dans la doctrine qui considère le cas dans lequel une personne a manqué à son obligation d'information et par cela a privé le bénéficiaire de l'information de la possibilité de faire un choix éclairé, comme une troisième

---

<sup>294</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>295</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 369 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 1965, JCP 1966, II, 14753.

<sup>296</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.* ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, p. 370.

<sup>297</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> F. Leduc, *op. cit.*

<sup>300</sup> O. Deshayes, « Perte de chance », *op. cit.*

<sup>301</sup> *Ibid.*

hypothèse, en plus de la distinction élaborée ci-dessus<sup>302</sup>. Est incontestée dans la doctrine l'application de la notion de perte de chance dans la première hypothèse, dans laquelle l'incertitude porte seulement sur les conséquences de la perte certainement perdue (*v. supra*)<sup>303</sup>. Cependant, la doctrine n'est pas du tout unanime dans l'application de la notion dans la deuxième hypothèse, à savoir l'incertitude concernant le lien de causalité<sup>304</sup>.

b.2.3. L'absence de consensus doctrinal sur la qualification juridique de la notion<sup>305</sup>

Concernant la deuxième hypothèse dans laquelle la jurisprudence applique la notion de la perte de chance, les auteurs ont exprimé des avis très divers<sup>306</sup>. Certains auteurs estiment que la perte de chance est seulement un type de préjudice particulier qui ne saurait être utilisé pour masquer une incertitude sur la causalité<sup>307</sup>. Cela permettrait d'introduire un élément d'arbitraire dans le droit<sup>308</sup>. Ces auteurs optent pour le respect des règles de la responsabilité civile, selon lesquelles seules les chances certainement perdues ouvrent droit à une réparation<sup>309</sup>. En droit médical, cette déformation est très visible<sup>310</sup>. M. Penneau l'a bien résumé : traditionnellement, la perte de chance suppose « qu'un processus porteur de gain ou de perte a été interrompu : le cheval n'ayant pu prendre part à la course, l'étudiant n'ayant pas pu participer à l'examen ou au concours ; et la question posée est bien de savoir ce qui serait arrivé si le processus n'avait pas été interrompu : le cheval aurait-il gagné la course, l'étudiant aurait-il été reçu ou recalé ? »<sup>311</sup>. Mais concernant le dommage corporel imputable à une faute médicale, « le processus est allé jusqu'à son terme : le patient est mort ou il est invalide. Le préjudice est donc évident. Mais on ne sait pas quelle en est la cause : la faute du médecin ou, dans le cas habituel, l'évolution spontanée de la maladie ». Par conséquent, « ce n'est

---

<sup>302</sup> J.-S. Borghetti, « La faible chance revient en force », *op. cit.*, p. 27.

<sup>303</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> C. Sintez, *op. cit.*

<sup>306</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 371.

<sup>307</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.* ; J.-S. Borghetti, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », RDC 2008, p. 769.

<sup>308</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, p. 371.

<sup>309</sup> O. Deshayes, « Perte de chance », *op. cit.*

<sup>310</sup> C. Corgas-Bernard, *op. cit.*

<sup>311</sup> J. Penneau, obs. sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 1990, n° 88-14.797, D. 1991. 183, p. 375.

plus un problème de préjudice, mais un problème de causalité (...) »<sup>312</sup>. Et dans ce cas, « la solution doit être celle du tout ou du rien », mais non pas un recours à la réparation partielle de la perte de chance<sup>313</sup>.

Le recours à la perte de chance dans ces situations est également discutable pour d'autres raisons. Ainsi, en cas de responsabilité complète du médecin, son traitement est de plus en plus systématiquement considéré comme une *obligation de résultat*<sup>314</sup>. L'argument de la paralysie sociale, déjà évoqué, peut également être cité dans ce contexte<sup>315</sup>. Enfin, une comparaison avec le droit pénal médical est également utile : ainsi, un médecin dont un faute médical n'est pas dans un lien de causalité certain avec le dommage final peut être acquitté pénalement, mais sa responsabilité civile peut être engagée<sup>316</sup>. Ce résultat est contestable au regard du principe de l'unité de l'ordre juridique<sup>317</sup>. Enfin, et cela est souvent ignoré par les auteurs en faveur de l'utilisation de la notion de la perte de chance dans ce cas, il peut arriver qu'un médecin commette une faute médicale prouvée, mais que le patient ne subisse aucun préjudice. Dans ce cas, suivant strictement l'idée de la perte de chance, même ce patient devrait avoir droit à des dommages et intérêts, car l'action du médecin pourrait l'avoir privé d'une chance de guérison en raison de son erreur<sup>318</sup>.

En revanche, d'autres auteurs approuvent l'utilisation de la notion dans ce cas, car elle permet d'accorder au demandeur au moins une réparation partielle dans des situations où même en présence d'une faute prouvée du médecin, la victime ne pouvait pas autrefois demander des dommages et intérêts<sup>319</sup>. Une cour anglaise l'a formulé de la manière suivante : « Il n'appartient pas au malfaiteur, qui a mis la possibilité de guérison au-delà de la réalisation, de dire par la suite que le résultat était inévitable »<sup>320</sup>. Cela pourrait conduire à décharger totalement les médecins de toute

---

<sup>312</sup> *Ibid.*

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>315</sup> *Ibid.*

<sup>316</sup> Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, 3<sup>e</sup> éd. (1996), n° 598

<sup>317</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>318</sup> *Ibid.*

<sup>319</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.* ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 371 et s.

<sup>320</sup> *Herskowitz c. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P. 2d 474, 476-477 (1983): « It is not for the wrongdoer, who put the possibility of recovery beyond realization, to say afterward that the result was inevitable [...] To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence. »

responsabilité même en cas d'erreurs de traitement flagrantes, ce qui est jugé injuste<sup>321</sup>. La même argumentation est proposée vis-à-vis des manquements aux devoirs d'information et de conseil<sup>322</sup>.

D'autres veulent même aller plus loin, notamment dans le domaine médical, et accorder une indemnisation intégrale pour le dommage corporel, compte tenu de l'intérêt protégé (la vie et la santé) en question<sup>323</sup>.

Enfin, pour d'autres il faut distinguer entre les hypothèses d'augmentation des risques, dans lesquelles un aléa préexiste et celle où il y a création de risques nouveaux dans lesquelles un aléa n'a pas préexisté<sup>324</sup>. En cas d'aléa préexistant, le patient qui n'a plus que des chances » peut réclamer leur indemnisation<sup>325</sup>. En revanche, lorsque, au moment de la faute médicale, le patient n'était pas « engagé dans un processus morbide évolutif », il a alors toutes ses chances d'éviter le dommage, ce qui justifiait l'indemnisation seulement si la causalité est établie<sup>326</sup>.

#### b.2.4. Une solution dans le droit matériel contre une solution dans le droit procédural<sup>327</sup>

Par un élargissement de la perspective, nombreux auteurs ont trouvé une autre possibilité. Plutôt que d'assouplir les conditions matérielles, c'est que l'on a considéré comme la « grande » solution, un allègement de la charge de la preuve dans le domaine du droit procédural pourrait aussi être une « petite » solution agréable<sup>328</sup>. Concrètement, un tel allègement signifierait un rapprochement avec le droit de procédure civile anglais, dont le test de la « *balance-of-probabilities* » impute le fait générateur au dommage avec une probabilité prépondérante simple<sup>329</sup>.

En droit allemand, le législateur a codifié le renversement de la charge de la preuve, antérieurement pratiqué par le BGH, en modifiant les règles relatives au contrat de traitement dans le droit de la

---

<sup>321</sup> *Ibid.* ; H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>322</sup> H. Barbier, « Toute perte de chance ouvre droit à réparation », RTD civ. 2020, p. 629.

<sup>323</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, p. 371 ; H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> F. Chabas, « La perte d'une chance en droit français », *colloque sur les Développements récents du droit de la responsabilité civile*, publications du Centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131 s.

<sup>326</sup> *Ibid.*, G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 371 et s.

<sup>327</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>328</sup> *Ibid.*, G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 371 et s.

<sup>329</sup> *Ibid.*

responsabilité du médecin<sup>330</sup>. L'alinéa 5, première phrase, du paragraphe 630 h du BGB dispose que « en cas d'une faute grave de traitement, susceptible de provoquer une atteinte à la vie, au corps ou à la santé de l'espèce qui s'est effectivement produite, l'erreur de traitement est présumée être à l'origine de cette lésion. »<sup>331</sup> La solution procédurale éviterait que le droit matériel ne se dissipe sans négliger les besoins du patient et le sens de la justice de la doctrine.

#### b.2.5. Conclusion de la partie

On a vu qu'hormis dans « l'hypothèse classique » de la perte d'une chance certaine, la justification du recours à la notion de la perte de chance est très contestée dans la doctrine. En l'absence d'un positionnement par le législateur, la jurisprudence vient à continuer de pratiquer le recours. Après avoir vu la justification des différentes hypothèses de la notion et le débat accessoire, reste à déterminer le régime, à savoir l'encadrement de la réparation de la perte de chance.

