

La responsabilité civile de la défaillance numérique judiciaire

Perte de chance procédurale et imputation entre l'administration, le fournisseur et le professionnel

Civil Liability for Judicial Digital Failure. Procedural Loss of Chance and Attribution among the Administration, the Supplier and the Practitioner

MEHDI Nordin

Doctorant en droit privé

Faculté des sciences juridiques et politiques de Tanger — Université Abdelmalek Essaâdi

Thèse préparée sous la direction de Monsieur le Professeur Soufiane MASRAR

Résumé

L'entrée en vigueur du code de procédure civile issu de la loi n° 58.25 rend inévitable un contentieux que le droit marocain n'a pas encore rencontré : celui du dommage causé par la défaillance d'un dispositif numérique judiciaire. Cette étude en traite les trois difficultés. La première est de qualification : le dommage se présente sous la forme d'une chance perdue — celle d'accomplir l'acte, de contredire, d'obtenir la décision escomptée —, et l'on soutient qu'il constitue une perte de chance procédurale, catégorie dont on précise le contenu et les limites. La deuxième est de fondement : trois régimes se disputent l'hypothèse, la responsabilité délictuelle des articles 77 et 78 du dahir des obligations et des contrats, celle de l'État du fait du fonctionnement de ses administrations au titre de l'article 79, et la responsabilité contractuelle du professionnel envers son client ; on montre que leur concurrence n'est pas résolue par les textes. La troisième est d'imputation : le concepteur du dispositif est tiers à l'instance, et l'on examine si le manquement contractuel qu'il commet envers l'administration peut être invoqué par le justiciable, au regard de la solution de l'assemblée plénière du 13 janvier 2020. L'étude prend enfin parti sur l'articulation des compétences, que la doctrine laisse ordinairement ouverte.

Mots-clés : responsabilité civile ; défaillance numérique ; perte de chance procédurale ; imputation ; articles 77, 78 et 79 du dahir des obligations et des contrats ; erreur judiciaire ; article 122 de la Constitution ; effet relatif des contrats ; droit comparé.

Abstract

The entry into force of the Code of Civil Procedure enacted by Law No. 58.25 makes inevitable a form of litigation Moroccan law has not yet encountered: harm caused by the failure of a judicial digital system. This study addresses its three difficulties. The first is one of characterisation: the harm appears as a lost chance — to perform the procedural act, to contest, to obtain the expected decision — and it is argued that it constitutes a procedural loss of chance, a category whose content and limits are here specified. The second concerns the basis of liability: three regimes compete, tortious liability under Articles 77 and 78 of the Code of Obligations and Contracts, State liability for the functioning of its administrations under Article 79, and the practitioner's contractual liability towards the client; their competition is shown to be unresolved by the texts. The third concerns attribution: the designer of the system is a stranger to the proceedings, and the study examines whether the contractual breach committed towards the administration may be invoked by the litigant, in the light of the *assemblée plénière* ruling of 13 January 2020. The study finally takes a position on the allocation of jurisdiction, which scholarship ordinarily leaves open.

Keywords: civil liability; digital failure; procedural loss of chance; attribution; Articles 77, 78 and 79 of the Code of Obligations and Contracts; judicial error; Article 122 of the Constitution; privity of contract; comparative law.



Introduction

Le code de procédure civile issu de la loi n° 58.25 est entré en vigueur le 24 août 2026⁹⁶³. Il consacre le dépôt et l'échange électroniques des actes, la notification par voie dématérialisée et la tenue d'audiences à distance, dont l'article 90 fixe les conditions et renvoie les modalités à un texte réglementaire⁹⁶⁴. Ces dispositions créent, pour le justiciable, une dépendance nouvelle : l'exercice de ses droits passe désormais par un dispositif qu'il ne maîtrise pas, qu'il n'a pas choisi et dont il ignore le fonctionnement.

De cette dépendance naîtra un contentieux. Une plateforme indisponible le dernier jour d'un délai, une transmission qui échoue sans que l'expéditeur en soit averti, une audience interrompue pendant l'audition d'un témoin décisif, un acte réputé notifié que son destinataire n'a jamais reçu : ces hypothèses ne sont pas d'école, et le droit devra les traiter. Or il les traitera avec des instruments conçus pour d'autres situations.

La difficulté est triple, et elle explique le plan de cette étude. Le dommage se présente d'abord sous une forme qui résiste à la qualification : ce que la partie perd n'est pas un droit mais la possibilité de le faire valoir, et cette possibilité n'était qu'une éventualité. Les fondements se présentent ensuite en concurrence : la défaillance peut être imputée à l'administration qui exploite le dispositif, au professionnel qui a manqué de vigilance, au concepteur qui l'a mal conçu, et chacun relève d'un régime distinct. La qualité du concepteur soulève enfin une difficulté propre : lié à l'administration par un marché, il est tiers à l'instance et tiers au contrat qui unit le professionnel à son client, en sorte que le justiciable ne dispose contre lui d'aucun titre évident.

Le problème peut donc être formulé ainsi : le droit marocain de la responsabilité civile dispose-t-il des catégories nécessaires pour réparer le dommage causé par la défaillance d'un dispositif judiciaire, et selon quelle articulation des fondements et des compétences ?

La thèse défendue est la suivante. Le dommage se qualifie en **perte de chance procédurale**, catégorie qui n'exige aucune innovation puisqu'elle procède de l'exigence de certitude du préjudice, mais dont il faut délimiter le contenu pour éviter qu'elle ne devienne une commodité. Les trois fondements ne sont pas alternatifs mais **hiérarchisés selon le siège de la défaillance**, et cette hiérarchie se déduit des articles 77, 78 et 79 du dahir formant code des obligations et des contrats. L'opposabilité du manquement du concepteur au justiciable, enfin, ne peut être réglée par le seul effet relatif des conventions, et la solution retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation française le 13 janvier 2020 fournit une voie que le droit marocain peut emprunter sans en bouleverser l'économie. Une précision méthodologique s'impose sur le dernier point traité. La question de la compétence — juridiction administrative ou juridiction de droit commun — est laissée ouverte par la plupart des travaux, qui se bornent à en constater la difficulté. Un article ne peut se permettre ce désistement, et la cinquième partie prend donc parti, sous la forme d'une proposition assumée dont le statut est expressément marqué.

La méthode est comparative. Le droit marocain constitue l'ordre principal ; les droits français et espagnol interviennent sur les seuls points où ils ont traité la même difficulté, sans qu'aucune transposition en soit inférée⁹⁶⁵. La recherche est arrêtée au 31 juillet 2026.

⁹⁶³ Dahir n° 1.26.07 du 22 chaabane 1447 (11 février 2026) portant promulgation de la loi n° 58.25 relative à la procédure civile, *Bulletin officiel* n° 7485 du 5 ramadan 1447 (23 février 2026).

⁹⁶⁴ Loi n° 58.25, art. 90. Le dernier alinéa dispose que les modalités de déroulement des audiences à distance sont fixées par un texte réglementaire ; à la date d'arrêt de la présente recherche, aucun texte de cette nature n'avait été identifié comme pris.

⁹⁶⁵ Sur l'exigence d'un point de comparaison fonctionnel et la critique des mises en parallèle purement descriptives, voir Pierre LEGRAND, *Le Droit comparé*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2006.



Cinq temps composent la démonstration : la qualification du dommage (I) ; les fondements en concurrence (II) ; l'imputation entre les trois débiteurs possibles (III) ; l'épreuve du droit comparé (IV) ; la prise de parti sur l'articulation (V).

I. La qualification du dommage : de la défaillance technique au préjudice réparable

A. Le fait générateur : la défaillance du dispositif judiciaire

Avant de qualifier le dommage, encore faut-il délimiter le fait qui le cause : toutes les défaillances ne se valent pas.

On écartera d'emblée l'hypothèse de l'erreur de jugement : le magistrat qui se trompe en droit relève des voies de recours, non de la responsabilité, et l'usage d'un instrument numérique n'y change rien. On écartera de même la simple imperfection technique sans effet : une image de médiocre définition, une latence perceptible, une interruption suivie de reprise ne causent aucun dommage dès lors que l'acte a pu être accompli.

Ce qui demeure est la défaillance qui **empêche**. Trois formes en seront retenues. L'indisponibilité prive la partie de la possibilité d'accomplir l'acte dans le délai. L'échec silencieux de transmission lui laisse croire qu'elle l'a accompli quand elle ne l'a pas fait. L'interruption en cours d'audience la prive de la faculté de contredire un élément que le juge retiendra. Ces trois formes ont un trait commun : elles suppriment non le droit mais son exercice.

La défaillance n'est pas, au demeurant, un fait de la machine. Elle procède presque toujours d'un fait humain antérieur — une conception défectueuse, un dimensionnement insuffisant, une maintenance négligée, un paramétrage inadéquat. Cette observation est décisive pour la suite : elle interdit de traiter la panne comme un cas fortuit et impose de rechercher, derrière l'incident, la décision qui l'a rendu possible⁹⁶⁶.

