



**HAL**  
open science

# L'application de la lex contractus à Madagascar

Gabriel Aliasse

► **To cite this version:**

Gabriel Aliasse. L'application de la lex contractus à Madagascar. Droit. Université de la Réunion, 2022. Français. NNT : 2022LARE0035 . tel-04052465

**HAL Id: tel-04052465**

**<https://theses.hal.science/tel-04052465v1>**

Submitted on 30 Mar 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



FACULTE DE DROIT  
ECOLE DOCTORALE SHS  
THESE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE  
DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE LA REUNION  
DISCIPLINE : DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES  
PRESENTEE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT LE 7 DECEMBRE 2022

**ALIASSE Gabriel**  
**L'APPLICATION DE LA *LEX CONTRACTUS***  
**A MADAGASCAR**

Directeur de thèse : Professeur SEUBE Jean-Baptiste,  
Université de La Réunion

Rapporteur : Professeur PELISSIER Anne,  
Université Montpellier I

Examineur : Professeur RALSER  
Elise  
Université de La Réunion

Codirectrice de thèse : Professeur  
CHAMINAH Loulla  
Université de Mahajanga

Rapporteur : Professeur THERON  
Julien, Université Toulouse I

Examineur : Professeur PUIG  
Pascal  
Université de La Réunion

*« L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du  
candidat »*

## **Remerciements**

Toute ma gratitude à ma famille et mes amis,

Au professeur SEUBE Jean-Baptiste pour ses enseignements et sa disponibilité pendant la durée de la thèse.

Au professeur CHAMINAH Loulla pour ses enseignements depuis la première année à l'Ecole de Droit et Science Politique de l'université de Majunga.

## SOMMAIRE

Remerciements .....	1
SOMMAIRE.....	2
ABREVIATIONS ET SIGLES .....	4
RÉSUMÉ.....	9
ABSTRACT .....	10
INTRODUCTION.....	11
PARTIE I : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES.....	28
TITRE 1 : LE FONDEMENT DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	31
CHAPITRE 1 : L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT .....	31
Section 1 : La notion d'internationalité .....	32
Section 2 : L'intérêt de distinction entre le contrat interne et le contrat international.....	62
CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.....	73
Section 1 : Les controverses doctrinales autour de la faculté de choisir la <i>lex contractus</i> .....	75
Section 2 : La consécration de l'autonomie de la volonté dans l'état actuel de la <i>lex contractus</i> .....	83
Section 3 : L'exercice de l'autonomie de la volonté .....	94
TITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES.....	119
CHAPITRE 1 : LE DOMAINE DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	119
Section 1 : La <i>lex contractus</i> dans la phase de la formation du contrat .....	119
Section 2 : Les effets du contrat .....	151
CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	187
Section 1 : La capacité des parties.....	187
Section 2 : Les droits réels.....	195
Section 3 : Le choix des parties dans le contrat à parties faible .....	209
PARTIE 2 : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN L'ABSENCE DE CHOIX DES PARTIES .....	214
TITRE 1 : LES RÈGLES GÉNÉRALES DE RATTACHEMENT .....	215
CHAPITRE 1 : LA VOLONTE DES PARTIES : ELEMENT PRIVILEGIE DE RATTACHEMENT DU DROIT MALGACHE ? .....	216
Section 1 : Les méthodes de rattachement .....	216

Section 2 : Les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 .....	225
Section 3 : Les autres dispositions susceptibles d'être prises en compte .....	237
CHAPITRE 2 : LE POINT DE RATTACHEMENT INCONTOURNABLE : LES	
LIENS LES PLUS ETROITS .....	241
Section 1 : Le principe de proximité comme lien de rattachement .....	242
Section 2 : Les correctifs au principe de proximité .....	263
TITRE II : LES RÈGLES SPÉCIALES À CERTAINS CONTRATS .....	288
CHAPITRE 1 : LES CONTRATS A PARTIE FAIBLE .....	288
Section 1 : Le contrat de consommation .....	288
Section 2 : Le contrat de travail .....	305
CHAPITRE 2 : LES CONTRATS DU SECTEUR SPECIFIQUE .....	320
Section 1 : Le contrat d'assurance .....	320
Section 2 : Les contrats de transport .....	334
Section 3 : Les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle .....	361
Section 4 : Le paiement international .....	367
CONCLUSION .....	375
INDEX ALPHABETIQUE .....	378
BIBLIOGRAPHIE .....	381
TABLE DES MATIERES .....	428

## ABREVIATIONS ET SIGLES

Aff.	Affaires.
Art.	Article.
BTL	Bulletin des Transports et de la Logistique
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle.
CA	Cour d'appel.
Gazette CAMP	Gazettes de la Chambre - Chambre Arbitrale Maritime de Paris.
CCE	Communication - Commerce électronique
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CE	Communauté européenne.
C. F. A	Communauté financière africaine.
Ch. réun.	Chambres réunies.
Civ.1 <sup>re</sup>	Première chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 2 <sup>e</sup>	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 3 <sup>e</sup>	Troisième chambre civile de la Cour de cassation.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes.
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.
CMNI	Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure.
CMR	Cancérogènes, Mutagènes ou toxiques pour la Reproduction.
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Coll.	Collection.
Com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

Comm.	Commercial.
Concl.	Conclusion.
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires.
CVIM	Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.
D.	Recueil Dalloz.
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois.
DIP	Droit international privé
DMF	Droit Maritime Français
Dr. et Patrim.	Droit et Patrimoine.
Dr. soc.	Droit social
DTS	Droits de tirage spécial
éd.	Edition ou éditeur.
Etc.	Et cætera
Fasc.	Fascicule.
FMI	Fonds Monétaire International.
Gaz.Pal.	Gazette du Palais.
GAJFDIP	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
GEDIP	Groupe européen de droit international privé
Ibid	Même endroit.
Infra	Ci-dessous.
IODE	Institut de l'Ouest : Droit et Europe
J.- Cl. Int.	Jurisclasseur de droit international
JCP	Jurisclasseur périodique.
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaires.
JCP G	La semaine juridique édition générale.