### **3. L'ENCADREMENT DE LA RÉPARATION DE LA PERTE DE CHANCE**

Pour qu'une chance perdue soit réparable, elle doit satisfaire aux exigences posées par la doctrine. Cette appréciation des conditions de façon large se heurte à des critiques doctrinales. En outre, la méthode de l'évaluation de l'indemnisation due au demandeur reste à commenter. Il convient d'analyser le débat doctrinal quant aux conditions de sa réparation (A.) avant de déterminer les critères utilisés par la jurisprudence pour évaluer le dommage (B.).

#### **3.1. Le débat doctrinal quant aux conditions de la réparation de la perte de chance**

##### 3.1.1. L'évolution jurisprudentielle

Comme l'on a déjà vu, le caractère sérieux de la chance perdue s'apprécie d'un point de vue quantitatif, la chance doit être « fondé », et non pas substantielle<sup>332</sup>. Cela veut dire que le demandeur doit présenter des arguments concrets et rationnels en faveur de l'existence de la chance et ne peut pas se contenter de présenter des éventualités générales et théorétiques<sup>333</sup>. En droit

---

<sup>330</sup> H. Fleischer, *op cit.*; § 630 h Abs. 5 S. 1 BGB : « Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war ».

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> A. Guegan-Lecuyer, *op.cit.*; S. Carval, note sous. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1er juillet 2010 n° 09-15594, RDC 2011, 83.

<sup>333</sup> *Ibid.*

français, un dommage est un dommage, peu importe qu'il soit faible du moment qu'il est certain<sup>334</sup>. Il n'y a pas un filtre des demandes en fonction de la gravité de la probabilité dont l'existence est avérée<sup>335</sup>. Cela a conduit la jurisprudence à admettre que même une chance minimale de 5%<sup>336</sup>, qui est certaine, et qu'une chance, même faible<sup>337</sup>, est indemnisable.

Dans deux arrêts de 2014, la jurisprudence semble opter pour l'introduction d'un seuil de probabilité, selon lequel seulement les chances présentant une certaine importance, dites les « *chances raisonnables* » étaient indemnisables<sup>338</sup>. Mais avec un arrêt de 2016, la Cour de cassation vient de réaffirmer sa position antérieure en clarifiant que « toute perte de chance ouvre droit à réparation » et « une chance, même minimale » est indemnisable<sup>339</sup>.

### 3.1.2. La critique doctrinale

Cette évolution jurisprudentielle fait l'objet des vives critiques doctrinales.

Tout d'abord, en vue de la référence temporelle à la notion de la « chance raisonnable », il se pose la question de savoir comment on peut la concilier avec la jurisprudence antérieure et postérieure. En utilisant la distinction doctrinale entre le « *dommage* » qui peut être défini comme l'atteinte à une personne, à une chose, à un droit ou à une situation et le « *préjudice* » qui peut être défini comme recouvrant les conséquences négatives de cette atteinte, qui peuvent être d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial<sup>340</sup>, M. Borghetti essaie de l'entreprendre : « lorsque le dommage invoqué consiste en une perte de chance, les préjudices qui en découlent ne sont indemnisables que s'ils sont directs et certains (exigence classique) et si, en outre, la chance perdue en laquelle consiste le dommage était raisonnable ; en revanche, quand le dommage est certain et que la perte de chance invoquée par le demandeur constitue simplement un préjudice résultant de ce dommage, cette perte de chance est réparable dès lors que la chance perdue était réelle, indépendamment de toute considération relative à son ampleur, et peu importante dès lors qu'elle a été faible »<sup>341</sup>. En ce qui

---

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010 n° 09-15594, RDC 2011, 83.

<sup>337</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 2013, n° 12-14439, F-PBI, JCP G 2013, obs. P. Stoffel-Munck.

<sup>338</sup> J.-S. Borghetti, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 2014 nos 13-16.380, Bull. 2014, I, n° 76 et 12-22.567, Bull. 2014, I, n° 78, JCP G 2014. 815.

<sup>339</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct 2016, nos 15-23230 et 15-26146, F-PB; J.S. Borghetti, « La faible chance revient en force », RDC 2017, n° 113w1, p. 27.

<sup>340</sup> J.-S. Borghetti, « La perte de chance, rapport introductif », *op. cit.*

<sup>341</sup> J.S. Borghetti, « La faible chance revient en force », *op. cit.*

concerne l'exigence classique, un exemple concret serait celui où une personne se plaint d'avoir été mal informée ou mal conseillée, la privant ainsi de la possibilité de faire un choix plus éclairé que celui qu'elle a finalement fait. D'un autre côté, le dommage est certain lorsqu'un client d'un avocat, entravé par la faute de ce dernier dans sa tentative de faire appel d'un jugement, cherche à être indemnisé pour la perte de chance d'obtenir une réformation de ce jugement<sup>342</sup>. Mais, selon l'auteur, une telle lecture des arrêts exige des connaissances approfondies du droit ce qui est contraire à l'approche qui vise à rendre le droit pleinement accessible<sup>343</sup>.

En outre, bien que cela soit compréhensible d'un point de vue dogmatique, la doctrine se pose la question de l'opportunité de la solution, notamment à cause du fait qu'elle encourage inutilement les contentieux<sup>344</sup>.

### 3.1.3. Un encadrement des conditions nécessaires en vue du débat doctrinal ?

Vu la critique existant en ce qui concerne l'utilisation de la notion de perte de chance dans la doctrine, certains auteurs constatent des risques de « dévoiement » (a.)<sup>345</sup>. Enfin, il convient d'analyser les solutions proposées vis-à-vis cette constatation (b.).

#### 3.1.3.1. Les risques de dévoiement

Une partie de la doctrine considère le recours à la notion de perte de chance comme exagéré, notamment dans les situations où elle est utilisée pour masquer les doutes quant au lien de causalité, ainsi que dans les situations où même des chances minimales sont réparées (v. *supra*). Cela fait suite à l'argument selon lequel la pratique de la jurisprudence ne peut qu'inciter les demandeurs en responsabilité « à tenter leur chance » avec l'invocation de la perte de chance, fût-elle minimale, car cela ne leur coûte pas grand-chose et peut toujours leur rapporter quelque chose<sup>346</sup>. D'un point de vue plus large, cela encourage bien évidemment un contentieux dont l'utilité pour les parties et pour la société est contestée, en particulier parce que les ressources collectives par rapport au bénéfice qui peut être retiré d'un tel procès semblent disproportionnées<sup>347</sup>. Cette estimation n'est pas

---

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> *Ibid.*; S. Carval, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010 n° 09-15594, RDC 2011, 83.

<sup>345</sup> P. Brun, « Perte de chance : les risques de dévoiement », LPA 31 oct. 2013, n° PA201321809, p. 49.

<sup>346</sup> J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : La Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *op. cit.*

<sup>347</sup> *Ibid.*

partagée par tous<sup>348</sup>. En absence des travaux mesurant les effets économiques concrets des règles du droit de la responsabilité civile, les conséquences économiques de cette pratique des tribunaux français, notamment par rapport à la pratique opérée dans les droits étrangers, ne peuvent pas être estimées de manière réaliste<sup>349</sup>. Néanmoins, la doctrine a tenté de déterminer la proportion de décisions des juridictions civiles faisant référence à la perte de chance sur une période de temps<sup>350</sup>. L'objectif de ces efforts n'était pas de mesurer le nombre exact de décisions dans laquelle la notion est invoquée ou mise en œuvre, mais plutôt d'estimer une tendance. Dans ce but, M. Borghetti a dénombré les décisions de la Cour de cassation dans lesquelles figure l'expression « perte de chance », et celles dans lesquelles on trouve les termes « perte » et « chance », sur la période 2006 - 2015<sup>351</sup>. *Grosso modo*, le nombre des décisions de la Cour de cassation dans lesquelles il est question de perte de chance, s'est multiplié par trois sur cette période de 10 ans (de 1,06 % en 2006 à 2,87 % en 2016)<sup>352</sup>. Même si ce chiffre semble encore faible, il convient de le replacer dans le contexte. Ainsi, seuls les arrêts qui utilisent exactement la terminologie prescrite seront pris en considération<sup>353</sup>. Le nombre d'arrêts qui traitent effectivement la question de la perte de chance devrait donc être beaucoup plus élevé<sup>354</sup>. Deuxièmement, l'étude couvre tous les jugements de la Cour. Le nombre de décisions relatives à l'octroi de dommages et intérêts est bien entendu nettement inférieur. Enfin, seuls les arrêts de la Cour de cassation sont pris en considération. De nombreux cas où les juges du fond font référence à cette notion n'atteignent pas la haute juridiction. En résumé, il est possible de chiffrer une augmentation considérable du nombre de cas de perte de chance, ce qui sous-entend la thèse du dévoiement.

### 3.1.3.2. Les solutions proposées par la doctrine

Une approche assez simple est d'introduire dans la définition des conditions pour la réparation de la perte de chance un certain degré de certitude requis. On peut s'inspirer, comme il semblait que la

---

<sup>348</sup> O. Moréteau in H. Koziol, *op. cit.*, p. 66.