B. L'obstacle du préjudice éventuel et la fonction de la perte de chance

Le dommage ainsi délimité se heurte à une objection classique, qui est la véritable difficulté de la matière.

La partie qui n'a pu déposer sa demande dans le délai n'a pas perdu son procès : elle a perdu la possibilité de le conduire, et nul ne sait si elle l'aurait gagné. Celle qui n'a pu contredire une déposition n'établit pas que le juge aurait statué autrement. Le préjudice paraît donc éventuel, et l'exigence de certitude — commune à tous les systèmes examinés — devrait conduire au rejet de la demande.

C'est ici que la perte de chance remplit sa fonction, et il importe de la comprendre exactement. Elle ne dispense pas de l'exigence de certitude : elle en déplace l'objet. Ce dont la réparation est demandée n'est pas l'avantage espéré, dont la survenance demeure incertaine, mais la disparition de la possibilité de l'obtenir, laquelle est acquise.

La doctrine marocaine formule cette distinction avec netteté. El Khatib oppose le dommage éventuel, qui n'ouvre aucun droit à réparation, et la perte de chance, « qui est tenue pour un dommage certain devant être réparé dans la mesure de la probabilité qu'avait la victime de saisir cette chance », et il illustre la seconde par l'exemple de celui qui, dissimulant une convocation, prive autrui de la possibilité de se présenter à un concours⁹⁶⁷. La définition qu'il reprend de Chams Eddine, auteur de la seule monographie marocaine consacrée à la question, est plus large encore : la perte de chance

⁹⁶⁶ Cette observation prépare la troisième partie, où la défaillance est rapportée à la décision de conception qui l'a rendue possible.

⁹⁶⁷ Mustapha EL KHATIB, *Précis de responsabilité civile*, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Université Ibn Zohr, Agadir, dépôt légal MO38482017, p. 57. L'auteur y oppose le dommage éventuel, non réparable, et la perte de chance, tenue pour un dommage certain réparable « dans la mesure de la probabilité qu'avait la victime de saisir cette chance ». La traduction est de l'auteur du présent article.

consiste, pour une personne, à causer par sa faute la disparition d'une chance qui appartenait à autrui, en le privant de ce qu'il attendait comme gain ou comme évitement d'une perte⁹⁶⁸.

L'exigence de certitude n'en est pas abandonnée pour autant, et la jurisprudence marocaine y veille : le Conseil supérieur, devenu Cour de cassation, a jugé que le dommage réparable est le dommage certain, celui qui s'est réalisé ou dont les causes se sont produites et dont les effets se prolongent dans l'avenir, le juge n'ayant pas à tenir compte du dommage éventuel⁹⁶⁹. La perte de chance ne contredit pas cette exigence : elle la satisfait en portant la certitude sur la disparition et non sur l'avantage.

Le droit français a formulé la même idée dans les termes les plus nets : « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »⁹⁷⁰. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile de 2016 en a proposé la codification, en ajoutant la précision qui commande l'évaluation : « le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »⁹⁷¹.

Deux conséquences en découlent, que la pratique retiendra. La chance perdue doit être **réelle et sérieuse** : celui qui aurait de toute façon succombé n'a rien perdu, et la défaillance qui affecte une prétention manifestement infondée ne cause aucun dommage réparable. La réparation, ensuite, se mesure à la chance perdue, c'est-à-dire à une fraction de l'avantage escompté, déterminée en considération de la probabilité que la chance se réalisât — ce que la doctrine analyse en reconnaissant à la probabilité d'obtenir un gain une valeur patrimoniale propre, dont la diminution fautive ouvre droit à réparation de la fraction perdue⁹⁷².

C. La perte de chance procédurale : contenu et limites

Reste à déterminer ce que la catégorie recouvre lorsqu'elle s'applique à un dommage d'origine procédurale, car il serait commode — et fautif — d'y ranger toute déconvenue.

Le terrain n'est pas vierge. El Khatib donne pour exemple de perte de chance réparable l'hypothèse de celui qui n'a pu interjeter appel dans le délai imparti : « le demandeur a droit à réparation de la perte de la chance de gagner l'appel, dans la mesure de la probabilité qu'il avait de le gagner »⁹⁷³. L'exemple est procédural, il est marocain, et il valide le principe même de la catégorie ici proposée. Ce qui manque n'est donc pas la reconnaissance de la perte de chance en matière procédurale, mais

⁹⁶⁸ Al-Houssaine CHAMS EDDINE, *تقويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة النظرية إلى التطبيق* [La perte de chance en responsabilité civile, de l'idée théorique à l'application], coll. « Études juridiques contemporaines », n° 17, 1re éd., 2009, p. 112-113, cité par M. EL KHATIB, op. cit., p. 29. Il s'agit, à notre connaissance, de la seule monographie marocaine consacrée à la question ; nous n'avons pu la consulter directement et la citons dans les termes que rapporte El Khatib, ce qui est signalé ici.

⁹⁶⁹ Conseil supérieur (aujourd'hui Cour de cassation), décision du 21 janvier 1976, publiée à la *Revue de la jurisprudence du Conseil supérieur*, n° 26, citée par M. EL KHATIB, op. cit., p. 28. La décision n'a pas été consultée sur une publication officielle et est citée d'après cette source doctrinale.

⁹⁷⁰ Cour de cassation, 1re chambre civile, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, publié au bulletin.

⁹⁷¹ Avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumis à consultation le 29 avril 2016, art. 1238 : « Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. » Le texte n'a pas été adopté ; il est cité comme formulation doctrinale de la solution jurisprudentielle.

⁹⁷² Sur l'analyse de la chance comme valeur patrimoniale dont la diminution fautive ouvre droit à réparation de la fraction perdue, voir Renzo Esteban MUNITA MARAMBIO, *La responsabilité civile liée aux activités scientifiques et technologiques : approche de droit comparé*, thèse, Université Grenoble Alpes, 2017, n° 547, HAL tel-01681329v2, qui s'y rallie en suivant Ch. Quézel-Ambrunaz. Sur les travaux fondateurs — A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, t. 128, 1973 ; J. BORÉ, « L'indemnisation pour les chances perdues », JCP G, 1974, I, 2620 ; F. CHABAS, « La perte de la chance en droit français », in *Développements récents du droit de la responsabilité*, Genève, 1991, p. 131 —, voir les références réunies par le même auteur, que nous n'avons pas consultées directement.

⁹⁷³ M. EL KHATIB, op. cit., p. 29, à propos de l'appel non interjeté dans le délai : « le demandeur a droit à réparation de la perte de la chance de gagner l'appel, dans la mesure de la probabilité qu'il avait de le gagner ». Traduction de l'auteur.



sa systématisation — et deux auteurs marocains relèvent précisément que la théorie n'a pas encore retenu l'attention de la doctrine nationale à la mesure de son importance⁹⁷⁴.

Quatre hypothèses s'en distinguent, dont la valeur décroît et dont la dernière sera écartée.

La plus solide est la **perte de la chance d'accomplir l'acte**. La partie établit que le délai a expiré, que le dispositif était indisponible et qu'elle avait entrepris d'y déposer son acte. Ce qu'elle a perdu n'est pas incertain : c'est l'accès même à la juridiction, et le préjudice se confond presque avec la privation d'un droit. La chance se mesure ici à la valeur de la prétention que l'acte devait porter.

Vient ensuite la **perte de la chance d'exercer un recours**, qui est l'hypothèse d'école de la doctrine marocaine et dont la structure probatoire est la même : le délai d'appel ou de cassation a couru, le dispositif n'a pas permis le dépôt, et la chance perdue se mesure à la probabilité de succès du recours. Elle mérite d'être distinguée de la précédente, non parce qu'elle en diffère par nature, mais parce que l'évaluation y est plus accessible : le juge de la réparation dispose d'une décision motivée dont il peut apprécier la fragilité, ce dont il ne dispose pas lorsque l'instance n'a jamais été introduite.

Vient en troisième lieu la **perte de la chance de contredire**. La partie établit qu'un élément déterminant a été retenu sans qu'elle ait pu en discuter. La difficulté est double : il faut établir le caractère déterminant de l'élément, et il faut apprécier ce que la contradiction aurait produit. La chance demeure sérieuse dès lors que l'élément a fondé la décision, mais son évaluation appelle une prudence particulière.

La quatrième, en revanche, marque la limite de la catégorie. La **perte de la chance d'obtenir une décision plus favorable** suppose de reconstituer ce qu'aurait été le jugement en l'absence de la défaillance, exercice que le juge de la réparation ne peut conduire sans rejurer. L'admettre reviendrait à ouvrir, sous couvert de responsabilité, une voie de recours que la loi n'a pas prévue, et à faire du juge de la responsabilité un juge d'appel déguisé. Elle ne constitue donc pas une chance perdue mais une hypothèse sur le fond, et elle est irrecevable comme telle⁹⁷⁵.