JCP N	La Semaine juridique Notariale et Immobilière
JCP S	La Semaine juridique Social
JDI	Journal du droit international.
JO	Journal officiel.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	Les petites affiches.
LTGO	Loi sur la théorie générale des obligations.
MUSD	Million de dollar américain.
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NIT	Normes Internationales du travail.
Obs.	Observation.
OIT	Organisation internationale du travail.
OMI	Organisation maritime internationale.
Op.cit.	Opus citatum.
P.	Page.
PCAP	Procédure collective d'apurement de passif.
Prop. Indust.	Propriété industrielle.
Propr. intell.	Propriété intellectuelle.
PUF	Presses universitaires de France.
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier.
RD transp.	Revue de Droit du Commerce International et des Transports
RDAI/ IBLJ	International Business Law Journal / Digital regarding International Business Law
RDC	Revue des contrats.
RDT	Revue de Droit du Travail.

Rev. arb	Revue de l'arbitrage.
Rev. crit.	Revue critique.
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RGDA	Revue générale du droit des assurances.
RID comp.	Revue internationale de droit comparé.
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur.
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale.
RLDI	Revue Lamy droit de l'immatériel
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RU- CIM	Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises
RU- CIV	Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs
Soc.	Chambre sociale de la cour de cassation.
Spéc.	Spécialement.
Supra	Ci-dessus.
t.	Tome
TC	Tribunal de commerce.
TGI	Tribunal de grande instance.
TPI	Tribunal de première instance.
Trav.Com.fr.	Travaux du Comité français de droit international privé
Trib.	Tribunal.
Trib. civ.	Tribunal civil.
UE	Union Européenne.

UNIDROIT

Institut international pour l'unification du droit privé.

V.

Voir.

v°

verbo.

## RÉSUMÉ

Le droit des contrats internationaux concerne tout un chacun, il concerne aussi bien le commerçant dont les chiffres d'affaires se calculent par millions qu'un simple particulier qui conclut un contrat par internet avec un étranger en quelques clics. Qu'on soit commerçant ou non, la conclusion d'un contrat dans lequel il y a un élément d'extranéité expose l'individu à de très nombreuses questions qui sortent du droit interne. La diversité des législations dans le monde rend particulièrement complexes les règles relatives aux contrats internationaux : différentes législations sont susceptibles de régir un contrat. Un contrat parfaitement valable à Madagascar peut ne pas l'être selon la loi d'un autre État. De la confusion dirait-on ! À première vue, c'est ce qui semble constituer les relations contractuelles internationales. Il s'agit des personnes étrangères les unes des autres qui sont pourtant obligées de se lier dans des relations d'affaires, et voulant de surcroît pouvoir vivre en harmonie dans un monde de diversités. Ces personnes sont obligées de trouver un terrain d'entente, un droit, un langage de contrat, pour satisfaire les intérêts de chacun. C'est là le souci du droit des contrats internationaux : trouver le juste équilibre entre des personnes totalement étrangères parlant des langues très différentes. Telle est la grande ambition de cet ouvrage : dissiper la confusion qui règne dans le monde des contrats internationaux du point de vue de droit malgache, en étudiant : « L'application de la *lex contractus* à Madagascar ». Comment détermine-t-on la loi applicable à un contrat international à Madagascar ? Afin de tenter de donner une présentation la plus claire et synthétique possible de la question, le présent ouvrage se divise en deux parties dont la première partie consiste à évoquer la loi applicable au contrat international en présence de choix des parties (Partie 1) et la deuxième partie étudie la loi applicable au contrat international en l'absence de choix des parties (Partie 2).

## ABSTRACT

The law of international contracts concerns everyone. It concerns both the merchant whose turnover is calculated in the millions and simple individual who concludes a contract by internet with a foreigner in few clicks. Whether you are a trader or not, the conclusion of a contract in which there is a foreign element exposes the individual to many questions that come out of domestic law. The diversity of legislations in the world makes rules relating to international contracts particularly complex: different legislations are likely to govern a contract. A perfectly valid legislation in Madagascar may not be under the law of another State. Confusion it seems! At first glance, this appears to constitute international relations. These are people who are strangers to each other who are nevertheless obliged to bind themselves in business relationships, and who also want to be able to live in harmony in a world full of diversity. These people are forced to find a common ground, a right, a language of contract, to satisfy the interests of each. This is the concern of international contract law: to find the right balance between totally foreign people speaking very different languages. Such is the great ambition of this work, to dissipate the confusion which reigns in the world of international contracts from point of view of Malagasy law, by studying “The Application of the Lex Contractus in Madagascar”. How is the law application to an international contract in Madagascar determined? In an attempt to give the clearest and most concise presentation possible of the question, this book is divided into two parts: the first part of which consists of evoking the law applicable to the international contract in the presence of choice of parties (Part 1) and the second part studies the law applicable to the international contract in the absence of choice of the parties (Part 2).