<sup>349</sup> J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *op. cit.*

<sup>350</sup> J.-S. Borghetti, « La faible chance revient en force », *op. cit.* ; L. Vitale, *op. cit.*, Annex I et II.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> *Ibid.*

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> *Ibid.*

Cour de cassation l'a fait<sup>355</sup>, de la proposition de Mme. Bacache qui veut soumettre la réparation de la perte de chance « à un seuil raisonnable de gravité »<sup>356</sup>. Le droit international privé constitue également une source d'inspiration précieuse à cet égard<sup>357</sup>. C'est ainsi que le *Draft Common Frame of Reference* écarte la réparation des préjudices minimes<sup>358</sup>. La question est de savoir s'il appartient à la jurisprudence ou plutôt au législateur d'introduire et de définir un tel seuil<sup>359</sup>. Selon M. Leduc, « la Haute juridiction répugne à poser un tel taux-plancher, semblable initiative relevant plutôt de la compétence du législateur »<sup>360</sup>. Le projet de la réforme de la responsabilité civile ne traite pas de cette question<sup>361</sup>.

Une autre proposition faite dans la doctrine nécessite une compréhension plus profonde de la réparation de la perte de chance en droit de la responsabilité civile. Selon cette proposition, il est utile de distinguer les différents cas de figure dans lesquels la jurisprudence applique la notion<sup>362</sup>. Il convient de suivre la classification déjà mentionnée des cas dont la réparation d'une perte de chance est admise dans l'hypothèse « classique » de la perte certaine (la perte d'une espérance de gains consécutive à l'interruption d'un processus à l'issue incertain), dans l'hypothèse où la perte de chance sert à pallier l'incertitude quant au lien de causalité et dans l'hypothèse particulière du manquement à une obligation d'information<sup>363</sup>. D'autres auteurs proposent une distinction moins dogmatique, mais sur la base de situations fréquentes dans lesquelles la notion est invoquée. Ce sont notamment la perte d'une chance de gagner, la perte d'une chance de guérison ou de survie et la perte d'une chance de gagner un procès<sup>364</sup>. Cette distinction permet de traiter chaque groupe de cas ou hypothèse d'une manière différente, notamment en limitant le champ d'application à certains de

---

<sup>355</sup> J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : La Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *op. cit.*

<sup>356</sup> M. Bacache, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *RD*, 2013, p. 619, n° 15.

<sup>357</sup> S. Carval, « Réparation d'une perte de chance de 5% : est-ce bien raisonnable ? », *op. cit.*

<sup>358</sup> *Draft Common Frame of Reference*, C. von Bar, éd. Sellier, 2009: art 6: 102: De minimis rule: « Trivial damage is to be disregarded ».

<sup>359</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 1038.

<sup>360</sup> F. Leduc, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 2013, *RCA*, 2013, comm. N° 108.

<sup>361</sup> L. Vitale, *op. cit.*, n° 1038.

<sup>362</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>363</sup> J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : La Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *op. cit.*

<sup>364</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

ces hypothèses<sup>365</sup>. Cette approche séduit particulièrement dans la mesure où il est possible de prendre une décision pondérée dans chaque situation. Par exemple, dans la réforme du droit des obligations de 2016, le législateur a introduit l'art. 1112 s. du Code civil, qui dit que « la réparation du préjudice qui en (faute commise dans les négociations) résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

Le débat<sup>366</sup> et la réaction législative<sup>367</sup> autour de l'arrêt « *Perruche* » plaident en faveur d'une telle approche différenciée<sup>368</sup>.

Dans le domaine du droit de la responsabilité médicale, où les avis divergent quant à la justification de la perte de chance, un débat ciblé serait également possible. Ainsi, dans ces cas caractérisés par une incertitude quant au lien de causalité, certains auteurs souhaitent une réparation intégrale. D'autres veulent exclure totalement ces cas du champ d'application de la notion et préfèrent une solution du « tout ou rien » (v. *supra*).

De même, les solutions déjà utilisées dans d'autres systèmes juridiques, par exemple dans le domaine de la responsabilité professionnelle, telles que la facilitation de la preuve ou le renversement de la charge de la preuve, pourraient être intégrées de manière plus élégante dans le système existant sans risque de rupture du système<sup>369</sup>. Ainsi, la jurisprudence allemande se montre très sensible au client dans le cadre du processus de recours contre son avocat qui a commis une faute en lui offrant des facilités de preuve étendues, en attribuant seulement la faute de l'avocat, mais pas le développement ultérieur au domaine de la causalité<sup>370</sup>. Dans le même sens, la solution du renversement de la preuve est déjà connue en matière médicale avec l'art. 630 h al. 5 du BGB (v. *supra*).

Elle permet également de mieux résoudre les problèmes d'évaluation des dommages, qui varient également selon les cas (v. *infra*).

---

<sup>365</sup> J.-S. Borghetti, « Réparation de la perte de chance : La Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue », *op. cit.*

<sup>366</sup> Voir en ce sens: G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n°249-6, n° 41.

<sup>367</sup> L'Art. 1<sup>er</sup>-I, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a disposé « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

<sup>368</sup> Ass. plén., 17 novembre 2000, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 9, *D.* 2001, p. 332.

<sup>369</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>370</sup> BGH NJW 1988, 2380, 2381 ; NJW 1993, 1320, 1322.

Une troisième approche va encore plus loin et pose, dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle, la question de savoir si les dommages dits « économiques purs » sont par principe de nature réparable<sup>371</sup>. Cela suit une comparaison de l'art. 1240 C. civ. qui ne fait aucune distinction ou hiérarchie entre les intérêts protégés par la responsabilité civile et l'art. 823 du BGB qui contient une liste non exhaustive des intérêts protégés dont la lésion est susceptible de donner lieu à une réparation et qui, selon l'opinion unanime dans la doctrine, exclut la réparation des dommages « économiques purs » (v. *supra*). Selon cette opinion, le système français de protection intégrale n'est, d'une part, pas dogmatiquement cohérent<sup>372</sup>. En cas d'illicéité de l'intérêt lésé (le demandeur qui se plaint de la destruction accidentelle de stupéfiante), une action en responsabilité ne réussit pas, car il n'y a pas de préjudice aux yeux de droit (ce qui est différent dans l'hypothèse du passager sans billet blessé lors du déraillement du train)<sup>373</sup>. En outre, en droit français actuel « tout grief n'est pas nécessairement réparable »<sup>374</sup>. D'autre part, la société et ses sensibilités se sont développées durant les 200 dernières années<sup>375</sup>. Les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas penser à toutes sortes de dommages, comme l'atteinte à l'environnement, au respect de la vie privée ou à une vie sexuelle normale en témoignent<sup>376</sup>. Il faut plutôt hiérarchiser ses intérêts. Une telle hiérarchie est même proposée : on peut apercevoir les intérêts qui visent à la protection de l'intégrité physique de la personne, à la protection de l'intégrité matérielle des biens corporels, et les intérêts incorporels auxquels l'ordre social et juridique accordent une importance particulière (ex. respect de la vie privée ou honneur)<sup>377</sup>. Les autres intérêts incorporels qui ne bénéficient pas d'une telle protection spécifique, comme le « préjudice économique pur » ne doivent pas nécessairement être susceptible d'être réparable<sup>378</sup>. Cela suit l'interprétation de Mme. Viney selon laquelle la responsabilité civile n'est pas faite « pour réparer intégralement tous les dommages imaginables, mais pour répondre à une demande sociale de compensation qui est plus ou moins

---

<sup>371</sup> J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*

<sup>372</sup> *Ibid.*

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> *Ibid.*

<sup>375</sup> *Ibid.*

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> *Ibid.*

impérieuse et plus ou moins légitime selon la nature de l'intérêt atteint et la gravité du préjudice »<sup>379</sup>.

#### 3.1.4. Conclusion de la sous-partie

Après avoir vu les nombreuses critiques doctrinales concernant les conditions de la réparation de la perte de chance, notamment vu le « risque de dévoiement », et les solutions proposées quant à l'encadrement des conditions de cette réparation, il reste à déterminer les critères utilisés par la jurisprudence pour évaluer le dommage afin de proposer une réponse à la problématique soulevée.

### **3.2. La méthode critiquable de l'évaluation de l'indemnisation de la perte de chance**

#### 3.2.1. L'évaluation de la perte de chance de lege lata

Concernant l'évaluation du dommage subi par le demandeur, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation<sup>380</sup>. Néanmoins, la Cour de cassation a posé quelques exigences en jugeant que « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>381</sup>. En d'autres mots, les juges doivent mesurer l'avantage qu'aurait procuré la chance en cas de sa réalisation, à savoir le dommage final (v. *supra*). La réparation de la chance perdue est nécessairement inférieure, à savoir « partielle » à celle du dommage final<sup>382</sup>. Concernant le calcul des dommages et intérêts, il convient de multiplier le valeur du dommage final par la probabilité de leur réalisation<sup>383</sup>. En termes mathématiques, cela donne la formule  $I = p \times G$ , où I correspond au montant des dommages et intérêts devant être accordés, G aux gains attendus en cas de réalisation de la chance (à savoir le dommage final) et p à la probabilité de réalisation de cette chance<sup>384</sup>. Dans la recherche de cette probabilité, le juge est tenu de prendre en compte les faits présentés, notamment l'état de santé du patient, les avis des experts ou les attestations de performance déjà déposés<sup>385</sup>.

#### 3.2.2. La critique doctrinale vis-à-vis cette méthode

---

<sup>379</sup> G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, n° 65.

<sup>380</sup> Notamment Cass. com., 9 mars 2010 : Bull. civ. IV, n° 46, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1er juill. 2010, n° 09-15594, Cass. com., 29 juin 2011, n° 10-16464, Cass. soc., 5 juill. 2011, nos 09-70473 et 09-70475.