La ligne de partage entre les trois premières et la quatrième commande l'office du juge, et il vaut de la formuler : **est réparable la chance dont la disparition se constate, non celle dont la réalisation se suppose**. Dans les trois premières hypothèses, le juge constate qu'un acte n'a pu être accompli, qu'un recours n'a pu être exercé, qu'un élément n'a pu être discuté — faits objectifs, indépendants du fond. Dans la quatrième, il devrait se prononcer sur ce que le premier juge aurait décidé, ce qui n'est plus un constat.

Une réserve d'un autre ordre doit enfin être formulée. Si la perte de chance est reçue en droit marocain, son application au dommage causé par une défaillance numérique judiciaire n'a été consacrée par aucune décision dont nous ayons eu connaissance. La catégorie est acquise ; son emploi dans l'hypothèse examinée demeure une **proposition d'application** et non un état du droit positif⁹⁷⁶.

II. Les trois fondements concurrents de la réparation

A. La responsabilité délictuelle de droit commun

Le droit commun offre le premier fondement, dont la portée doit être mesurée avant que son insuffisance n'apparaisse.

⁹⁷⁴ Radouane AAMIMI et Abdelhak FIKRI, « نظرية تفويت الفرصة في القانون الإداري » [La théorie de la perte de chance en droit administratif], *Revue marocaine d'administration locale et de développement*, n° 170-171, mai-août 2023, p. 243-270, spéc. p. 246, où les auteurs relèvent que « au niveau de la doctrine marocaine, la perte de chance n'a pas encore reçu une attention importante ». Traduction de l'auteur.

⁹⁷⁵ Interprétation de l'auteur. La limitation proposée n'est pas commandée par les textes ; elle procède du souci d'éviter que l'action en réparation ne devienne une voie de recours déguisée.

⁹⁷⁶ Nous n'avons identifié aucune décision marocaine appliquant la perte de chance à un dommage d'origine technique, et cette lacune du corpus est signalée plutôt que comblée par conjecture.



L'article 77 du dahir formant code des obligations et des contrats oblige à réparation celui qui, sciemment et volontairement, cause à autrui un dommage matériel ou moral, lorsque le fait en est la cause directe ; il ajoute que toute stipulation contraire est sans effet⁹⁷⁷. L'article 78 étend la règle à la faute, en disposant que chacun répond non seulement de son fait mais de sa faute, laquelle consiste à omettre ce qu'on était tenu de faire ou à faire ce dont on était tenu de s'abstenir⁹⁷⁸.

La proximité de ces deux textes avec leurs équivalents étrangers commande la valeur de la comparaison conduite plus loin. L'article 1240 du code civil français oblige à réparation celui par la faute duquel un dommage est arrivé, et l'article 1902 du code civil espagnol celui qui, par action ou omission, cause un dommage en intervenant faute ou négligence⁹⁷⁹. Les trois ordres partagent donc la même structure — un fait, une faute, un dommage, un lien de causalité — et les solutions dégagées ailleurs sur cette structure sont, pour cette raison, fonctionnellement mobilisables.

Cette définition de la faute est remarquablement adaptée à l'hypothèse examinée. La défaillance numérique procède presque toujours d'une omission : ne pas avoir dimensionné le service pour l'affluence prévisible d'une fin de délai, ne pas avoir prévu de procédure de secours, ne pas avoir informé les usagers d'une interruption programmée. L'article 78 saisit ces comportements sans qu'il soit besoin de forcer les termes.

L'insuffisance du fondement tient ailleurs, et elle est double. Il suppose d'abord d'identifier l'auteur de la faute, ce qui est précisément la difficulté : la défaillance se constate, son auteur ne se désigne pas. Il suppose ensuite un lien de causalité directe, que l'article 77 exige expressément et que l'article 264 du même dahir confirme en n'admettant à réparation que le dommage qui est la suite naturelle de l'inexécution⁹⁸⁰ ; or la chaîne qui va de la décision de conception à l'incident, puis de l'incident au dommage, comporte plusieurs maillons, et le caractère direct de la causalité pourra être discuté.

B. La responsabilité de l'État du fait du fonctionnement de ses administrations

Le deuxième fondement est spécifique et il est, en droit marocain, le plus prometteur.

L'article 79 du même dahir dispose que l'État et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents⁹⁸¹. Ce texte n'est pas un fondement d'appoint : la doctrine marocaine y voit, avec l'article 80, l'assise légale du régime moderne de la responsabilité administrative, lequel s'est construit autour de deux axes que la jurisprudence a dégagés — la responsabilité pour faute et la responsabilité pour risque, ou rupture de l'égalité devant les charges publiques⁹⁸². La formule de l'article 79 mérite alors d'être décomposée, car elle contient deux fondements distincts que l'on confond souvent.

Le second — les fautes de service des agents — suppose un agent et une faute. Il est inopérant dans notre hypothèse : la plateforme qui cède sous la charge ne procède de la faute d'aucun agent identifiable, et l'exiger reviendrait à priver le justiciable de tout recours.

⁹⁷⁷ Dahir formant code des obligations et des contrats, art. 77.

⁹⁷⁸ Ibid., art. 78. La définition de la faute qu'il retient — « omettre ce qu'on était tenu de faire, ou faire ce dont on était tenu de s'abstenir » — est reproduite ici dans la traduction française usuelle.

⁹⁷⁹ Code civil français, art. 1240 ; *Código civil* espagnol, art. 1902. La comparaison porte sur la structure des textes, non sur l'identité des solutions, que les jurisprudences respectives ont diversifiées.

⁹⁸⁰ Dahir formant code des obligations et des contrats, art. 264, sur le caractère direct du dommage réparable. Sur l'application de cette exigence, voir M. EL KHATIB, op. cit., p. 29.

⁹⁸¹ Ibid., art. 79.

⁹⁸² Younès WAHALOU, « مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية على ضوء أحكام المحاكم الإدارية المغربية » [La responsabilité de l'État du fait des erreurs judiciaires à la lumière des décisions des juridictions administratives marocaines], *Publications de la Revue des sciences juridiques — série jurisprudence administrative*, n° 1, 2014, p. 83-99, spéc. p. 90, où l'auteur écrit que « le régime moderne de la responsabilité administrative au Maroc a une assise légale, qui réside dans les articles 79 et 80 du code des obligations et des contrats ». Traduction de l'auteur du présent article.

Le premier — les dommages causés par le **fonctionnement des administrations** — n'exige rien de tel. Il vise le fonctionnement lui-même, non le comportement d'une personne. C'est là, selon nous, le siège naturel de la responsabilité pour défaillance numérique : le dispositif est l'instrument par lequel l'administration judiciaire fonctionne, et son défaut de fonctionnement est le défaut de fonctionnement de l'administration. Cette lecture n'est pas une extension : elle applique le texte à un mode de fonctionnement que son auteur ne pouvait connaître mais que ses termes couvrent⁹⁸³. Une difficulté sérieuse subsiste néanmoins, et elle sera reprise en cinquième partie. L'article 80 dispose que les fonctionnaires de l'État et des municipalités répondent personnellement des dommages causés par leur dol et par leurs fautes lourdes, et que l'État et les municipalités ne peuvent être actionnés qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables⁹⁸⁴. Cette subsidiarité, conçue pour la faute personnelle, devient inapplicable lorsqu'aucun fonctionnaire n'est en cause. Faut-il en conclure que l'action contre l'État est ouverte sans condition, ou que le texte oppose un obstacle ? La question n'est pas résolue par les textes et nous y reviendrons.

C. La responsabilité du professionnel envers son client

Ce fondement paraît le plus classique ; il est en réalité celui dont le régime demande le plus de précision, parce que le professionnel se trouve pris entre un dispositif qu'il ne maîtrise pas et un client qui n'a pas à en connaître.

Le contenu de l'obligation. L'avocat est tenu envers son client d'une obligation de diligence qui procède du mandat, et cette obligation se décompose ici en quatre devoirs distincts. Il doit d'abord respecter les délais, ce qui est l'obligation première et n'a rien de propre au numérique. Il doit ensuite tenir compte de la fragilité prévisible du dispositif, non pour la prévenir mais pour ne pas s'y exposer inutilement. Il doit se ménager, en cas d'incident, les éléments permettant de l'établir. Il doit enfin, lorsqu'une voie de substitution existe, l'emprunter plutôt que d'attendre le rétablissement du service.

La mesure de la faute. L'article 78 du dahir des obligations et des contrats définit la faute comme l'omission de ce qu'on était tenu de faire, et l'appréciation se fait *in concreto*, par comparaison avec le comportement qu'aurait eu un professionnel diligent placé dans la même situation — méthode que la doctrine retient également pour apprécier la diligence d'un prestataire technique⁹⁸⁵. Trois repères se dégagent.

Le dépôt au dernier jour du délai n'est pas fautif en soi : le professionnel a le droit d'user du délai entier, et le contraire reviendrait à raccourcir par la pratique un délai que la loi a fixé. Il le devient lorsque la fragilité du dispositif était connue et signalée, car celui qui est avisé d'un risque doit en tenir compte. Il ne l'est pas davantage lorsque aucune voie de substitution n'était ouverte, puisqu'on ne saurait reprocher de n'avoir pas emprunté un chemin qui n'existait pas.