## INTRODUCTION

1. La légende judéo-chrétienne enseignait que la population de Babylone ne parlait auparavant qu'une seule langue et ne formait qu'un seul peuple<sup>1</sup>. Un jour leur vint l'idée de construire une tour qui atteindrait les cieux par sa hauteur, et leur permettrait ainsi d'accéder directement au paradis. On nomma cette tour la « tour de Babel », « Babel » signifiant « porte du ciel ». Mais Dieu, trouvant ce peuple trop orgueilleux, le punit en lui faisant parler des langues différentes, si bien que les hommes ne se comprenaient plus. Ils furent alors contraints d'abandonner leur entreprise et se dispersèrent sur la Terre, formant ainsi des peuples étrangers les uns des autres<sup>2</sup>. C'est en référence à ce récit de la Genèse que l'on utilise parfois le terme « tour de Babel » pour parler d'un lieu où règne la confusion.

2. La confusion ! Les peuples étrangers les uns des autres ! À première vue, c'est ce qui semble constituer les relations contractuelles internationales. Il s'agit des personnes étrangères les unes des autres qui sont pourtant obligées de se lier dans des relations d'affaires, et voulant de surcroît pouvoir vivre en harmonie dans un monde de diversités. Ces personnes sont obligées de trouver un terrain d'entente, un droit, un langage de contrat, pour satisfaire les intérêts de chacun. C'est là le souci du droit des contrats internationaux : trouver le juste équilibre entre des personnes totalement étrangères parlant des langues très différentes. C'est comme si le droit des contrats internationaux essaie de défier Dieu qui jugea les hommes trop orgueilleux quand ils parlèrent la même langue.

3. Les fondateurs de la Chambre de commerce international dès 1919 s'étaient appelés « marchands de paix », car ils pensaient que le commerce international contribuerait à la paix mondiale. L'économiste Bastiat écrivait ainsi : « Si les marchandises ne traversent pas les frontières, les armées le feront »<sup>3</sup>.

4. Telle est la grande ambition de cet ouvrage, dissiper la confusion qui règne dans le monde du contrat international du point de vue de droit malgache, en étudiant « L'application de la *lex contractus* à Madagascar ».

---

<sup>1</sup> V.G. DEGEORGES, « La tour de Babel : l'histoire derrière le mythe », Creative Commons, janvier 2019, p.1. ; « La tour de Babel : signification symbolique », <https://www.jepense.org/tour-de-babel-signification-symbolique/>, janvier 2022.

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

<sup>3</sup> V. F. BASTIAT, *Selected Essays on Political Economy*. Irvington-on-Hudson, N.Y.: Foundation for Economic Education, 1995.

Comment s'est évolué ce droit des contrats internationaux, particulièrement à Madagascar (I) ? Pourquoi la *lex contractus* revêt-elle une telle importance ? (II)

## **I- L'évolution du droit des contrats internationaux**

5. Le commerce international a beau être une matière d'actualité, il n'en est pas moins très ancien<sup>4</sup>. Le commerce international existe depuis l'Antiquité. La période grecque est l'époque où se forgent certaines règles relatives au commerce maritime, par exemple le prêt à la « grosse aventure », ancêtre de l'assurance maritime. Le droit romain connaissait aussi un *jus gentium*, applicable aux relations avec les étrangers, distinct du *jus civile*. Il ne s'agissait pas à proprement parler d'un droit commercial, mais ce *jus gentium* permettait d'appréhender les relations commerciales. C'est en réalité le Moyen- Âge qui va marquer la véritable naissance d'un droit du commerce international. De grandes villes, comme Venise ou Bruges, se livraient au commerce international<sup>5</sup>. Les marchands se réunissaient dans le cadre de foires. Un *jus mercatorum* apparaît alors, fait d'une union entre le droit romain et un droit coutumier, applicable dans toute l'Europe<sup>6</sup>. Le commerce mondial a connu une expansion sans précédent à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale.<sup>7</sup>

Madagascar comme tous les pays insulaires partout dans le monde a commencé ses relations internationales depuis l'invention des moyens de transport maritime. Trois périodes sont à distinguer : la période avant l'indépendance (A), la période après l'indépendance (B) et la situation actuelle (C).

### **A- Les échanges internationaux de Madagascar avant l'indépendance**

L'histoire de Madagascar la plus connue est celle qui intervient après sa découverte par les Portugais (2), mais des preuves montrent que le commerce international avec Madagascar a existé bien avant cette découverte (1).

#### **1- La période avant la découverte de Madagascar par les Portugais**

---

<sup>4</sup> R. SZRAMKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ- Lextenso, 2<sup>e</sup> éd., 2013. V., aussi, D. COHEN , « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire de B. Oppetit, Litec*, 2009, p. 109.

<sup>5</sup> V. I. BERNIER, « L'Essor du commerce au Moyen-Age », *Futura*, 2022.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> R.D. SANDRETTO, *Le commerce international*, Paris, 1999, p. 8 ; « Mondialisation et commerce international » , *Cahiers français 325, La documentation française*, 2005 ; v. J. PAUWELYN , « The transformations of world trade » , *Michigan Law Review*, vol. 104, oct. 2005, p. 1 s., p. 8 ; v. Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, Rapport sur le commerce et le développement, 2012.

6. Avant même la découverte de Madagascar par les Portugais au XVI<sup>e</sup> siècle, Madagascar connaissait déjà des échanges internationaux avec les pays qui ne lui est pas très éloigné. Les échanges extérieurs avec Madagascar ont existé dès IX<sup>e</sup> siècle sur la côte nord-ouest entre les Antalaotse ou Antalaotra « gens de la mer », et les Swahilis de Zanzibar<sup>8</sup>. Il est à noter que ces échanges consistaient dans de simples contacts de type commercial entre le monde arabo-persan et l'Ouest indien avant même l'islamisation de cette zone. L'apport linguistique, l'écriture et le corpus des légendes en sont les constats de ses contacts, au même titre que les termes culturels tels que les noms de mois zodiacaux, le calendrier lunaire, les noms de jours, les termes de relations familiales ou sociales, de commerce, de jurisprudence et de navigation<sup>9</sup>.