<sup>381</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 septembre 2014, n° 13-10.414.

<sup>382</sup> O. Sabard, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », *op. cit.*

<sup>383</sup> A. Pinna, *op. cit.*, n° 285.

<sup>384</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *op. cit.*

<sup>385</sup> O. Sabard, *op. cit.*

Cette méthode d'évaluation des dommages et intérêts s'est heurtée à des vives critiques dans la doctrine, notamment à cause de l'imprécision et l'incertitude liées à cette méthode<sup>386</sup>. Selon M. Savatier, la perte de chance, c'est « le paradis des juges indécis »<sup>387</sup>. Souvent, on est dans une situation où il est presque impossible d'estimer la probabilité. Pour revenir à l'exemple du cheval qui a été empêché de participer à une course. Comment calculer les probabilités? Si c'était l'un des cinq chevaux participants, la chance de gagner serait-elle de 20%? Mais une telle solution ne prend pas en compte la forme du jour, les capacités et les expériences des autres chevaux. C'est également le cas dans l'hypothèse où non seulement l'ampleur de la perte, mais aussi le lien de causalité est incertain, à savoir un « redoublement d'incertitude » qui se manifeste dans une estimation de la valeur des deux termes G et p<sup>388</sup>. Le juge, contraint de le faire quand même, utilise des critères souvent peu transparents pour les chiffrer<sup>389</sup>. Cela conduit, dans une multitude des cas, à des évaluations judiciaires « approximatives, voire artificielles, pour ne pas dire arbitraires »<sup>390</sup>. Dans le domaine des transactions boursières, le recours à la perte de chance s'avère particulièrement grave. Un tel recours procède d'une confusion entre la dimension collective du dommage et l'existence de préjudices individuels<sup>391</sup>. En cas de diffusion d'une information erronée, la méthode d'évaluation utilisée par la jurisprudence fait uniquement référence aux investissements alternatifs<sup>392</sup>. Par cela, la situation individuelle de chaque investisseur est totalement ignorée<sup>393</sup>. Peu importe pour cette méthode que les actionnaires aient acquis leurs titres avant ou après la diffusion de la fausse information, ou qu'ils les aient successivement revendus ou conservés<sup>394</sup>.

### 3.2.3. L'évaluation de la perte de chance de *lege ferenda*

---

<sup>386</sup> *Ibid.*

<sup>387</sup> R. Savatier, «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?», D. 1970, p. 123, spéc. p. 125.

<sup>388</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *op. cit.*

<sup>389</sup> O. Sabard, *op. cit.*

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>391</sup> Club des juristes, *op. cit.*, Rapport Nov. 2014.

<sup>392</sup> *Ibid.*

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> *Ibid.*

Compte tenu des nombreuses critiques émises, la doctrine a élaboré un certain nombre de solutions que le législateur pourrait adopter dans le cadre d'une future réforme du droit des dommages et intérêts.

Il convient d'utiliser une méthode différente pour chaque hypothèse. Ainsi, dans le cas de distribution uniforme des résultats où les probabilités statistiques permettent de calculer la probabilité (par exemple le tirage de loterie), le principe de la raison insuffisante de Laplace<sup>395</sup> constitue une bonne alternative qui peut aider dans des calculs plus complexes. Selon Laplace, le principe peut être décrit comme suit : « Si l'on n'a pas de raison de considérer l'un des résultats de l'expérience comme plus probable que les autres, alors tous sont également probables et l'on peut appliquer la règle du 'favorable sur possible' »<sup>396</sup>. Concernant l'arbitrage, on peut avoir recours à des méthodes utilisées dans d'autres métiers comme celle des *discounted cash flow*<sup>397</sup>.

En outre, le droit allemand semble, sur cet aspect, plus performant<sup>398</sup>. L'article 842 du BGB exprime la substituabilité des inconvénients pour l'acquisition et la progression. La jurisprudence applique trois étapes consécutives pour le calcul du préjudice professionnel. Il convient tout d'abord de déterminer la situation actuelle des revenus de la personne lésée, c'est-à-dire les revenus qu'elle a déjà effectivement perçus, et de les reporter à l'avenir. La deuxième étape consiste à déterminer le flux de revenus hypothétique qui se serait produit si le fait dommageable n'avait pas été causé. Il y a lieu de tenir compte également des augmentations de salaire que la victime aurait obtenues grâce à des promotions ou à d'autres promotions si la blessure ne l'avait pas empêchée de le faire. La troisième étape consiste à établir la différence entre la situation hypothétique du revenu sans la lésion et la situation hypothétique du revenu avec la lésion qui constitue la lésion professionnelle<sup>399</sup>. L'idée de la culpabilité solidaire, la prise en compte du comportement du demandeur (§ 254 al. 1 du BGB), constitue également une source d'inspiration précieuse<sup>400</sup>.

---

<sup>395</sup> P.-S. Laplace, *Théorie analytique des probabilités*, 1812.

<sup>396</sup> *Ibid.*, M. Borovcnik, *Stochastik im Wechselspiel von Intuition und Mathematik*, BI Wissenschaftsverlag 1992, p. 99.

<sup>397</sup> J.-S. Borghetti, « L'évaluation du préjudice en cas de perte de chance », *op. cit.*, p. 411.

<sup>398</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>399</sup> G. Wagner, in *MüKoBGB*, 8. éd., 2020, BGB § 842, n° 18.

<sup>400</sup> § 254 al. 1 du BGB: « Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist » (« En cas de participation fautive de la victime à la survenance du dommage, l'obligation de réparation ainsi que l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances, en particulier de la mesure dans laquelle le dommage a été principalement causé par l'une ou l'autre partie »).

Dans les cas où les chances de gagner un procès sont perdues, il convient d'examiner de manière superficielle l'affaire d'origine qui aurait dû être tranchée si l'avocat n'avait pas commis la faute, à la manière d'un juge de référé<sup>401</sup>.

De plus, la doctrine a proposé d'introduire des barèmes officiels pour faciliter le travail des juges<sup>402</sup>. Cependant, cette proposition a été sévèrement critiquée par certains auteurs, car elle ne tiendrait pas suffisamment compte des circonstances individuelles à chaque cas<sup>403</sup>.

Enfin, la doctrine est unanime dans l'exigence exprimée à l'égard de la jurisprudence de mieux motiver ses décisions<sup>404</sup>. En particulier, pour répondre à l'allégation d'arbitraire dans le calcul des dommages-intérêts, il conviendrait à l'avenir d'énoncer clairement les critères utilisés par le juge pour évaluer le montant des dommages-intérêts. Cela ne doit pas modifier la méthodologie de la jurisprudence française, un paragraphe supplémentaire suffirait<sup>405</sup>.

---

<sup>401</sup> H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>402</sup> J.-S. Borghetti, « La faible chance revient en force », *op. cit.*

<sup>403</sup> O. Sabard, *op. cit.*

<sup>404</sup> *Ibid.*, J.-S. Borghetti, « La faible chance revient en force », *op. cit.*

<sup>405</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION

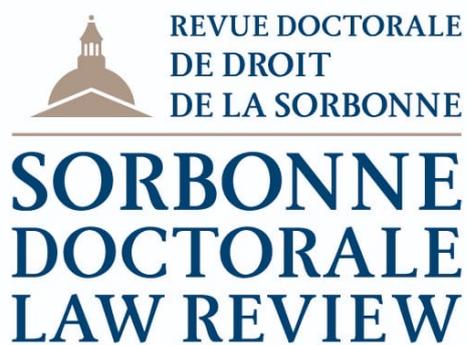
On a vu que la réparation des chances perdues, notamment dans l'hypothèse dite « classique » où il est certain que la chance est perdue, est bien légitime d'ouvrir droit à une réparation (I. A.). Cette constatation constitue la première partie de la réponse à notre question : les systèmes juridiques qui, jusqu'à présent, refusent de réparer une perte de chance certaine se trouvent confrontés à des arguments dogmatiques qui font qu'un refus de principe de réparer la perte de chance semble dépassé<sup>406</sup>. À cet égard, le système français peut certainement servir d'inspiration. Cependant, une partie de la doctrine s'oppose, avec de justes arguments, à la pratique de la jurisprudence française qui passe régulièrement du doute sur le lien de causalité entre fait générateur et dommage par un recours à la notion de perte de chances, notamment en matière médicale (I. B.). En outre, la doctrine critique la réparation de la perte de chance. D'une part, le principe selon lequel toute chance perdue, même minime, offre un droit à réparation est très controversé (II. A.). D'autre part, des doutes substantiels sont exprimés quant à la manière dont le juge a fixé le montant des dommages et intérêts (II. B.). Par conséquent, dans la seconde partie de la réponse à la problématique, on peut dire que, compte tenu des limites du modèle français, celui-ci doit encore évoluer pour pouvoir devenir un modèle exportable. En tous cas, une réflexion sur la matière apparaît indispensable. En ce moment, le changement climatique et l'évolution de la société posent à la jurisprudence la question de savoir si « une pollution peut entraîner la perte d'une chance de visiter une région et de jouir de ses curiosités environnementales »<sup>407</sup>. Le dommage environnemental<sup>408</sup> pourrait-il amener d'autres ordres juridiques à réparer les chances perdues dans le sens du modèle français ? C'est tout à fait possible.