La prévisibilité de la panne appelle une précision qui limite l'obligation. Le professionnel n'est pas garant du fonctionnement du service, et l'exiger reviendrait à lui transférer un risque que l'institution assume. Le droit espagnol trace ici une ligne que nous reprendrons : l'interruption du système, dont l'utilisateur n'a pas à répondre, et la défaillance de son propre équipement, qui demeure à sa charge⁹⁸⁶.

Le devoir de preuve est le point où la responsabilité du professionnel se joue le plus souvent. Le justiciable ne voit pas l'incident ; l'administration ne le déclare pas ; le concepteur ne l'expose pas. Le

⁹⁸³ Interprétation de l'auteur. La distinction entre les deux fondements que l'article 79 réunit — le fonctionnement des administrations et la faute de service des agents — n'est pas toujours faite, et c'est elle qui fournit ici la solution.

⁹⁸⁴ Dahir formant code des obligations et des contrats, art. 80.

⁹⁸⁵ Sur l'appréciation *in concreto* de la diligence d'un prestataire par comparaison avec le comportement d'un professionnel avisé placé dans la même situation, voir Yves POULLET et Jean-François LEROUGE, « La responsabilité des acteurs de l'Internet », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, 2002, p. 71, dépôt institutionnel de l'Université de Namur. Les auteurs écrivent en droit belge et sur un autre objet ; seule la méthode d'appréciation est retenue ici.

⁹⁸⁶ Voir *infra*, IV, B.



professionnel est le seul à pouvoir le constater au moment où il survient. Celui qui ne le fait pas se trouvera dans l'impossibilité d'établir la cause du retard et en supportera seul le poids — non parce qu'il aurait causé le dommage, mais parce qu'il ne pourra démontrer qu'un autre l'a causé. Ce devoir de constatation immédiate constitue, selon nous, une composante de la diligence et non une précaution d'opportunité⁹⁸⁷.

La faute du client, fréquente en pratique et rarement discutée, doit être réservée. Celui qui remet ses pièces la veille de l'expiration du délai contribue à la réalisation du dommage. Sa faute n'exonère pas le professionnel, qui devait l'avertir du risque ; elle réduit sa dette dans la mesure où elle a concouru au dommage, selon le droit commun du concours de causes.

La qualification du dommage demeure inchangée. Ce que le client perd n'est pas son procès mais la chance de le conduire, et la réparation se mesure à cette chance. La convergence mérite d'être relevée : quel que soit le débiteur — administration, concepteur ou professionnel —, le préjudice est identique, parce qu'il est déterminé par ce que la victime a perdu et non par la qualité de celui qui l'a causé. Cette unité du dommage commandera, en cinquième partie, celle du régime de l'imputation.

III. L'imputation : administration, fournisseur, professionnel

A. Le concepteur du dispositif et l'obstacle de l'effet relatif

Le concepteur occupe, dans cette configuration, une position singulière que le droit n'a pas prévue. Il n'est pas partie à l'instance : il n'y comparaît pas, n'y est pas représenté, n'y est pas récusable. Il n'est pas davantage lié au justiciable : aucun contrat ne les unit, et le service dont celui-ci subit la défaillance lui est fourni par l'administration. Il est en revanche lié à l'administration par un marché public, dont le cahier des charges fixe les exigences de disponibilité, de sécurité et de continuité auxquelles le dispositif doit satisfaire.

Ses choix de conception déterminent pourtant les conditions dans lesquelles les droits s'exercent ; les énumérer permet de mesurer ce qui lui incombe. Le **dimensionnement** détermine la résistance du service aux pointes de charge, dont la plus prévisible est l'affluence de fin de délai. La **disponibilité** — taux de fonctionnement garanti, plages d'indisponibilité programmée — détermine ce que l'utilisateur peut attendre et à quel moment. La **maintenance** détermine si les interruptions sont annoncées ou subies. L'existence d'une **procédure de secours** détermine si la défaillance prive l'utilisateur de tout recours ou du seul canal ordinaire. Le **paramétrage** détermine s'il est averti de l'échec d'une transmission ou s'il l'ignore. La **journalisation** détermine, on le verra, s'il pourra un jour prouver ce qui s'est produit. La **sauvegarde** détermine si l'acte déposé survit à l'incident. La **sous-traitance**, enfin, détermine si le débiteur de ces obligations est celui que le marché désigne ou un tiers que nul n'a choisi.

Ces éléments ne relèvent pas de la technique pure : ils sont l'objet même des engagements qu'un cahier des charges de marché informatique formule ordinairement sous forme de niveaux de service, et leur méconnaissance est une inexécution contractuelle avant d'être un incident. Ces décisions, prises longtemps avant le litige et hors de la vue du justiciable, produisent sur lui des effets que nul acte de procédure ne produirait sans être discuté.

Deux précisions s'imposent sur la nature de ces obligations. Celles qui portent sur des résultats vérifiables — l'existence d'une journalisation, celle d'une procédure de secours, le respect d'un taux de disponibilité stipulé — sont des obligations dont l'inexécution se constate. Celles qui tendent à prévenir tout incident ne peuvent être que des obligations de moyens : nul ne garantit qu'un service

⁹⁸⁷ Interprétation de l'auteur. Le rattachement du devoir de constatation à l'obligation de diligence n'est commandé par aucun texte ; il procède de ce que le professionnel est, dans cette configuration, le seul à pouvoir l'accomplir.



ne cédera jamais, et exiger le contraire serait démesuré⁹⁸⁸. La distinction commande la charge de la preuve et départage utilement ce que le concepteur doit de ce qu'il ne doit pas.

L'obstacle est celui de l'effet relatif des conventions. Le manquement du concepteur est un manquement contractuel, et le justiciable est tiers à ce contrat ; il ne peut, en principe, s'en prévaloir. Cette solution est logique et elle serait acceptable si le justiciable disposait par ailleurs d'un recours efficace contre l'administration ; elle cesse de l'être si ce recours est incertain, car le seul débiteur dont la faute est établie se trouve alors hors d'atteinte⁹⁸⁹.

B. L'opposabilité du manquement contractuel au tiers

Le droit français a résolu une difficulté de structure identique, et sa solution mérite examen.

Par un arrêt d'assemblée plénière du 13 janvier 2020, la Cour de cassation a jugé que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, sans avoir à démontrer une faute distincte de ce manquement⁹⁹⁰. La solution confirme celle que l'assemblée plénière avait dégagée en 2006 et met fin à une divergence entre chambres.

Sa transposition à notre hypothèse produirait un résultat net. Le justiciable pourrait invoquer, sur le fondement de l'article 78 du dahir des obligations et des contrats, le manquement du concepteur aux stipulations du marché, sans avoir à établir une faute autre que ce manquement. Le cahier des charges, auquel il est tiers, deviendrait ainsi la mesure de la diligence exigible, et l'obstacle de l'effet relatif serait levé.

Restent les réserves, car la transposition n'est ni acquise ni sans coût.

Elle n'est pas acquise d'abord parce que la solution française est propre à son ordre juridique et demeure discutée dans son principe même : on lui reproche de vider l'effet relatif de sa substance et de permettre au tiers d'obtenir, sur le fondement délictuel, davantage que le créancier n'obtiendrait sur le fondement contractuel. Le droit marocain n'y est pas tenu, et aucune décision marocaine consacrant une solution comparable n'a été identifiée par le dépouillement.

Elle n'est pas sans coût ensuite, car elle expose le concepteur à une responsabilité dont il ne peut mesurer l'étendue : le nombre des justiciables susceptibles d'invoquer le manquement est indéterminé, et les clauses limitatives convenues avec l'administration leur sont inopposables. Elle doit néanmoins être retenue, pour une raison tirée de la structure du problème : celui qui détermine les conditions d'exercice d'un droit doit répondre de cette détermination devant celui qui l'exerce, et l'effet relatif n'a pas pour fonction de protéger l'auteur d'un dommage contre celui qui le subit. **La proposition est doctrinale et se présente comme telle**⁹⁹¹.

C. Le professionnel : diligence, vigilance et charge de la preuve

Le professionnel occupe une position intermédiaire dont la pratique tirera l'essentiel des conséquences.

⁹⁸⁸ La distinction est classique en matière de prestations techniques ; sur son application au prestataire de services en ligne et sur le caractère démesuré d'une obligation de résultat pesant sur lui, voir Y. POULLET et J.-F. LEROUGE, art. préc., p. 32. Les auteurs raisonnent sur l'identification des abonnés d'un fournisseur d'accès et non sur un service judiciaire ; seule la structure du raisonnement est retenue. Nous n'avons trouvé, dans le corpus consulté, aucune étude doctrinale consacrée aux contrats informatiques de l'administration judiciaire, et cette lacune est signalée plutôt que comblée.

⁹⁸⁹ Sur le report de garanties assurées par l'acte instrumentaire vers un constat technique dont les conditions ne sont pas toujours explicitées, voir Lorenzo Mateo BUJOSA VADELL, « Juicios virtuales y garantías procesales », in Débora GUERRA MORENO (coord.), *Constitución y justicia digital*, Universidad Libre, Seccional Cúcuta, Colombie, p. 107. Le prolongement proposé ici n'est pas formulé par l'auteur.