7. Les Arabo-Persans venus par le Golfe persique, ont descendu la côte Ottoman par la mer, traversant le golfe d'Aden, et en longeant le large de la cote africaine, passant par Mogadiscio (Somalie) et les îles de Zanzibar, ont atteint Sofala (Mozambique) où les gens de Jāvaga vont chercher le fer et l'exportent en Inde. Au village de Gusta (Angoche) toujours au Mozambique, les gens de Komr<sup>10</sup> et les négociants du pays de Maharadja (Inde) font du commerce<sup>11</sup>.

8. Les principales migrations dont nous avons connaissance commencent par celle des Anjoatsy, venus de Malindi. Certaines traditions veulent qu'ils aient d'abord habité une des îles du canal de Mozambique, qu'ils ont dû quitter après des guerres sanglantes, l'épisode n'est pas daté et pourrait même avoir eu lieu avant l'an 1000<sup>12</sup>. De son côté, FLACOURT<sup>13</sup> signale la première migration comme étant celle des Zafilbrahim, sans doute préislamique, ou, selon,

---

<sup>8</sup> P. BEAUJARD P. « Les manuscrits arabico-malgaches (sorabe) du pays antemoro (Sud-Est de Madagascar) ». *Coran et talismans. Textes et pratiques magiques en milieu musulman*, 2007, p. 219 à 265.

<sup>9</sup> C. ALLIBERT, *Les contacts entre l'Arabie, le Golfe persique, l'Afrique orientale et Madagascar : confrontation des documents écrits, des traditions orales et des données archéologiques récentes*. MOM Editions, 1984, p. 196 à 226.

<sup>10</sup> Ce terme servit à désigner la Grande Ile de Madagascar et l'archipel des Comores. L'opposition a été faite entre komr (population de Madagascar) et Ile de Komor qui comprenait plusieurs villes, parmi lesquelles Komoriyaa (pour celle de Comores) et khmer (population d'Asie). V. C. ALLIBERT, « Le mot *Ḳomr* dans l'Océan indien et l'incidence de son interprétation sur l'ancienneté du savoir que l'on a de la région », *Topoi. Orient-Occident*, 10-1, 2000, p. 319 à 334.

<sup>11</sup> C. ALLIBERT, « Le mot *Ḳomr* dans l'Océan indien et l'incidence de son interprétation sur l'ancienneté du savoir que l'on a de la région », *op.cit.*

<sup>12</sup> C. ALLIBERT, *Les contacts entre l'Arabie, le Golfe persique, l'Afrique orientale et Madagascar : confrontation des documents écrits, des traditions orales et des données archéologiques récentes*. MOM Editions, 16(1), 111-126. 1988, p. 115

<sup>13</sup> Le document le plus ancien que nous ayons sur l'histoire de Madagascar, et qui soit de valeur, est le livre de FLACOURT, qui nous renseigne sur la côte est de Madagascar. FLACOURT, *Histoire de la Grande Isle Madagascar*, 1658.

OTTINO, peut être nestoriens ou coptes<sup>14</sup>. Il signale ensuite une migration importante de ZafinDraminia qu'il situe cinq cents ans avant son passage à Madagascar, à savoir vers 1150. OTTINO a démontré qu'il s'agissait des Malais islamisés. Certains groupes de purs Africains nullement islamisés ont dû aussi arriver, mais les témoignages en sont moins bien conservés (Kazembe, Vezo-Anievolo)<sup>15</sup>.

9. Du côté de l'archéologie, à l'exception des pièces parthes et sassanides remontant à Ardashir I (212-241 apr. J.-C.) qui se trouvent au musée de Zanzibar, mais dont on ne connaît pas précisément la provenance, nous n'avons pour le moment, pas des témoignages de contacts commerciaux<sup>16</sup> du IXe siècle. C'est seulement à partir du Xe siècle que l'étude des sites fait apparaître l'existence de circuit commercial dont témoignent les poteries d'importation confirmée par un commerce de verres et de perles, à Irodo (Madagascar)<sup>17</sup>. S. M. HORTON<sup>18</sup> pense aujourd'hui que du côté de Kilwa (Tanzanie), le commerce de l'or<sup>19</sup> avec Sofala commença dès le Xe siècle et prit rapidement place sur le nord de la côte orientale d'Afrique.

10. Le réseau commercial était large, en ce qui concerne la nature du commerce et des biens échangés, probablement sur le principe du troc, au moins au début, il s'agissait d'ivoire (pour l'Inde et la Chine), d'ambre, de peaux de léopard, d'écaille de tortue, de bois de charpente, de poteaux de palétuviers (pour le Golfe), et du riz des Comores et de Madagascar. L'archéologie du Sud-est africain nous apporte déjà des renseignements sur la part tenue par ces métaux dans les échanges, et cela fort tôt. Le commerce d'exportation se compose d'une quantité assez notable de riz et d'un grand nombre de bœufs<sup>20</sup> et les pagnes<sup>21</sup>. En contrepartie, les Africains et les Malgaches recevaient des tissus, des perles, des verres, de la poterie chinoise et

---

<sup>14</sup> P.OTTINO, *Rangiroa*, Homme 1974, p.80.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> C. ALLIBERT, *op.cit.*, p.119.