---

<sup>406</sup> V. en ce sens: H. Fleischer, *op. cit.*

<sup>407</sup> O. Sutterlin, « L'évolution monétaire des nuisances », n° 168.

<sup>408</sup> G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.*, n° 280.



## **ÉTUDE COMPARATIVE DU RÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC EN DROIT CORÉEN**

Seungbeom SIM\*

### **Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>115</b>
<b>I. LA STRUCTURE DU MINISTÈRE PUBLIC CORÉEN</b>	<b>116</b>
1.1. La particularité de l'organisation	116
1.2. La hiérarchie de l'organisation	119
<b>II. LA FONCTION DU MINISTÈRE PUBLIC CORÉEN</b>	<b>121</b>
2.1. Les principes fondamentaux encadrant l'action publique	121
2.1.1. Pourvoir exclusif de poursuite du ministère public	122
2.1.2. Pouvoir discrétionnaire de poursuite du ministère public	124
2.2. La procédure pour exercer l'action publique	125
<b>CONCLUSION</b>	<b>128</b>

**ABSTRACT**

The prosecutor has an important role in criminal procedure. He has especially the authority to prosecute a case. In South Korea, the prosecutor can participate in the criminal procedure across the board, from the criminal investigation to the public prosecution and the court hearing. The prosecution has a hierarchical structure in accordance with ‘the principle of uniformity of public prosecutors’. When conducting prosecutions, the prosecutor must respect the fundamental principles : ‘the principle of public prosecution’(1), ‘the principle of monopoly prosecution’(2), ‘the principle of discretionary prosecution’(3), ‘the principle of written indictment only’(4). This paper was approached from the perspective of French & Korean comparative law. Between both laws, there are several differences like the adoption of a civil prosecution in French law. Currently, the Korean prosecution has too much power in criminal procedure, and abusing this power causes social problems. Thus, French law will be an exemplary model to separate the prosecutor’s power in Korean law.

**\*Keywords :** prosecution, prosecutor, public prosecution, principle of discretionary prosecution, Korean criminal procedure law

## RÉSUMÉ

Le ministère public a un rôle important dans la procédure pénale. Il a notamment le pouvoir de lancer des poursuites devant une juridiction. En Corée du Sud, le ministère public peut intervenir à la procédure pénale à toutes les étapes : l'enquête criminelle, l'action publique et l'audience de jugement. Le parquet a une structure hiérarchique conformément au « principe de l'indivisibilité du ministère public ». Lors de l'exercice de l'action, il doit respecter les principes fondamentaux : « le principe de poursuite intentée par l'État »(1), « le principe du monopole de poursuite »(2), « le principe d'opportunité des poursuites »(3), « le principe de l'acte d'accusation unique »(4). Le présent article s'approche du droit comparé franco-coréen sur le rôle du ministère public. Entre les deux droits, il existe plusieurs différences comme l'adoption de l'action civile en droit français. Actuellement, le ministère public coréen a un pouvoir puissant, et l'abus de son pouvoir cause des problèmes sociaux. Ainsi, le droit français sera un bon modèle pour limiter ce pouvoir en droit coréen.

**\*Mots-clés :** ministère public, procureur, action publique, opportunité des poursuites, procédure pénale coréenne

## INTRODUCTION

Le ministère public est l'un des éléments essentiels qui participent à la procédure pénale. Il se compose de magistrats chargés de juger et d'engager une poursuite devant une juridiction<sup>409</sup>. Le rôle du ministère public est différent de celui du juge qui prononce une peine<sup>410</sup>. À la suite d'une poursuite, le juge peut décider de la culpabilité de la partie poursuivie. En d'autres termes, si le ministère public n'intente pas de poursuite, le prévenu(ou l'accusé) ne peut pas être puni. Cela est relatif au « principe de *Nemo iudex sine actore* »<sup>411</sup> qui est considéré comme un principe fondamental dans la procédure pénale. Ainsi, c'est évident que le rôle du ministère public est important.

Historiquement, la procédure pénale coréenne a été influencée par la procédure pénale française par l'intermédiaire du Japon et de l'Allemagne<sup>412</sup>. Beaucoup d'éléments du droit français subsistent encore bien que la procédure pénale coréenne ait été réformée plusieurs fois. « Durant l'époque de Meiji(1868-1912), le juriste français Gustave BOISSONADE fut invité au Japon dans le but de rédiger le Code japonais d'instruction criminelle, qui établissait l'organisation du parquet... »<sup>413</sup>. Pendant la colonisation japonaise, ce Code a été présenté en Corée. Pour cette raison, les juristes disent que le parquet coréen tire son origine du parquet français<sup>414</sup>. Toutefois, la procédure pénale coréenne n'est pas tout à fait la même que la procédure française, car le législateur coréen l'a réformé en acceptant le système de Common law<sup>415</sup>. De ce fait, la problématique de cette étude se

---

<sup>409</sup> Jean LARGUIER et Philippe CONTE, *Procédure pénale*, 25e édition, Dalloz, 2019, p.120.

<sup>410</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *Procédure pénale*, 7e édition Bakyeongsa, 2019, p.366.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p.365.

<sup>412</sup> Seungbeom SIM, *Recherche comparative sur la charge de la preuve en procédure pénale française*, Mémoire de Master, Université de Yonsei, 2019, pp.4-5.

<sup>413</sup> Jusung YOO, *Formation historique des organes d'enquête criminelle en Corée du Sud : l'influence du droit français*, Thèse de doctorat, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2012, p.142 ; Sanggyeom KIM, *Statut du procureur général en droit actuel*, Parquet suprême, 2012, p.42.

<sup>414</sup> En France, la notion de « ministère public » provient du procureur du roi au XVe siècle. Voir, Jaesang LEE, *Procédure pénale*, 9e édition, Bakyeongsa, 2012, p.91.

<sup>415</sup> Dongwoon SHIN, « Influence du droit américain sur le droit pénal et la procédure pénale coréenne », *Revue de Américanisme* Vol. 16, 1993, pp.31-32.

pose comme suit : « Existe-t-il une différence sur le rôle du ministère public en droit coréen qui s'inspire du droit français ? »

Actuellement, en Corée, le ministère public a un pouvoir puissant. Il peut intervenir à l'enquête policière et à l'audience au-delà de la décision de poursuivre<sup>416</sup>. Parfois, certains procureurs abusent de ce pouvoir dans leur intérêt personnel. Ce problème influence globalement la société coréenne. Les juristes soulignent la nécessité de limiter le pouvoir du ministère public coréen<sup>417</sup>. Ainsi, à travers l'étude comparative franco-coréen, nous trouverons des contributions pour résoudre ce problème. Pour réaliser cette recherche, à la suite de l'examen de la structure du parquet coréen(1), nous étudierons sa fonction(2).

## 1. La structure du ministère public coréen

Le ministère public est un corps se composant de fonctionnaires particuliers (notamment, le procureur) qui a le pouvoir d'intenter une poursuite<sup>418</sup>. « Il peut aussi être appelé *Parquet*... Ses membres se tenaient sur le parquet de la salle d'audience et non sur l'estrade réservée aux juges, ou encore magistrature debout car ses représentants se lèvent pour requérir... »<sup>419</sup>. La structure du parquet n'est pas pareille dans chaque pays. Pour comprendre exactement le ministère public coréen, il faut étudier préalablement sa particularité(1.1). Ensuite, nous confirmerons quel système hiérarchique(1.2) la Corée a adopté.

### 1.1. La particularité de l'organisation

« Le ministère public est considéré comme l'organisation gouvernementale qui a le pouvoir d'engager une poursuite »<sup>420</sup>. Quelle est la signification de « l'organisation gouvernementale » ? Ce

---

<sup>416</sup> En droit français aussi, le ministère public peut participer à l'audience de jugement conformément à l'article 460 du CPP français. À ce sujet, la fonction du ministère public des deux pays est très similaire. Cependant, il existe des différences évidentes entre les deux droits. À titre d'exemple, le législateur coréen a supprimé une étape d'« introduction judiciaire ». En d'autres termes, le pouvoir du juge d'instruction est attribué au ministère public coréen.

<sup>417</sup> Sanghun HAN, « Étude comparative du parquet et des suggestions pour la réforme du parquet coréen », *Revue de Loi & Société* Vol.37, 2009, p.121.

<sup>418</sup> Gildas ROUSSEL et François-Xavier ROUX-DEMARE, *Procédure pénale*, 12e édition, Vuibert, 2021, pp.95-96.

<sup>419</sup> Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 20e édition, Cujas, 2019, p.235.

<sup>420</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.91.

terme implique les caractères administratif et judiciaire. En Corée, le ministère public revêt ces deux caractères à la fois. En tant qu'organisation administrative, il fait partie du ministère de la Justice<sup>421</sup>. Il en résulte qu'il reçoit un ordre du garde des Sceaux qui est le chef de ce ministère. En revanche, le ministère public peut aussi être considéré comme une organisation judiciaire, car il détient le pouvoir judiciaire en tant que l'un des membres principaux intervenant à la procédure judiciaire.

Par ailleurs, le ministère public coréen est différent d'une juridiction. Autrement dit, il est divisé en : parquet suprême, haut parquet et parquet du district en vertu de l'article 3 al. 1 de la loi coréenne relative au parquet. Par contre, en France, « le ministère public est composé des magistrats du parquet chargés de représenter la société auprès de chaque juridiction »<sup>422</sup>. C'est-à-dire qu'il est organisé par les magistrats du parquet auprès des juridictions, et il n'est pas considéré comme une organisation indépendante<sup>423</sup>. De ce fait, en Corée, le ministère public est actuellement considéré comme une semi-organisation judiciaire<sup>424</sup>.