⁹⁹⁰ Cour de cassation, assemblée plénière, 13 janvier 2020, n° 17-19.963, publié au bulletin.

⁹⁹¹ Interprétation de l'auteur, présentée comme proposition et non comme état du droit marocain.

Il est débiteur envers son client, on l'a vu, d'une obligation de diligence d'étendue mesurée : elle lui impose de ne pas s'exposer sans nécessité au risque de défaillance, non de le prévenir. Il est en même temps le seul, dans cette configuration, à pouvoir constater l'incident au moment où il survient — le justiciable ne le voit pas, l'administration ne le déclare pas, le concepteur ne l'expose pas.

De là une conséquence pratique qui commande tout le reste. La perte de chance suppose que la défaillance soit établie ; or la partie qui l'allègue ne détient aucun élément, les journaux du dispositif étant entre les mains de celui qui l'exploite. Le professionnel qui n'a pas fait constater l'incident au moment où il s'est produit se trouvera donc dans l'impossibilité de démontrer la cause du dommage, et il en supportera le poids : faute de pouvoir établir la défaillance, il ne pourra opposer qu'elle est la cause du retard, et sa propre responsabilité demeurera seule engagée.

La preuve doit donc être traitée pour elle-même : aucune des qualifications proposées ne vaudra si la défaillance ne peut être établie.

Ce qui existe et à qui cela appartient. Un incident laisse des traces, mais elles sont toutes du côté de celui qui exploite le service : les journaux du serveur, qui enregistrent les interruptions et leur durée ; les journaux de connexion, qui établissent les tentatives d'accès et leur échec ; l'horodatage, qui date les opérations abouties. La victime ne détient, au mieux, qu'une capture d'écran, dont la valeur probatoire est faible parce qu'elle est unilatérale, et le témoignage de ses propres collaborateurs.

Quatre instruments permettent de sortir de cette asymétrie, et aucun n'exige d'innovation.

Le premier est la **production forcée** : le juge peut enjoindre à celui qui détient un élément de preuve de le produire, au besoin sous astreinte, et tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus⁹⁹². C'est l'instrument le plus immédiatement disponible, et le refus de produire les journaux devrait suffire à fonder la conviction du juge.

Le deuxième est le **commencement de preuve objectif**. La partie qui produit un accusé de dépôt manquant là où le système en délivre un systématiquement, ou qui établit que plusieurs professionnels ont subi le même incident au même moment, rapporte un élément qui ne prouve pas l'indisponibilité mais la rend vraisemblable. C'est de ce seuil que dépend le déclenchement des mécanismes suivants.

Le troisième est l'**aménagement de la charge de la preuve** au profit de celui qui n'est pas en mesure de la rapporter, dont la jurisprudence française offre un exemple en matière d'obligation d'information⁹⁹³. La même logique se retrouve, plus près de notre hypothèse, dans le contentieux où la victime ne peut désigner celui des acteurs dont émane le dommage : il a alors été jugé qu'il appartenait à chacun de prouver que son fait n'en était pas à l'origine⁹⁹⁴. Transposée, la solution conduit à ce que, une fois le commencement de preuve rapporté, il appartienne à l'exploitant d'établir que le dispositif fonctionnait, et au concepteur que la défaillance ne procédait pas de sa conception.

Le quatrième est le plus simple et le plus efficace : le **certificat d'indisponibilité**. Le droit espagnol l'a institué, on le verra, en exigeant que l'écrit déposé hors délai soit accompagné d'un justificatif de

⁹⁹² Code de procédure civile français, art. 11, aux termes duquel « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus » et « si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte ». Le texte est cité comme modèle de rédaction, non comme source applicable au Maroc.

⁹⁹³ Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 25 février 1997, n° 94-19.685, publié au bulletin.

⁹⁹⁴ Sur le renversement opéré dans le contentieux du Distilbène, où, la causalité du produit étant acquise, « il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage », voir R. E. MUNITA MARAMBIO, thèse préc., n° 1110 et les décisions qu'il rapporte. Nous n'avons pas consulté ces décisions directement. La transposition est fonctionnelle et limitée à la charge de la preuve : l'hypothèse examinée ici n'est pas celle d'une causalité alternative, ainsi qu'il sera précisé en cinquième partie.



l'interruption, que l'administrateur du système délivre à la demande⁹⁹⁵. L'instrument est administratif, il ne suppose aucun procès, et il fait disparaître la difficulté au lieu de la trancher.

Nous proposons de retenir cette hiérarchie, dans laquelle chaque degré ne joue qu'à défaut du précédent : le certificat lorsqu'il existe, l'aménagement probatoire lorsqu'il n'existe pas, la production forcée lorsque l'exploitant se dérobe. Les deux premiers relèvent du texte réglementaire attendu ; la troisième est déjà disponible. **La proposition est formulée de lege ferenda** pour le droit marocain, aucune décision consacrant une telle solution n'ayant été identifiée⁹⁹⁶.

IV. L'épreuve du droit comparé

A. Le régime français : l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire

Le droit français traite la responsabilité de l'État du fait de la justice par un texte propre, dont la lecture est instructive à double titre.

L'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire dispose que « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice » et ajoute que, « sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice »⁹⁹⁷.

Le premier enseignement tient à la formule retenue : le texte vise le **fonctionnement défectueux du service**, non la faute d'un magistrat ni celle d'un agent. Il désigne donc, comme l'article 79 du dahir marocain, un fait objectif d'organisation. Cette convergence de rédaction est remarquable, car les deux textes n'ont aucune filiation : elle suggère que le fonctionnement du service est la catégorie naturelle de la responsabilité de l'État en matière judiciaire.

Le second vaut avertissement. Le droit français a assorti cette responsabilité d'un seuil — la faute lourde ou le déni de justice — dont la fonction est de préserver l'autorité de la chose jugée et l'indépendance du juge. Ce seuil se comprend lorsque le dommage procède d'une décision juridictionnelle ; il perd sa raison d'être lorsqu'il procède de l'indisponibilité d'une plateforme, où ni l'autorité de la chose jugée ni l'indépendance ne sont en cause. Une transposition mécanique du seuil serait donc inadéquate, et cette observation prépare la proposition finale⁹⁹⁸.

B. Le laboratoire espagnol : LexNET et l'article 135 de la loi de procédure civile

Le droit espagnol offre un point de comparaison d'une autre nature, et c'est le plus instructif de tous, parce qu'il a affronté exactement notre hypothèse et l'a résolue autrement.

Son fondement général est proche du nôtre. L'article 1902 du code civil dispose que celui qui, par action ou omission, cause un dommage à autrui, en intervenant faute ou négligence, est obligé de réparer le dommage causé⁹⁹⁹ : la faute y est définie par l'omission autant que par l'action, ce qui saisit sans difficulté le défaut de dimensionnement ou l'absence de procédure de secours.

Mais ce n'est pas par là que le droit espagnol a traité la défaillance de son système de dépôt électronique. Le système LexNET, dont le décret royal 1065/2015 règle le fonctionnement, est le canal obligatoire des communications électroniques avec l'administration de la justice¹⁰⁰⁰. Sa défaillance a été anticipée, et elle l'a été **dans la loi de procédure**, non dans le droit de la responsabilité.

⁹⁹⁵ Voir *infra*, IV, B.

⁹⁹⁶ Proposition de *lege ferenda*.

⁹⁹⁷ Code de l'organisation judiciaire français, art. L. 141-1.

⁹⁹⁸ Interprétation de l'auteur.

⁹⁹⁹ *Código civil* espagnol, art. 1902 : « El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. »

¹⁰⁰⁰ *Real Decreto* 1065/2015, du 27 novembre 2015, relatif aux communications électroniques dans l'administration de la justice dans le ressort territorial du ministère de la Justice et portant réglementation du système LexNET (BOE-A-2015-12999).

L'article 135 de la loi de procédure civile prévoit trois mécanismes qui, ensemble, forment un dispositif complet. Les écrits peuvent être présentés tous les jours de l'année et à toute heure, le système délivrant automatiquement un accusé de réception horodaté. Lorsque le délai est péremptoire, la présentation demeure possible jusqu'à quinze heures le jour ouvrable suivant son expiration. Et surtout, en cas d'interruption non programmée du service, l'expéditeur peut présenter l'écrit au greffe le premier jour ouvrable suivant, « en produisant le justificatif de cette interruption » ; il en va de même lorsque l'accès à la plateforme s'avère impossible, à charge pour lui de le justifier suffisamment devant le greffe¹⁰⁰¹.

Trois enseignements en résultent, qui commandent la suite.

Le premier tient à la **nature du remède**. Le droit espagnol ne répare pas la chance perdue : il l'empêche de se perdre. Le délai est prorogé, l'acte est reçu, l'instance suit son cours. La responsabilité civile n'a pas à intervenir parce que le dommage n'est pas advenu.