<sup>17</sup> C.ALLIBERT, *op.cit.* p.120

<sup>18</sup> Stanley Monroe HORTON, était un théologien américain.

<sup>19</sup> C. ALLIBERT, *op.cit.*p.121.

<sup>20</sup> L.CARAYON, *Histoire de l'établissement français de Madagascar pendant la restauration : précédée d'une description de cette île et suivie de quelques considérations politiques et commerciales sur l'expédition et la colonisation de Madagascar*. Gide. 1845, p. XXXIII.

<sup>21</sup> Les Pagnes sont des étoffes faites avec des fils retirés de l'épiderme d'une des faces des folioles de la feuille du raphia (palmier très commun en ce pays), prises sur le bourgeon terminal, pendant que couchées sur le pétiole commun et se recouvrant les unes des autres, elles ont cette belle couleur paille qui les distingue et qu'elles perdent aussitôt que, par le développement complet de la feuille, elles sont exposées au contact de l'air.

On incise ces folioles transversalement, une à une, et de manière à en couper le parenchyme sans atteindre à l'épiderme qu'on désire en séparer : opération délicate en apparence, mais que le Madécasse fait sans effort ni tension d'esprit et dans infiniment moins de temps. Cet épiderme qui est excessivement fin est néanmoins d'une consistance solide et peut avoir un mètre de longueur sur un centimètre et demi de largeur.

islamique<sup>22</sup>. Madagascar faisait le commerce de son chloritoschiste<sup>23</sup>. Tous ces échanges commerciaux sans de véritables règles de droit international privé se sont probablement développés en fonction des rapports de force, mais certainement avec un minimum d'accord de volonté.

## **2- La période après la découverte par les Portugais**

**11.** Ce n'est qu'en 1506, que la Grande Île fut découverte par le Portugais Lorenzo ALMEIDA qui lui donna le nom de Saint-Laurent, FLACOURT disait que son vrai nom, celui que lui ont donné les indigènes était Madécasse<sup>24</sup>.

**12.** Pendant cette période, les gens traitaient librement entre eux, et qui dit commerce dit contrat. Que ce soit le commerce de riz, de bœufs, des pagnes, ou même d'esclaves<sup>25</sup>, les deux parties concluent un contrat international de droit privé. On se demande, aujourd'hui, pour conclure ces contrats, à quelle loi ces personnes faisaient-elles référence. Quelle loi était-elle applicable à cette époque ? Probablement la loi du plus fort !

**13.** Ensuite vient la colonisation, une période sur laquelle nous n'allons pas nous attarder puisque Madagascar était sous la dépendance de la France, c'était la loi française qui était applicable.

## **B- Le commerce international de Madagascar après l'indépendance**

**14.** Les premières années qui ont suivi l'acquisition de l'indépendance, c'est-à-dire de 1960 à 1972, Madagascar a réservé ses échanges à son partenaire privilégié, la France comme pendant l'époque de la colonisation.

**15.** À partir des années 1975, le pays changeait complètement sa politique générale, il a opté pour une stratégie de développement aut centré sous prétexte de la crainte de surexploitation de la richesse malgache. Les importations ont été alors très limitées.

**16.** En 1979, Madagascar a encore décidé d'emprunter un autre chemin quant à sa politique de commerce international. Il s'est lancé dans une phase « d'investissement à outrance », les gouvernants de l'époque se sont visiblement rendu compte que l'économie autarcique ne

---

<sup>22</sup> C ALLIBER, *op.cit.*, p.121

<sup>23</sup> <https://www.larousse.fr/> : Roche métamorphique foliée, riche en chlorite, qui lui donne une couleur verte.

<sup>24</sup> FLACOURT, *op.cit.*

<sup>25</sup> Sauf que les esclaves sont considérés comme objet pouvant appartenir à une autre personne.

semblait pas très bien aller à Madagascar. Les limitations des importations ont par conséquent été abandonnées. Les importations consistaient alors surtout dans les biens d'équipements d'investissements. Cette forte demande pour financer l'industrialisation a entraîné l'endettement extérieur qui est contracté par des agents privés ou publics du pays auprès des États, d'institutions internationales<sup>26</sup> ou d'organismes de prêts privés.

17. Ensuite, l'année 1985 marque un autre tournant de la politique commerciale du pays. Face aux défaillances de ses stratégies autonomes de développement révélées par la crise de la dette des années 1980, la Banque Mondiale a exigé une libéralisation de l'économie. Les obstacles aux échanges internationaux ont été progressivement supprimés : les taxes à l'exportation éliminées, le désengagement de l'État par la libéralisation des prix des exportations traditionnelles, du côté des importations, les restrictions quantitatives ont été levées. Le commerce international à Madagascar a pris son envol à partir de cette époque.

### **C- Le visage actuel du commerce international malgache**

18. Avec l'avènement de l'économie numérique et la mondialisation, Madagascar s'est donné pour objectif de s'assurer des recettes en devises, de créer des emplois, d'attirer des capitaux et des technologies de pointe en provenance de l'extérieur en procédant à de nombreuses réformes pour libéraliser le commerce international. Mais dans un monde plus ou moins organisé, aucune réforme de commerce international ne peut véritablement se faire sans des réformes législatives et réglementaires. À cet effet, le législateur malgache a commencé à prendre de nouvelles dispositions relatives aux secteurs dits clés de l'économie numérique tels que le droit des assurances<sup>27</sup>, le droit bancaire<sup>28</sup>, les transactions numériques<sup>29</sup> ... Cependant, le principal texte qui régit les relations internationales de droit privé malgache date de 1962 : l'ordonnance n° 62-041 du 29 septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé. Ce texte est complété par la loi n° 98-019 du 2 décembre 1998 sur l'arbitrage ainsi que par quelques dispositions de la LTGO, et des dispositions du Code de procédure civile. Les contrats internationaux qui se trouvent à la base de tous ces secteurs n'ont pas fait l'objet d'une quelconque modification.