Le ministère public coréen a un grand pouvoir dans tout au long de la procédure pénale en vertu de l'article 4 de la loi coréenne relative au parquet. Cet article lui confère un pouvoir assez large. Tout d'abord, le ministère public peut participer à l'enquête criminelle en dirigeant la police judiciaire conformément aux articles 195 et 196 du Code de procédure pénale(CPP) coréenne lorsqu'il existe un soupçon de commission d'une infraction. Il peut aussi décider de mettre un terme à cette enquête selon l'article 238 du même Code<sup>425</sup>. Ainsi, les agents de police judiciaire(APJ) doivent obéir à un ordre du ministère public(Article 53 de la loi coréenne relative au parquet). Ensuite, contrairement à la procédure pénale française admettant l'action civile, seul le ministère public peut engager une

---

<sup>421</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, pp.61-62.

<sup>422</sup> « Il est composé du procureur de la République avec un ou plusieurs vice-procureurs et des substituts du procureur de la République auprès de chaque tribunal de grand instance, d'un procureur général avec un ou plusieurs avocats généraux et des substituts du procureur général auprès de chaque cour d'appel et d'un procureur général près de la Cour de cassation avec plusieurs premiers avocats généraux et des avocats généraux à la Cour de cassation auprès la Cour de cassation », Voir, Bernard BOULOC et Haritini MATSOPULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 19e édition, Sirey, 2014, p.219 ; Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 11e édition, LexisNexis, 2018, pp.179-181.

<sup>423</sup> Jusung YOO, « Étude sur l'administration du personnel du parquet français et l'implication dans le droit sud-coréen », *Revue de Droit de Kangwon* Vol.54, 2018, pp.410-411.

<sup>424</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.93.

<sup>425</sup> Boyeong LEE, *Nouvelle procédure pénale*, Dongbangmunhwasa, 2011, p.30.

poursuite dans la procédure pénale coréenne selon l'article 246 du CPP coréenne. Ceci est « le principe du monopole de poursuite *Gisodokjumjooul*기소독점주의 ». À la suite de la décision d'une poursuite, le ministère public doit expliquer pourquoi il a pris cette décision à l'audience devant le juge<sup>426</sup>. Autrement dit, il participe activement à l'audience en tant que partie.

En effet, en Corée, le ministère public est considéré comme l'une des parties à l'audience contrairement à la France où on le regarde souvent comme un magistrat<sup>427</sup>. Cela concerne l'inexistence du concept de « magistrat » dans la procédure pénale coréenne. En France, un magistrat est un juge(magistrature assise) ou bien il appartient au parquet (magistrature debout)<sup>428</sup>. Cependant, le concept de « magistrat » n'existe pas en Corée. Quelle est le statut du procureur et la procédure pour le devenir ? Avant 2017, une personne devait passer l'examen judiciaire *Sabeopgosi* 사법고시<sup>429</sup>. Selon l'article 29 de la loi coréenne relative au parquet, une personne qui avait réussi l'examen judiciaire pouvait devenir procureur après sa formation judiciaire pendant deux ans à l'institut judiciaire de recherche et formation<sup>430</sup>. Cependant, les sièges de procureurs étaient limités. Donc, pour devenir procureur, le postulant devait obtenir une bonne note lors de sa formation judiciaire.

Depuis 2009, le gouvernement coréen a adopté le système de « Lawschool » comme aux États-Unis, et ce système est actuellement mis en place dans les vingt-cinq universités<sup>431</sup>. Après trois années d'études et l'examen d'avocat, les étudiant(e)s peuvent déposer leur candidature pour

---

<sup>426</sup> *Ibid.*, p.30.

<sup>427</sup> Jean LARGUIER et Philippe CONTE, *op.cit.*, 2019, p.120.

<sup>428</sup> Plus concrètement, ce concept comprend « les magistrats du siège, du parquet, du cadre de l'administration centrale du ministère de la Justice (MACJ) ainsi que les magistrats en charge de l'inspection générale de la Justice etc. », Voir. Jean-Jacques TAISNE, *Institutions juridictionnelles*, 16e édition, Dalloz, 2018, p.78.

<sup>429</sup> En revanche, en 2017, le gouvernement coréen a supprimé l'examen judiciaire *Sabeopgosi* 사법고시, Voir. Journal d'économie spéciale, « il reste polémique sur la suppression de l'examen judiciaire *Sabeopgosi* 사법고시 qui disparaît dans l'histoire », le 26 juin 2017, sur le site internet : « <http://www.speconomy.com/news/articleView.html?idxno=85123> ».

<sup>430</sup> L'adresse du site internet de l'Institut judiciaire de recherche et formation est la suivante : « <https://jrti.scourt.go.kr/> ».

<sup>431</sup> Journal quotidien de Maeil, « Partie démocrate, 'introduction à l'université nationale d'enseignement à distance et l'université nocturne' promesse électorale en public », le 11 mars 2020, sur le site internet : « <http://www.m-i.kr/news/articleView.html?idxno=690277> ».

devenir le procureur. Cette procédure est la même pour devenir le juge. Cela signifie que le procureur a le même statut que le juge en droit coréen.

Une autre particularité est la structure hiérarchique pyramidale<sup>432</sup>. C'est-à-dire que le parquet est une organisation hiérarchique. Le procureur général se situe au sommet de cette pyramide<sup>433</sup>. L'article 6 de la loi coréenne relative au parquet fait la distinction entre le procureur général et les autres procureurs. Autrement dit, tous les procureurs doivent suivre l'ordre du procureur général<sup>434</sup>. Cela est relatif au « principe de l'indivisibilité du ministère public *Geomsadongilche* 검사동일체원칙 »<sup>435</sup>. L'objectif de ce dernier principe est d'assurer la stabilité du parquet et de l'action publique dans la procédure pénale<sup>436</sup>.

## 1.2. La hiérarchie de l'organisation

Pour comprendre précisément le parquet, il faut examiner « le principe de l'indivisibilité du ministère public *Geomsadongilche* 검사동일체원칙 » en détail. Comme mentionné ci-dessus, ce principe, mentionné dans l'article 7 al.1 de la loi coréenne relative au parquet, signifie que les membres du parquet doivent suivre les instructions de leurs supérieurs. Toutefois, s'il existe des problèmes sur la légalité des ordres qui leur sont donnés, ils peuvent s'y opposer conformément à l'article 7 al. 2 de la même loi coréenne. Par ailleurs, selon l'article 7-2 al.1 de cette dernière loi, le procureur général et le procureur de la République ont le pouvoir de succéder à la charge des autres procureurs<sup>437</sup>. Ils peuvent aussi transmettre une affaire à un autre procureur<sup>438</sup>. Cela s'appelle « le pouvoir de transférer la charge des autres procureurs »<sup>439</sup>. De plus, selon les articles 18 al. 2 et 23 al.

---

<sup>432</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, pp.63-64.

<sup>433</sup> *Ibid.*, pp.63-64.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p.64.

<sup>435</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.98.

<sup>436</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.64.

<sup>437</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.98.

<sup>438</sup> L'article 7-2 al.2 de la loi coréenne relative au parquet.

<sup>439</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.98.

2 de la loi coréenne relative au parquet, « le procureur de la République adjoint de chaque parquet a l'autorité de se substituer à la charge des autres procureurs de la République »<sup>440</sup>.

Tout membre du parquet, doit-il suivre l'ordre du garde des Sceaux selon le principe de l'indivisibilité du ministère public ? En principe, « le garde des Sceaux a le commandement du parquet en tant que chef du ministère de la Justice »<sup>441</sup>. Pourtant, la loi limite cette autorité du garde des Sceaux. D'après l'article 8 de la loi coréenne relative au parquet<sup>442</sup>, il ne peut que globalement intervenir dans les affaires. Seul le procureur général peut concrètement intervenir dans chaque affaire. Une telle restriction a pour objectif de bloquer l'intervention politique<sup>443</sup>. Si le garde des Sceaux peut contrôler chaque affaire en détail, l'indépendance du pouvoir exécutif n'est pas garantie. Il existe un risque que de hauts fonctionnaires abusent de ce pouvoir pour leur intérêt personnel. Ainsi, cette disposition permet de renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire.

De même, la procédure pénale française reconnaît le principe de l'indivisibilité du ministère public<sup>444</sup>. Selon ce principe, le parquet a aussi la structure hiérarchique d'une pyramide. « Le trait fondamental de cette organisation, et qui tient à ce qu'il représente le pouvoir exécutif, est la subordination hiérarchique »<sup>445</sup>. Des membres du ministère public doivent suivre l'ordre supérieur. Selon l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958<sup>446</sup>, « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice. À l'audience, leur parole est libre ». Également, l'article 30 du CPP français

---

<sup>440</sup> *Ibid.*, p.99.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p.100.

<sup>442</sup> « Le ministre de la Justice dirige et contrôle généralement les procureurs en tant que contrôleur le plus élevé du ministère public et des affaires individuelles sont dirigées et contrôlées par le procureur général du ministère public ».

<sup>443</sup> Boyeong LEE, *op.cit.*, 2011, p.30.