Le deuxième tient à la **preuve**, et c'est le point le plus précieux. Le texte exige un justificatif de l'interruption, et la pratique veut que l'administrateur du système le délivre à la demande du professionnel¹⁰⁰². La charge probatoire est ainsi renversée par le mécanisme même : celui qui détient l'information est tenu de la fournir, sans qu'il faille recourir à une injonction judiciaire.

Le troisième est une limite, et sa rigueur mérite d'être mesurée. Le dispositif ne couvre que l'interruption **du système** ; la défaillance de l'équipement propre du professionnel n'est pas envisagée et demeure à sa charge¹⁰⁰³. Le droit espagnol trace donc une frontière nette entre le risque du service, que l'institution assume, et le risque de l'utilisateur, qu'il supporte — partage dont on verra qu'il commande la solution de l'imputation.

Ce dispositif législatif est doublé, au niveau constitutionnel, par une série de décisions qui vont dans le même sens. Depuis 2019, le Tribunal constitutionnel juge de façon répétée que l'usage de l'adresse électronique habilitée comme voie de communication du premier acte d'assignation méconnaît le droit à la protection juridictionnelle effective, et il en tire l'annulation de la procédure à compter de l'acte défectueux¹⁰⁰⁴. La conséquence, là encore, n'est pas indemnitaire mais processuelle : le justiciable n'obtient pas des dommages-intérêts, il obtient que la procédure soit reprise. **Le droit espagnol, législateur et juge constitutionnel confondus, traite donc la défaillance numérique par la restitution et non par la réparation.**

C. Ce que la comparaison enseigne au droit marocain

De cette double comparaison, le droit marocain peut tirer trois leçons.

Le fonctionnement du service est la catégorie adéquate. Les deux ordres examinés désignent le fonctionnement objectif de l'administration et non la faute d'un agent, et l'article 79 du dahir

¹⁰⁰¹ *Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 135, dans sa version consolidée. Le texte prévoit que la présentation peut intervenir « hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo » et qu'en cas d'interruption du service l'expéditeur peut procéder à la présentation « en la oficina judicial el primer día hábil siguiente acompañando el justificante de dicha interrupción », ou, lorsque l'accès est impossible, « el primer día hábil siguiente, justificándolo suficientemente ante la oficina judicial ».

¹⁰⁰² Selon la présentation du régime diffusée par l'Ordre des avocats de Barcelone, le justificatif de l'interruption est délivré par l'administrateur du système à la demande du professionnel. Source professionnelle, mobilisée pour la seule description de la pratique et non comme source de droit.

¹⁰⁰³ Ibid. La distinction entre l'interruption du système, couverte par le texte, et la défaillance de l'équipement propre du professionnel, qui ne l'est pas, y est expressément relevée. On observera que l'article 30, paragraphe 4, de la loi 18/2011, parfois cité à ce propos, ne saurait plus l'être : ce texte a été abrogé avec effet au 21 décembre 2023.

¹⁰⁰⁴ Tribunal constitutionnel espagnol, première chambre, décision 64/2021 du 15 mars 2021, recours d'*amparo* n° 862-2020, *Boletín Oficial del Estado* (BOE-A-2021-6610). Cette décision se rattache à la solution fixée par la décision 40/2020 du 27 février 2020, à laquelle se réfèrent également les décisions 73/2020, 123/2020, 127/2020, 31/2021, 187/2021 et 138/2023.



marocain emploie la même formule. Le droit marocain n'a donc pas à créer un régime : il a à lire son texte.

Le seuil de faute lourde n'est pas transposable. Il se justifie par la protection de l'acte juridictionnel ; la défaillance d'une plateforme n'est pas un acte juridictionnel. Retenir la faute simple ne compromet ni l'autorité de la chose jugée ni l'indépendance du juge.

La réparation est subsidiaire. Le droit espagnol montre que le remède premier est processuel, et le droit marocain en dispose désormais : l'article 61 du code de procédure civile ouvre la nullité pour irrégularité de forme et de procédure lorsque les intérêts de la partie ont été effectivement lésés, et l'article 90 permet au tribunal de revenir à la procédure ordinaire lorsque les conditions de l'audience à distance ne sont pas réunies¹⁰⁰⁵. La responsabilité civile ne commence que là où ces remèdes s'arrêtent.

V. L'articulation des fondements et des compétences : prendre parti

A. La difficulté : trois textes, trois logiques

Le droit marocain offre au justiciable trois fondements dont aucun texte ne règle l'articulation. Énonçons la difficulté sans l'atténuer.

L'article 122 de la Constitution dispose que « les dommages causés par une erreur judiciaire ouvrent droit à une réparation à la charge de l'État »¹⁰⁰⁶. Le texte est bref, il est d'application incertaine, et sa notion centrale — l'erreur judiciaire — n'est définie nulle part.

L'article 79 du dahir des obligations et des contrats fonde la responsabilité de l'État pour les dommages causés par le fonctionnement de ses administrations. Il ne vise pas la justice en particulier, mais rien ne l'en exclut.

Les articles 77 et 78 du même dahir fondent la responsabilité de droit commun, applicable au concepteur comme au professionnel.

Trois textes, donc, et trois logiques : constitutionnelle, administrative, civile. Le justiciable qui subit une défaillance ignore lequel invoquer, et devant quelle juridiction. Cette incertitude n'est pas théorique : elle décidera de la recevabilité de son action.

B. L'obstacle de l'article 80 et la subsidiarité inapplicable

Une difficulté particulière doit être isolée : elle a été peu aperçue, et elle est déterminante.

L'article 80 subordonne l'action contre l'État à l'insolvabilité des fonctionnaires responsables : ceux-ci répondent personnellement de leur dol et de leurs fautes lourdes, et l'État ne peut être actionné qu'à défaut¹⁰⁰⁷. Le mécanisme est cohérent lorsque le dommage procède du comportement d'un agent identifiable. Il devient inapplicable lorsque aucun agent n'est en cause.

Trois lectures s'affrontent. Ou bien la subsidiarité s'applique, et l'action contre l'État est irrecevable faute de fonctionnaire préalablement recherché — solution absurde, puisqu'elle exigerait de poursuivre un fonctionnaire dont nul ne prétend qu'il a commis une faute. Ou bien la subsidiarité fait obstacle à toute action, l'article 79 étant privé d'effet propre — solution contraire à l'existence même de ce texte. Ou bien la subsidiarité ne concerne que le second fondement de l'article 79, celui des fautes de service des agents, et laisse intact le premier, celui du fonctionnement des administrations. Cette troisième lecture est la seule qui donne un effet à chacun des deux textes, et c'est celle que nous retenons. Elle se déduit de la lettre même de l'article 80, qui vise « les fonctionnaires responsables » : là où il n'y a pas de fonctionnaire responsable, il n'y a pas de subsidiarité à opposer.

¹⁰⁰⁵ Loi n° 58.25, art. 61 et 90. L'article 61 n'admet le moyen de nullité pour irrégularités de forme et de procédure que si les intérêts de la partie qui l'a soulevé ont été effectivement lésés, et exige qu'il soit soulevé avant toute défense au fond ; l'article 90, en son troisième alinéa, permet au tribunal de revenir par décision motivée à la procédure ordinaire lorsque les conditions ne sont pas réunies ou que l'audience à distance ne peut être achevée.

¹⁰⁰⁶ Constitution du Royaume du Maroc du 29 juillet 2011, art. 122 : « Les dommages causés par une erreur judiciaire ouvrent droit à une réparation à la charge de l'État. »

¹⁰⁰⁷ Dahir formant code des obligations et des contrats, art. 80.

La solution est une interprétation ; elle n'a été consacrée par aucune décision dont nous ayons eu connaissance¹⁰⁰⁸.

C. La compétence, le précédent administratif et le règlement de l'imputation

Sur la compétence, un précédent existe. Il ne tranche pas notre hypothèse mais en éclaire la solution, à condition d'en mesurer exactement la portée.

Par un jugement n° 325 bis, rendu sur le dossier n° 170/12/2012, le tribunal administratif de Rabat a affirmé sa compétence matérielle pour connaître des actions en réparation du dommage résultant d'erreurs judiciaires, écartant l'exception d'incompétence soulevée par l'agent judiciaire du Royaume¹⁰⁰⁹. Le demandeur invoquait l'article 122 de la Constitution, l'article 391 du code de procédure civile et l'article 8 de la loi instituant les juridictions administratives.

Le raisonnement qui la soutient vaut *a fortiori* pour notre hypothèse, et il convient de le rapporter. Il repose sur deux propositions. La première écarte l'objection tirée de l'article 109 de la Constitution : si ce texte définit le manquement au devoir d'indépendance et d'impartialité, il en fait une faute professionnelle grave emportant révocation, non une erreur judiciaire ouvrant droit à réparation, en sorte qu'il ne saurait circonscrire le domaine de l'article 122¹⁰¹⁰. La seconde est la plus importante : le service de la justice, comme tout service public, est soumis aux règles de la responsabilité administrative, que ni l'indépendance de la justice ni la spécificité des actes juridictionnels n'abolissent dans leur principe ; et l'article 154 de la Constitution soumet les services publics sans distinguer selon leur nature, ce dont il résulte que le service de la justice y est compris¹⁰¹¹.