---

<sup>26</sup> FMI, Banque Mondiale.

<sup>27</sup> Loi n° 2020-005, du 2 juin 2020 sur les assurances.

<sup>28</sup> Loi n° 2020-011, du 2 juillet 2020 portant loi bancaire.

<sup>29</sup> Loi n° 2014-02, du 5 novembre 2014, sur les transactions électroniques.

19. Or, il est important de remarquer que les échanges commerciaux internationaux de Madagascar ont atteint 5,7 Mds EUR en 2018. Globalement, la Chine est le premier fournisseur de la Grande Île en 2018<sup>30</sup>. La moitié des exportations malgaches reste orientée vers l'UE, et l'autre moitié est orientée principalement vers les États-Unis, la Chine et le reste du monde, l'Afrique occupe une place minoritaire dans les échanges commerciaux internationaux pour Madagascar. Cette situation en dehors du lien privilégié que Madagascar a toujours entretenu avec la France, explique fortement que les recherches soient orientées vers l'Europe<sup>31</sup>.

20. Ces derniers temps, le commerce mondial de biens et de services dépasse facilement les vingt mille milliards de dollars par an<sup>32</sup>. La valeur du commerce mondial<sup>33</sup> a atteint un niveau record de 7 700 milliards de dollars au premier trimestre 2022, malgré le covid-19 et la guerre en Ukraine, selon les données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

21. La faveur au libre- échange en a constitué un corollaire immédiat qui s'est imposé aisément. À la base de ce développement du commerce international, on trouve l'autonomie de la volonté, la mobilité des sociétés, l'accroissement du pouvoir des grands groupes, le droit uniforme, le *Soft Law*<sup>34</sup>, le développement du règlement des litiges internationaux qui en constituent le reflet. Il est dès lors capital de se pencher sur la question de la loi qui va être appliquée lorsqu'un Malgache se trouve impliqué dans ce tourbillon qu'est le contrat international.

---

<sup>30</sup> La Chine (22,2%) est le premier fournisseur, les Émirats arabes unis (11,6%) deuxième reste loin derrière, La France (7%), troisième fournisseur de la Grande Île. Et les États-Unis deviennent le premier client de Madagascar, la France deuxième (20,5%) des exportations malgaches loin devant l'Allemagne (7,3%) troisième. Les principaux produits miniers représentent le quart des exportations et renforcent leur prépondérance à la faveur d'une remontée des cours mondiaux des matières premières. La mine d'Ambatovy, produisant le nickel et le cobalt malgache, malgré une baisse du volume des ventes, la valeur des exportations de nickel malgache augmente de 15,3% en 2018 grâce à la hausse des cours mondiaux, passant de 371 à 428 MUSD. Cette évolution est consécutive à l'explosion des ventes de véhicules électriques sur le marché mondial. En 2018, les produits de la pêche (93 MUSD) (dont les exportations de crevettes représentent environ 30% du total) représentent en valeur près de 3,1% du total exporté .

<sup>31</sup> Règlement Rome I

<sup>32</sup> Organisation mondiale du commerce, Communiqué de presse du 2 avril 2019, PRESS/ 837, [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>33</sup> Exportations et importations de biens et services.

<sup>34</sup> Le droit mou ou droit souple (« *soft law* » en anglais) est un ensemble de règles dont la force normative est discutée. Ce sont des règles de droit non obligatoires, mais dont les effets juridiques ne sont pas pour autant inexistantes. V., Fiches d'orientation *Soft Law* - Droit souple - Septembre 2020, <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F001812>.

## II- L'importance de l'étude de la *lex contractus*

22. L'économie aujourd'hui est mondialisée. Employer le terme de « mondialisation »<sup>35</sup>, c'est décrire un processus, alors que même sans l'être totalement, l'économie aujourd'hui est mondialisée, et elle est susceptible de l'être encore plus. Le monde est désormais largement structuré par les échanges internationaux. À Madagascar des produits sont vendus depuis les cinq continents, les entrepreneurs travaillent avec des personnes depuis la Chine, les États-Unis, la France sans pour une fois y mettre les pieds. Les gens voyagent, les humanitaires parcourent le monde, les modalités de prise de visa sont facilitées pour leur permettre de franchir les frontières étatiques. Nous nous dirigeons lentement vers la fin de l'État-Nation. Cela est synonyme d'exportations ou d'implantations vers l'étranger ou d'importation ou d'implantation de l'étranger vers Madagascar. L'économie de Madagascar n'a jamais été aussi mondialisée et cela marque une très forte interdépendance entre les pays.

23. Le capital est devenu mobile, le marché financier est globalisé et le commerce des biens et services est internationalisé. L'international est devenu une composante substantielle de l'économie moderne. Cela ne concerne bien évidemment pas uniquement les personnes morales comme les entreprises, sociétés ou État. Avec l'expansion de l'accès à l'internet, désormais toute personne aussi individualisée qu'elle est n'hésite plus à investir, à importer ou à exporter vers l'étranger. Le développement du *e-business*, renforce ce mouvement d'abolition des frontières.