<sup>444</sup> Bernard BOULOC et Haritini MATSOPULOU, *op.cit.*, 2014, p.220.

<sup>445</sup> Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 26e édition, Dalloz, 2017, p.160.

<sup>446</sup> Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

dispose que le garde des Sceaux dirige et contrôle les magistrats du parquet en tant que chef de cette organisation<sup>447</sup>.

D'ailleurs, en France, « le parquet général de la Cour de cassation se distingue des autres parquets en ce qu'il n'est pas hiérarchisé, ni en charge de l'action publique... Aussi le procureur général et les avocats généraux sont indépendants du garde des Sceaux, et les avocats généraux ne sont pas subordonnés au procureur général qui ne peut leur donner d'instructions »<sup>448</sup>. En ce sens, le procureur général près la Cour de cassation n'est pas le poste le plus haut dans la hiérarchie du ministère public français. Le supérieur hiérarchique de cette organisation est le procureur général près la cour d'appel<sup>449</sup>. Les procureurs généraux près 36 cours d'appel dirigent et donnent les instructions aux magistrats du parquet conformément au principe de l'indivisibilité du ministère public<sup>450</sup>.

## **2. La fonction du ministère public coréen**

La fonction principale du ministère public est de décider d'une poursuite. S'il n'engage pas l'action publique à la suite de l'enquête policière sauf l'action civile, le juge ne peut pas ouvrir l'audience. Avant d'examiner sa fonction(2.2), il convient de confirmer les principes fondamentaux encadrant l'action publique(2.1).

### **2.1. Les principes fondamentaux encadrant l'action publique**

Dans la procédure pénale coréenne, il existe des principes fondamentaux encadrant l'action publique. Le ministère public ne peut pas intenter une poursuite en violation de ces principes. Tout

---

<sup>447</sup> « Le ministre de la Justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République(al. 1). À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales(al. 2). Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles(al. 3). Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat(al. 4). »

<sup>448</sup> Le site internet de la Cour de cassation est la suivante : [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/parquet\\_general\\_9077/presentation\\_9078/general\\_cour\\_40896.html](https://www.courdecassation.fr/institution_1/parquet_general_9077/presentation_9078/general_cour_40896.html) .

<sup>449</sup> Le site internet du ministère de la Justice : <https://www.cours-appel.justice.fr/toulouse/role-et-competence-de-la-cour-dappel>.

<sup>450</sup> Le site internet du ministère de la Justice : <https://www.cours-appel.justice.fr/toulouse/role-et-competence-de-la-cour-dappel> ; Bernard BOULOC, *op.cit.*, 2017, p.163.

d'abord, il s'agit du « principe de poursuite intentée par l'État *Gukgasochujooui*국가소추주의 »<sup>451</sup>. Ce principe signifie que seul le ministère public a l'autorité de déclencher et de conduire l'action publique<sup>452</sup>. Selon l'article 246 du CPP coréenne, « l'action publique est réalisée uniquement par le procureur ». Les juristes ont estimé que cet article définit « le principe de poursuite intentée par l'État ». Il en résulte que l'action civile lancée par un individu n'est pas acceptée en Corée. Donc, la loi permet seulement au procureur d'intenter une poursuite en tant que représentant de l'État(2.1.1). Il peut aussi décider de proposer une procédure alternative aux poursuites(2.1.2).

### 2.1.1. Pouvoir exclusif de poursuite du ministère public

Ce fait concerne « le principe du monopole de poursuite *Gisodokjumjooul*기소독점주의 »<sup>453</sup>. Comme mentionné auparavant, l'action publique est lancée uniquement par le ministère public. Cela veut dire que d'autres fonctionnaires n'ont pas l'autorité de la mettre en œuvre sauf les cas exceptionnels. L'État n'attribue ce pouvoir qu'au ministère public. L'article 246 du CPP coréen dispose évidemment que « l'action publique est réalisée uniquement par le procureur ». « Le principe du monopole de poursuite » a pour objectif de limiter des poursuites inadéquates<sup>454</sup>. Toutefois, ce principe pose des problèmes comme la centralisation du pouvoir pour engager des poursuites<sup>455</sup>. Même si sa concentration est très efficace pour mener la procédure pénale,

l'organisation particulière risque d'abuser de ce pouvoir. Ainsi, pour prévenir cet abus, le droit coréen énonce l'exception du « principe du monopole de poursuite ».

---

<sup>451</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.362.

<sup>452</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.375.

<sup>453</sup> Il existe beaucoup de critiques sur « le principe du monopole de poursuite *Gisodokjumjooul*기소독점주의 » dans la société coréenne parce que la concentration du pouvoir de l'action publique cause d'autres problèmes judiciaires comme la corruption entre le ministère public et la politique. De ce fait, actuellement, la réforme du ministère public relative à l'indépendance de l'autorité de l'enquête criminelle est en discussion, Voir, Seongki LEE, « Discussion sur la réforme du ministère public », *Revue de Recherche de la police coréenne* Vol.18, n°4, 2019, pp.90-91.

<sup>454</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.376.

<sup>455</sup> Boyeong LEE, *op.cit.*, 2011, p.132.

Cette exception est liée au jugement immédiat. Le commissaire de police a le pouvoir de rendre un tel jugement<sup>456</sup>. En d'autres termes, le commissaire de police peut exercer ce pouvoir sans la permission du ministère public qui, en principe, se charge de l'action publique. Pourtant, il ne peut pas toujours décider de cette mesure. Puisque le jugement immédiat n'est pas une procédure ordinaire, la loi limite son champ d'application. Ce jugement ne peut être réalisé que pour les contraventions de moins de 200 000 wons d'amende<sup>457</sup>. Ce jugement peut être décidé sur la seule base de l'aveu ou des procès-verbaux de la police judiciaire<sup>458</sup>. Selon l'article 18 de la loi relative à la procédure du jugement immédiat, à la suite de la décision sur cette mesure, le commissaire de police peut aussi condamner à une peine.

Par ailleurs, la loi permet un recours contre la décision du ministère public pour restreindre l'abus du « principe du monopole de poursuite ». À titre d'exemple, un plaignant peut former un recours contre le classement sans suite. Selon les articles 258 et 259 du CPP coréen, le procureur doit informer de la décision prise par cette mesure en expliquant sa motivation à la requête d'un plaignant. Un tel recours aide préalablement à prévenir les problèmes du « principe du monopole de poursuite »<sup>459</sup>. Pourtant, un tiers ne peut pas demander ce recours<sup>460</sup>.

En revanche, le droit français a adopté l'action civile avec l'action publique. Autrement dit, des personnes autres que les magistrats du parquet peuvent également engager des poursuites. D'après l'article 1 al. 2 du CPP français, « cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ». De plus, l'article 2 al. 1 du même Code dispose que « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement

---

<sup>456</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.376.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p.376.

<sup>458</sup> L'article 10 de la loi relative à la procédure du jugement immédiat.

<sup>459</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, p.365.

<sup>460</sup> Mais un représentant d'un plaignant peut exceptionnellement former un recours conformément à l'article 264 du Code de procédure pénale coréen.

causé par l'infraction ». La loi reconnaît l'action civile pour « ...la réparation du dommage causé par l'infraction...devant la juridiction civile ou devant la juridiction répressive »<sup>461</sup>. Contrairement au droit coréen, grâce à l'adoption de cette mesure en matière pénale, le droit français peut prévenir l'abus du pouvoir d'engager une poursuite.

### 2.1.2. Pouvoir discrétionnaire de poursuite du ministère public

Par la suite, le droit coréen a adopté « le principe de l'opportunité des poursuites *Gisopyeonuijooui* 기소편의주의 »<sup>462</sup>. Le ministère public peut décider d'engager une poursuite ou non conformément à ce principe<sup>463</sup>. En d'autres termes, il a le pouvoir discrétionnaire de déclencher et de conduire l'action publique en vertu de l'article 247 du CPP coréen. Il existe des avantages et des inconvénients au « principe de l'opportunité des poursuites ». « Ce dernier aide à réaliser efficacement la justice en reconnaissant la flexibilité de l'action publique et en contrôlant des poursuites inutiles »<sup>464</sup>. « En revanche, la décision de les intenter peut être affectée par l'intervention politique. Cette intervention permet difficilement de maintenir la stabilité légale »<sup>465</sup>.

De même, le droit français a adopté « le principe de l'opportunité des poursuites ». Selon l'article 40 du CPP française, « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 ». Cet article définit évidemment « le principe de l'opportunité des poursuites »<sup>466</sup>. Il peut aussi décider du classement sans suite ou une procédure alternative aux poursuites selon ce dernier principe<sup>467</sup>. Plus particulièrement, le procureur de la République peut proposer la composition pénale(articles 41-2 et 41-3 du CPP) ou le classement sous condition(article 41-1 du CPP) ainsi que la convention

---

<sup>461</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, 19e édition, Galino(Lextenso), 2019, p.57.

<sup>462</sup> Boyeong LEE, *op.cit.*, 2011, p.134.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p.134.

<sup>464</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.366.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p.366.

<sup>466</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *op.cit.*, 2019, p.50.

<sup>467</sup> L'article 40-1 du Code de procédure pénale français.

judiciaire d'intérêt public(article 41-1-2 du CPP). Cependant, « il perd parfois sa liberté d'action en cas d'atteintes à la vie privé et de diffamations etc. »<sup>468</sup>.