La portée de ce précédent doit cependant être délimitée avec rigueur, et trois réserves s'imposent. Il porte sur l'erreur judiciaire et non sur la défaillance d'un dispositif technique, qui n'était pas en cause. Il émane d'une juridiction du premier degré, dont la solution n'a pas, à notre connaissance, été confirmée. Il n'a enfin été consulté que par l'intermédiaire d'une source doctrinale. **Il ne saurait donc être présenté comme tranchant la question examinée ici.**

Ce qu'il autorise est plus modeste et demeure utile : il établit que l'objection de principe — le service de la justice échapperait par nature à la responsabilité administrative — a été soumise à un juge et rejetée. Si elle l'a été pour ce qui touche à l'acte juridictionnel lui-même, elle vaut *a fortiori* pour un incident technique qui n'y touche pas. Le précédent ne fournit pas la solution ; il écarte l'obstacle.

L'obstacle étant écarté, nous formulons la position suivante, dont chaque élément est rattaché à son fondement et dont aucun n'est présenté comme acquis.

La compétence appartient aux juridictions administratives, non par extension de l'article 122 de la Constitution, mais par application de l'article 79 du dahir des obligations et des contrats et de l'article 118 de la Constitution. La distinction avec l'erreur judiciaire doit être maintenue : l'erreur judiciaire est une erreur dans le jugement, et la défaillance d'une plateforme n'en est pas une. Étendre l'article 122 à l'incident technique reviendrait à en dénaturer la notion ; le rattacher à l'article 79 est plus exact et suffit¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ Interprétation de l'auteur. La lecture proposée donne un effet distinct à chacun des deux fondements que réunit l'article 79 ; elle n'est confirmée par aucune décision identifiée.

¹⁰⁰⁹ Tribunal administratif de Rabat, jugement n° 325 bis, dossier n° 170/12/2012, rapporté par Y. WAHALOU, art. préc., p. 87-88. La décision n'a pas été consultée sur une publication officielle ; les indications de date que rapporte cette source présentent une discordance entre le quantième hégirien et son équivalent grégorien, en sorte que l'année n'est pas donnée ici, et la référence est fournie sous cette réserve.

¹⁰¹⁰ Y. WAHALOU, art. préc., p. 88, discutant l'article 109 de la Constitution.

¹⁰¹¹ Ibid., l'auteur relevant que l'article 154 de la Constitution soumet les services publics « sans en déterminer les catégories », d'où il déduit que le service de la justice y est compris.

¹⁰¹² La distinction est de l'auteur. Elle préserve l'article 122 pour ce qu'il vise — la réparation due à qui a été jugé à tort — et rattache l'incident technique au droit commun de la responsabilité administrative.

La faute exigée est la faute simple. Le seuil de faute lourde retenu en droit français a pour fonction de protéger l'acte juridictionnel et l'indépendance du juge ; ni l'une ni l'autre n'est en cause lorsqu'un serveur cède sous la charge. Le maintien du seuil dans cette hypothèse serait une immunité sans objet.

L'imputation obéit à un partage fondé sur la maîtrise du risque. C'est ici qu'il faut prendre parti sur le concours de fautes, que la doctrine laisse ordinairement ouvert.

Le principe que nous proposons est le suivant : **chacun répond du risque qu'il maîtrise, et le partage se fait selon cette maîtrise et non selon la gravité des fautes.** Il en résulte trois conséquences.

L'administration répond du fonctionnement du service, c'est-à-dire de la disponibilité du dispositif, de son dimensionnement et de l'existence d'une voie de secours. Elle en répond intégralement à l'égard du justiciable, sans que la faute du concepteur lui soit opposable : celui-ci est son cocontractant, non celui de l'utilisateur, et le choix de lui confier le service est un acte d'organisation dont elle assume les conséquences. Elle conserve son recours contre lui.

Le concepteur répond de la conformité du dispositif aux exigences du marché, à l'égard de l'administration sur le fondement contractuel et à l'égard du justiciable sur le fondement de l'article 78, selon la voie proposée en troisième partie. Sa responsabilité est engagée concurremment avec celle de l'administration lorsque la défaillance procède d'un défaut de conception ; elle ne l'est pas lorsqu'elle procède d'un défaut d'exploitation.

Le professionnel répond de son propre comportement, et le droit espagnol fournit ici la ligne de partage : le risque du service est assumé par l'institution, le risque de l'équipement propre demeure à la charge de l'utilisateur. Celui qui n'a pu déposer parce que la plateforme était interrompue n'a commis aucune faute ; celui qui n'a pu déposer parce que sa propre connexion était défaillante en répond seul.

Confronté à la doctrine de la causalité — sans quoi il ne serait qu'une commodité —, ce critère résiste, mais au prix d'une rectification.

La délimitation d'abord. Le droit connaît un mécanisme qui permet de tenir plusieurs personnes pour le tout lorsque l'auteur du dommage ne peut être identifié parmi elles : c'est la causalité alternative, dont le contentieux des produits de santé a fourni les applications les plus discutées¹⁰¹³. **Ce mécanisme n'est pas le nôtre**, et il serait fautif de s'en réclamer. Dans notre hypothèse, les trois débiteurs sont identifiés et leurs sphères respectives sont distinctes : l'un exploite, l'autre a conçu, le troisième a agi ou s'est abstenu. L'incertitude ne porte pas sur l'identité de l'auteur mais sur la part de chacun, ce qui est une tout autre question.

La correction ensuite. Le fondement de la solidarité proposée n'est donc pas l'indétermination causale mais le concours de fautes déterminées, régi par le droit commun : lorsque plusieurs fautes ont concouru à la réalisation d'un même dommage, chacun de leurs auteurs en répond envers la victime, la répartition ne s'opérant qu'entre eux. C'est ce fondement qu'il faut retenir, et non celui, plus séduisant mais inapplicable, de la causalité alternative¹⁰¹⁴.

Reste l'hypothèse du **concours** : la plateforme était fragile et le professionnel a attendu le dernier jour. Le partage s'opère alors, selon nous, d'après la maîtrise respective du risque, et la solution qui en résulte est asymétrique — nous l'assumons. À l'égard du justiciable, l'administration et le professionnel sont tenus chacun pour le tout, la victime n'ayant pas à supporter la difficulté de la répartition. Entre eux, la contribution se fait selon la part que chacun a prise dans la réalisation du

¹⁰¹³ Sur la causalité alternative et ses applications, voir R. E. MUNITA MARAMBIO, thèse préc., n° 1100 et s., qui en expose les conditions — pluralité d'auteurs potentiels identifiés, dommage effectivement causé par l'un d'eux, impossibilité d'identifier lequel — ainsi que les solutions néerlandaise et espagnole.

¹⁰¹⁴ Cette délimitation est de l'auteur. Elle écarte un fondement dont la doctrine examinée montre qu'il suppose une indétermination de l'auteur, laquelle fait défaut ici.



dommage, l'administration supportant le risque du service et le professionnel celui de son imprudence. La faute du professionnel n'exonère donc pas l'administration ; elle fonde seulement le recours de celle-ci¹⁰¹⁵.

Cette articulation appelle une réserve qui en limite la portée. Elle repose sur une lecture de l'article 79 que la doctrine soutient mais qu'aucune décision n'a consacrée pour l'hypothèse technique, sur une interprétation de l'article 80 qui n'a pas été soumise au juge, et sur une transposition de la solution française de 2020 que le droit marocain n'a pas adoptée. Elle est cohérente, et le précédent administratif en admet le principe pour une hypothèse voisine ; elle n'est pas acquise.

Conclusion

Le contentieux dont cette étude a traité n'existe pas encore. Il naîtra, et il naîtra vite, parce que la loi n° 58.25 a rendu obligatoire le passage par des dispositifs dont personne ne garantit le fonctionnement. Mieux vaut que le droit l'attende que d'avoir à l'improviser.

Ce que l'étude établit. Le dommage se qualifie en perte de chance procédurale, et la catégorie n'a rien d'inédit en droit marocain : la doctrine y oppose depuis longtemps le dommage éventuel, non réparable, et la chance perdue, tenue pour un dommage certain réparable à hauteur de la probabilité perdue, et elle en donne pour exemple l'appel non interjeté dans le délai. Ce qui manquait n'était pas la catégorie mais sa systématisation, deux auteurs marocains relevant que la théorie n'a pas encore retenu l'attention qu'elle mérite. Quatre hypothèses s'en dégagent, dont trois sont réparables — la perte de la chance d'accomplir l'acte, celle d'exercer un recours, celle de contredire — et dont la quatrième, la perte de la chance d'obtenir une décision plus favorable, doit être écartée : est réparable la chance dont la disparition se constate, non celle dont la réalisation se suppose. Le fondement adéquat est l'article 79 du dahir des obligations et des contrats entendu en son premier membre, que la doctrine marocaine tient, avec l'article 80, pour l'assise du régime de la responsabilité administrative.