24. Cependant, la mondialisation de l'économie, due à la fois à l'augmentation du volume du commerce, au développement et à l'action des groupes transnationaux de sociétés et à la globalisation des marchés financiers, étend le champ des problèmes juridiques liés au commerce international. Ainsi, devient-il vite nécessaire de réglementer cette forte expansion.

25. Les signatures sont l'Âme du droit international privé, et par signature, ce qui nous vient tout de suite à l'esprit c'est le contrat, son importance ne cesse d'augmenter au fur et à mesure

---

<sup>35</sup> C.- A. MICHALET, *Qu'est-ce que la mondialisation ?*, La Découverte 2004 ; J. ADDA, *La mondialisation de l'économie*, La Découverte, coll. Repères, 8<sup>e</sup> éd., 2012 ; W. ANDREFF (dir.), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ?* Hommage à Charles- Albert Michalet, Presses universitaires de Paris, 2013 ; J.- P. ALLEGRET et P. LE MERRER, *Economie de la mondialisation : Vers une rupture durable ?*, De Boeck, 2015. Dans une optique sociologique, v. S. SASSEN, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard, 2009 et dans une optique géographique, M. LUSSAUT, *Hyper- lieux Les nouvelles géographies de la mondialisation*, Seuil, 2017. C'est l'économiste américain Theodore LEVITT qui, le premier, a mis en exergue le phénomène de « globalization » dans *The Globalization of Markets*, Harvard Business Rev., mai- juin 1983. Marshall MCLUHAN parlait, quant à lui, de « village planétaire » dans *The medium is the message*, 1967.

que les échanges internationaux s'accroissent. La loi du contrat accompagne naturellement le droit du contrat international dans le commerce international et les relations internationales privées dans une économie mondialisée. Mais surtout, la mondialisation de l'économie malgache a pour conséquence la mondialisation du droit<sup>36</sup> malgache, cette thèse en elle-même en est l'un des reflets. Afin de parler la même langue, le droit des contrats internationaux est marqué par la volonté d'uniformiser les règles internationales (A) parce qu'à la base, tous les acteurs du commerce international aspirent à la liberté et à la sécurité dans les affaires(B). Afin de mener à bien cette recherche, il est enfin important de délimiter le domaine de cette étude (C).

### **A- L'ambition d'harmonisation des règles internationales**

**26.** Les sources internationales se multiplient, les acteurs du commerce international aspirent de plus en plus à une uniformisation des règles que ce soit des règles de conflit ou de règles matérielles, pourvu qu'elles assurent un minimum de prévisibilité. Le droit comparé devient une discipline de premier plan. On assiste de plus en plus à un phénomène de métissage de droit national, le commerce international porte en lui-même une forme de cosmopolitisme juridique<sup>37</sup>.

**27.** Étant dépourvues de pouvoir réglementaire, les conventions internationales sur le droit des contrats internationaux proposent des textes, mais ne les imposent pas. Ce sont les lois-types qui se développent rapidement, en ce sens que ces documents servent de modèles destinés à aider les États lorsque ceux-ci veulent légiférer dans les domaines couverts par les conventions. La plus célèbre est celle de 1985, modifiée en 2006, sur l'arbitrage commercial international qui a été repris par de nombreux États. D'autres domaines ont donné lieu à des lois-types comme le commerce électronique en 1996, l'insolvabilité internationale en 1997, la conciliation commerciale internationale en 2002 ou bien les sûretés mobilières en 2016. Ces lois-types sont des instruments performants d'harmonisation du droit dans un cadre mondial.

---

<sup>36</sup> E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, « La mondialisation du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001 ; M.M. SALAH, « Les contradictions du droit mondialisé », *PUF*, 2002 ; A.- J. ARNAUD, « Dictionnaire de la globalisation », *LGDJ*, 2010 ; J.- Y. CHEROT et B. FRYDMAN, « La science du droit dans la globalisation », *Bruylant*, 2012 ; A. GOUEZEL, « La mondialisation du droit privé », *Recueil de leçons de 24 heures LGDJ*, 2015, p.157 et s. ; H. SYNDET, « L'internationalisation du droit des affaires », *Le Code de commerce 1807- 2007 : Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 727.

<sup>37</sup> Sur ce concept v. O. de FROUVILLE, «Le cosmopolitisme juridique », Pedone, 2015.

28. La Chambre de commerce international joue un rôle capital dans la rédaction de ces lois-types. C'est un organisme privé, créé officiellement en 1920, qui est chargé, à l'échelle internationale, de représenter les milieux de l'entreprise : « le commerce, l'industrie, la finance, les transports, les assurances, et en général tous les secteurs de l'activité économique internationale »<sup>38</sup>. Elle comprend une Cour internationale d'arbitrage. Mais son rôle est loin d'être cantonné à l'arbitrage. La CCI exerce surtout une fonction « normative » en élaborant des normes telles que les Incoterms, les Règles et Usances du crédit documentaire ou la Charte des entreprises pour le développement durable.

29. Certains organismes ont enfin une vocation très spécialisée dans cette optique d'uniformisation des règles de contrats internationaux : citons à cet égard l'Organisation internationale du travail (OIT)<sup>39</sup>, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)<sup>40</sup>, l'Organisation maritime internationale (OMI)<sup>41</sup>, l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)<sup>42</sup> ou l'Association internationale du transport aérien (IATA)<sup>43</sup>.