Contrairement à la France et à la Corée, plusieurs pays n'ont pas adopté « le principe de l'opportunité des poursuites ». Par exemple, l'Allemagne a choisi « le principe de la légalité des poursuites *Gisobeopjeongjooui* 기소법정주의 »<sup>469</sup>. Ce principe signifie que le ministère public n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites<sup>470</sup>. L'action publique dépend de la loi. C'est-à-dire qu'il ne peut les engager que lorsqu'il existe des raisons plausibles de commettre des infractions prévues dans la loi<sup>471</sup>. Pourtant, il reste encore beaucoup de critiques sur « le principe de la légalité des poursuites »<sup>472</sup>.

## 2.2. La procédure d'exercer l'action publique

Pour intenter des poursuites, le ministère public doit déposer un acte d'accusation devant une juridiction conformément à l'article 254 al. 1 du CPP coréen. Lorsqu'il l'y présente, il peut n'envoyer qu'un seul acte d'accusation, car le droit coréen a adopté « le principe de l'acte d'accusation unique *Gongsojangilbonjooui* 공소장일본주의 »<sup>473</sup>. L'article 118 al. 2 du Règlement de procédure pénale dispose que le ministère public ne peut pas joindre des documents ou des objets sauf un acte d'accusation. Ce dernier article a pour objectif d'éviter un préjugé des juridictions sur une affaire<sup>474</sup>. Selon la décision de Cour de cassation du 23 juillet 1999, si des documents à l'exclusion d'un acte d'accusation sont déposés, c'est une violation de l'article 254 du CPP coréen<sup>475</sup>. L'article 372 du même Code prévoit l'effet de violation du principe de l'acte d'accusation

---

<sup>468</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *op.cit.*, 2019, p.50.

<sup>469</sup> L'article 152 al. 2 du Code de procédure pénale allemand.

<sup>470</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, pp.377-378.

<sup>471</sup> *Ibid.*, pp.377-378.

<sup>472</sup> Notamment, elles sont liées à l'inefficacité et à l'inutilité du déroulement des procès, Voir, *Ibid.*, pp.377-378.

<sup>473</sup> Jaesang LEE, *op.cit.*, 2012, pp.390-391.

<sup>474</sup> Eunmo LEE et Jeonghwan KIM, *op.cit.*, 2019, p.390.

<sup>475</sup> Décision de Cour de cassation du 23 juillet 1999(99Do1860).

unique. En vertu de ce dernier, le juge doit rejeter une poursuite violée en prononçant une peine de nullité.

Il existe une exception au principe de l'acte d'accusation unique. Cette exception concerne l'injonction sommaire<sup>476</sup>. Cette dernière est une procédure spéciale comme une des alternatives à une poursuite. D'après l'article 448 al. 1 du CPP coréen, « le tribunal compétent peut prononcer une amende ou une confiscation sans ouvrir l'audience lors de l'injonction sommaire à la demande du ministère public ». D'ailleurs, l'article 449 du même Code dispose que « le ministère public doit demander l'injonction sommaire en intentant une poursuite par écrit ». À ce moment-là, il doit déposer des documents et des preuves devant une juridiction selon l'article 170 du Règlement de procédure pénale. Cela montre l'exception du principe de l'acte d'accusation unique. En revanche, au lieu de l'injonction sommaire, le juge peut procéder à une procédure normale ouvrant l'audience<sup>477</sup>.

Le ministère public doit nécessairement mentionner plusieurs éléments dans un acte d'accusation. Selon l'article 254 al. 3 du CPP coréen, il doit obligatoirement mentionner le nom du prévenu, une infraction, un fait incriminé et un article d'application dans un acte d'accusation. Particulièrement, le ministère public doit exactement donner une date, un lieu et un moyen d'infraction conformément à l'article 254 al. 4 du CPP coréen. Selon la jurisprudence du 11 décembre 2009, le fait incriminé doit concrètement être mentionné dans un acte d'accusation<sup>478</sup>. De plus, l'article 254 al. 5 du même Code dispose que le ministère public peut également mentionner plusieurs faits criminels et les articles applicables.

Pour envoyer un acte d'accusation, l'enquête criminelle doit préalablement être exécutée. Le ministère public peut diriger et contrôler la police judiciaire pour réaliser cette enquête (article 196 du CPP coréen). S'il existe un soupçon de commettre une infraction, il doit la mettre en œuvre en personne conformément à l'article 195 du CPP coréen. À la suite de l'enquête criminelle, il peut

---

<sup>476</sup> Boyeong LEE, *op.cit.*, 2011, p.145.

<sup>477</sup> Les articles 450 et 453 du Code de procédure pénale coréen.

<sup>478</sup> Décision de Cour de cassation du 11 décembre 2009(2009Do9717).

apprécier une affaire et décider finalement d'engager des poursuites devant une juridiction en vertu du principe de l'opportunité des poursuites<sup>479</sup>.

À ce propos, l'article 41 al. 2 du CPP français dispose aussi qu'« il (le procureur de la République) dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal ». C'est-à-dire qu'il peut participer à l'enquête criminelle en dirigeant les agents de police judiciaire<sup>480</sup>. Ensuite, il peut décider de lancer une poursuite après avoir reçu « les plaintes et les dénonciations et apprécier la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 »<sup>481</sup> en vertu du principe de l'opportunité des poursuites.

Bien entendu, comme le droit français<sup>482</sup>, la loi coréenne permet au ministère public de décider du classement sans suite pour mettre fin à une poursuite. Plus concrètement, d'après l'article 69 al. 3 du Règlement sur l'affaire et l'office de ministère public, il peut décider de cette mesure « lorsqu'il n'existe pas un soupçon de commettre une infraction ou de ne pas chercher des preuves de commettre une infraction, lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas accomplis ou lorsque des conditions d'intenter une poursuite ne sont pas remplies etc. ».

De plus, le ministère public peut annuler une poursuite. L'article 255 al. 1 du CPP coréen prévoit que « le procureur peut annuler la demande d'une poursuite avant le jugement en premier ressort ». Ensuite, « il doit notifier des raisons d'annulation par écrit. Mais, il peut les notifier à l'audience par oral » conformément au même article al. 2. En revanche, il faut distinguer l'annulation d'une poursuite de la modification partielle d'un acte d'accusation<sup>483</sup>. Si une preuve importante a été trouvée après l'annulation d'une poursuite, le ministère public peut intenter une poursuite une nouvelle fois, en vertu de l'article 329 du CPP coréen. Selon la décision de la Cour de cassation de 1977, cette preuve importante doit avoir une forte valeur probante pour démontrer le fait criminel<sup>484</sup>.

---

<sup>479</sup> Les articles 246 et 247 du Code de procédure pénale coréen.

<sup>480</sup> Jongmin KIM, « Étude sur le système de la police judiciaire en France », *Revue d'Avocats*, Vol.55 n°3, 2006, pp.207-210.

<sup>481</sup> L'article 40 al. 1 du Code de procédure pénale français.

<sup>482</sup> L'article 40-1 du Code de procédure pénale français.

<sup>483</sup> L'article 298 al. 1 du Code de procédure pénale coréen.

<sup>484</sup> Décision de la Cour de cassation coréenne du 27 décembre 1977(77Do1308).

## CONCLUSION

Le ministère public coréen peut participer à toutes les étapes de la procédure pénale. Il dirige les agents de police judiciaire pour réaliser l'enquête criminelle, et il peut décider de lancer des poursuites ou non. Ensuite, il prend part à l'audience de jugement en tant que représentant de l'État. Malgré un tel rôle judiciaire, le ministère public a des caractères administratif et judiciaire à la fois. Puisqu'il fait partie du ministère de la Justice, le garde des Sceaux peut globalement diriger le parquet qui a une structure hiérarchique, selon « le principe de l'indivisibilité de ministère public ». Conformément à ce principe, les membres de cette dernière organisation doivent suivre les instructions de leur supérieur.

Quant aux principes fondamentaux de l'action publique, le droit coréen a adopté « le principe de poursuite intentée par l'État » et « le principe du monopole de poursuite ». Cela signifie que seul le ministère public, l'organisation publique, peut engager des poursuites. Toutefois, il existe une exception comme le jugement immédiat fait par le commissaire de police. De plus, le législateur coréen a adopté « le principe de l'opportunité des poursuites » qui attribue au ministère public le pouvoir discrétionnaire de déclencher et de conduire l'action publique. Lors de son exercice, il ne peut envoyer un acte d'accusation que devant une juridiction conformément au « principe de l'acte d'accusation unique ».

Cet article a examiné le droit comparé franco-coréen du rôle du ministère public. Entre les deux droits, il existe les différences suivantes : l'adoption du « principe du monopole de poursuite » en droit coréen(1), l'indépendance de l'organisation du parquet(2), une fonction différente du procureur général de la Cour de cassation(3), l'action civile(4) et l'introduction judiciaire en droit français(5) etc.. Comme mentionné plus haut, le ministère coréen a un pouvoir puissant. L'abus de son pouvoir engendre certains problèmes sociaux comme la corruption politico-économique. Pour chercher des solutions pour limiter ce pouvoir, le droit français est un bon modèle. Par exemple, l'action civile permet de restreindre le pouvoir excessif du ministère public en l'attribuant à un particulier.