Ce que l'étude propose. Quatre propositions dépassent l'interprétation. La subsidiarité de l'article 80 ne fait pas obstacle à l'action fondée sur le fonctionnement des administrations, faute de fonctionnaire responsable à rechercher préalablement. Le justiciable peut invoquer contre le concepteur le manquement aux stipulations du marché sans démontrer de faute distincte. Le contentieux relève des juridictions administratives et la faute exigée est la faute simple, le seuil de faute lourde n'ayant de raison d'être qu'à l'égard de l'acte juridictionnel. L'imputation, enfin, obéit à un partage fondé sur la maîtrise du risque : l'administration répond du service, le concepteur de la conformité du dispositif, le professionnel de son propre équipement et de son imprudence ; en cas de concours, l'administration et le professionnel sont tenus chacun pour le tout à l'égard du justiciable, la contribution se réglant ensuite entre eux. Le fondement de cette solidarité n'est pas la causalité alternative, dont la confrontation avec la doctrine montre qu'elle suppose une indétermination de l'auteur qui fait ici défaut, mais le concours de fautes déterminées. Ce dernier point est celui sur lequel les travaux antérieurs se dérobaient ; nous avons pris parti.

Ce que l'étude a trouvé et qui l'a corrigée. Un tribunal administratif a déjà affirmé sa compétence matérielle pour connaître de la réparation du dommage résultant d'une erreur judiciaire, en écartant l'exception soulevée par l'agent judiciaire du Royaume et en jugeant que le service de la justice, comme tout service public, relève des règles de la responsabilité administrative. Ce précédent ne tranche pas notre hypothèse — il porte sur l'acte juridictionnel, émane d'une juridiction du premier degré et n'a été consulté qu'indirectement —, mais il écarte l'objection de principe, et ce qui a été admis pour l'acte juridictionnel vaut *a fortiori* pour l'incident technique qui n'y touche pas.

¹⁰¹⁵ Proposition de l'auteur. Le partage fondé sur la maîtrise du risque n'est commandé par aucun texte ; il est proposé comme critère de contribution parce qu'il est le seul qui rende compte de la position respective des trois débiteurs possibles.

Ce que l'étude ne démontre pas. Aucune décision marocaine n'a appliqué la perte de chance à un dommage d'origine technique, ni consacré la lecture proposée des articles 79 et 80, ni admis l'opposabilité au tiers du manquement contractuel. Le corpus consulté ne comporte enfin aucune étude doctrinale consacrée aux contrats informatiques de l'administration judiciaire, en sorte que l'analyse des obligations du concepteur repose sur la structure du marché et sur le droit commun plutôt que sur une doctrine spécialisée. Le jugement administratif sur lequel repose la solution de compétence n'a été consulté que par l'intermédiaire d'une source doctrinale, dont les indications de date présentent une discordance signalée en note. La monographie marocaine consacrée à la perte de chance n'a pu être consultée directement.

Ce que l'étude signale. La réparation en argent n'est pas le remède premier, et le droit espagnol le démontre mieux qu'aucun raisonnement. Face à la défaillance de son système de dépôt électronique, l'Espagne n'a pas construit un régime de responsabilité : elle a prorogé le délai. L'article 135 de la loi de procédure civile permet de présenter l'écrit au greffe le premier jour ouvrable suivant l'interruption, sur production d'un justificatif que l'administrateur du système délivre, et le Tribunal constitutionnel annule la procédure lorsque la communication électronique a supprimé la mise en condition de connaître. Législateur et juge constitutionnel confondus, le droit espagnol traite la défaillance numérique par la restitution et non par la réparation. Le droit marocain dispose désormais des mêmes instruments — l'article 61 du code de procédure civile pour la nullité en cas de lésion effective, l'article 90 pour le retour à la procédure ordinaire —, et **la responsabilité civile ne commence que là où ces remèdes s'arrêtent** : l'instance close, le délai expiré, la décision passée en force. Le domaine est résiduel ; c'est celui où le justiciable est le plus démun.

Ouverture. Toute cette construction repose sur une condition que l'étude n'a pu que constater : la possibilité d'établir la défaillance. Celui qui l'allègue ne détient rien ; celui qui détient tout n'a aucun intérêt à produire. Le droit espagnol a résolu la difficulté sans recourir au juge, en faisant du justificatif d'interruption une pièce que l'administrateur délivre sur demande. C'est le modèle que le texte réglementaire attendu au Maroc devrait retenir, et il est modeste : il suffirait de prescrire la consignation de tout incident, de sa durée et de sa cause, et la délivrance d'une attestation à qui la demande. Tant que cette prescription fera défaut, la qualification la mieux construite demeurera sans emploi. C'est vers cette question probatoire — plus modeste en apparence que celle des fondements — que la recherche à venir devrait selon nous se tourner. Une garantie ne vaut que par la trace qu'elle laisse ; il en va de même d'un dommage.

Bibliographie

I. Textes normatifs

Maroc

Constitution du Royaume du Maroc du 29 juillet 2011, articles 109, 117, 118, 120, 122 et 154.

Dahir du 12 août 1913 formant code des obligations et des contrats, articles 77, 78, 79, 80, 98 et 264.

Dahir n° 1.26.07 du 22 chaabane 1447 (11 février 2026) portant promulgation de la loi n° 58.25 relative à la procédure civile, *Bulletin officiel* n° 7485 du 5 ramadan 1447 (23 février 2026), articles 61 et 90.

France

Code civil, article 1240.

Code de procédure civile, article 11.

Code de l'organisation judiciaire, article L. 141-1.

Avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumis à consultation le 29 avril 2016, article 1238 (texte non adopté).

Espagne

Código civil, artículo 1902.



Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, artículo 135.

Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET (BOE-A-2015-12999).

II. Jurisprudence

Maroc

Tribunal administratif de Rabat, jugement n° 325 bis, dossier n° 170/12/2012 (rapporté par Y. Wahalou, non consulté en publication officielle).

Conseil supérieur, décision du 21 janvier 1976, *Revue de la jurisprudence du Conseil supérieur*, n° 26 (rapportée par M. El Khatib, non consultée en publication officielle).

France

Cour de cassation, assemblée plénière, 13 janvier 2020, n° 17-19.963, publié au bulletin.

Cour de cassation, 1re chambre civile, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, publié au bulletin.

Cour de cassation, 1re chambre civile, 25 février 1997, n° 94-19.685, publié au bulletin.

Cour de cassation, 1re chambre civile, 16 juillet 1998, n° 96-15.380 (non consulté sur une base officielle ; référence donnée sous réserve).

Espagne

Tribunal constitutionnel, décision 40/2020 du 27 février 2020.

Tribunal constitutionnel, première chambre, décision 64/2021 du 15 mars 2021, recours d'amparo n° 862-2020 (BOE-A-2021-6610).

Tribunal constitutionnel, décisions 73/2020, 123/2020, 127/2020, 31/2021, 187/2021 et 138/2023.

III. Doctrine marocaine

AAMIMI, Radouane et FIKRI, Abdelhak, « نظرية تفويت الفرصة في القانون الإداري » [La théorie de la perte de chance en droit administratif], *Revue marocaine d'administration locale et de développement*, n° 170-171, mai-août 2023, p. 243-270.

CHAMS EDDINE, Al-Houssaine, *التطبيق إلى النظرية الفكرة من المدنية المسؤولية في الفرصة تفويت* [La perte de chance en responsabilité civile, de l'idée théorique à l'application], coll. « Études juridiques contemporaines », n° 17, 1re éd., 2009 (cité d'après M. El Khatib, non consulté directement).

EL KHATIB, Mustapha, *المختصر في المسؤولية المدنية* [Précis de responsabilité civile], Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Université Ibn Zohr, Agadir, dépôt légal MO38482017.

WAHALOU, Younès, « مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية على ضوء أحكام المحاكم الإدارية المغربية » [La responsabilité de l'État du fait des erreurs judiciaires à la lumière des décisions des juridictions administratives marocaines], *Publications de la Revue des sciences juridiques — série jurisprudence administrative*, n° 1, 2014, p. 83-99.

IV. Doctrine étrangère et comparée

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, « Juicios virtuales y garantías procesales », in GUERRA MORENO, Débora (coord.), *Constitución y justicia digital*, Universidad Libre, Seccional Cúcuta, Colombie, p. 91 et s.

LEGRAND, Pierre, *Le Droit comparé*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2006.

MUNITA MARAMBIO, Renzo Esteban, *La responsabilité civile liée aux activités scientifiques et technologiques : approche de droit comparé*, thèse de doctorat, Université Grenoble Alpes, 2017, NNT 2017GREAD001, HAL tel-01681329v2.

POULLET, Yves et LEROUGE, Jean-François, « La responsabilité des acteurs de l'Internet », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, 2002, dépôt institutionnel de l'Université de Namur.

V. Sources professionnelles

Ordre des avocats de Barcelone (Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona), présentation du régime applicable en cas de défaillance du système LexNET. *Source professionnelle, mobilisée pour la seule description de la pratique et signalée comme telle à chaque emploi.*