### **B- La liberté et la sécurité au cœur des contrats internationaux**

30. « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties »<sup>44</sup>. La volonté à elle seule suffit à conclure un contrat. Quand il n'y avait encore aucune règle écrite, le contrat existait déjà et sur la base il y avait déjà cette volonté de conclure le contrat. « La volonté de chacun des contractants doit être exprimée en connaissance de cause. Elle doit être libre »<sup>45</sup>. Les maîtres mots dans un contrat sont en effet, la liberté et la sécurité<sup>46</sup>. Mais comment avoir les deux en même temps ? Comment est-ce qu'on peut laisser les parties agir tout en liberté et garantir qu'elles auront ce qu'elles ont voulu à la fin ?

---

<sup>38</sup> <https://iccwbo.org>.

<sup>39</sup> <http://www.ilo.org>.

<sup>40</sup> <http://www.wipo.int>.

<sup>41</sup> <http://www.imo.org>.

<sup>42</sup> <http://www.icao.int>

<sup>43</sup> <http://www.iata.org>.

<sup>44</sup> Article 67 de la LTGO.

<sup>45</sup> Article 69 de la LTGO.

<sup>46</sup> V. L. BOY, J- B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008.

**31.** D'une part, le besoin de liberté est primordial dans les contrats internationaux. C'est pourquoi le commerce international a été conçu comme un champ privilégié de libéralisation et de déréglementation, avec l'introduction de l'expression de « *law shopping* »<sup>47</sup>.

**32.** D'autre part, dans les opérations internationales les risques sont beaucoup plus importants que dans les opérations internes. Les opérateurs s'exposent aux insécurités, à l'insécurité de ne pas savoir quelle loi va réglementer leur accord s'ajoute au risque de se trouver face à des réglementations auxquelles ils peuvent n'avoir la moindre connaissance.

**33.** Ces deux soucis appellent des réponses particulières : la sécurité est construite par les opérateurs eux-mêmes, justement par le recours à un contrat, mais aussi par la faculté de choisir la loi qui devrait être appliquée à ce contrat. C'est sans doute ce qui justifie la faculté laissée aux opérateurs internationaux de choisir la loi qui sera applicable à leur contrat. Mais ce besoin de sécurité s'accompagne de besoin de prévisibilité. La prévisibilité passe par l'édition de normes juridiques. Ces normes assurent la sécurité des opérations économiques. Au nom de la sécurité juridique, une tendance très nette à l'uniformisation du droit se fait jour. Les États ont des législations qui se ressemblent de plus en plus, ce, afin de satisfaire les besoins des affaires qui sont globalement identiques, quelle que soit la région du monde. On assiste à une naissance d'une certaine logique de préservation de l'intérêt général.

**34.** Lorsque les commerçants sont établis sur des continents différents, parlent des langues différentes et viennent de cultures différentes, il est important qu'ils puissent se faire un minimum de confiance, ce, de manière à favoriser l'échange lui-même. Dans cette logique, la bonne foi est un principe de base du contrat international.

**35.** L'équation est simple, libéraliser les échanges commerciaux internationaux pour accroître leur volume devrait logiquement conduire à la paix et à la prospérité. Ce qui est assez simpliste en vérité puisque comme le dit Henri LACORDAIRE « ...entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit. »<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> E.P. APRILL, "The law of the word: Dictionary shopping in the Supreme Court". *Ariz. St. LJ*, 30, 1998, 275. Traduit comme la faculté offerte à un demandeur en raison de la diversité des règles de procédure de choisir le tribunal compétent.

<sup>48</sup> H. LACORDAIRE, Sermon à la chaire de Notre-Dame, 1848, Conférences de Notre-Dame de Paris, 1855.

**36.** D'un point de vue global, les Malgaches se trouvent en position d'infériorité par rapport aux grands multinationaux étrangers. Il paraît donc nécessaire d'avoir une réglementation bien fournie pour pouvoir les protéger dans leurs relations internationales et ainsi garantir la sécurité de leurs affaires. Mais cette vision ne va pas en sens unique. Une telle organisation, en tant que sauvegarde et maintien d'un certain équilibre est nécessaire dans les relations entre pays à développements inégaux. Il s'agit d'assurer aux opérateurs et consommateurs malgaches lorsqu'ils concluent un contrat international de se sentir en sécurité, mais aussi d'assurer aux étrangers qui concluent un contrat avec un Malgache de se sentir en sécurité. Une chose garantit particulièrement cette sécurité : l'existence des dispositions claires sur le droit des contrats internationaux. Ce qui permet à la fois de favoriser les relations d'affaires entre Madagascar et l'étranger, mais également d'encourager les investisseurs à s'implanter à Madagascar.

**37.** Entre le souci de protection des nationaux, avec la préservation de l'ordre public et de bonnes mœurs malgaches, il est tout aussi important de se soucier du problème de réciprocité, parce que dans une relation d'affaires, il y a deux ou plusieurs parties ; et pour favoriser la relation d'affaires, il est important que chaque partie y trouve satisfaction et avantages mutuels. Il faut donc faire attention que par souci de trop de protection, les réglementations malgaches ne lèsent l'autre partie au contrat. Il ne faut pas qu'il y ait des dispositions que l'on pourrait qualifier de discriminatoires dans la réglementation de droit des contrats internationaux malgache. Il est capital que les dispositions malgaches de droit des contrats internationaux ne soient pas trop différentes des autres pays qui pourraient éventuellement entrer en relation d'affaires avec Madagascar.

**38.** La réglementation d'une situation internationale peut singulièrement varier selon que l'on adopte le point de vue d'un État ou d'un autre, ou que, dans une perspective contentieuse, il soit soumis au juge d'un État ou d'un autre puisque les modalités de traitement des situations de droit privé dépendront pour une large part des particularités du droit international privé du tribunal saisi. D'où l'importance de choisir la loi applicable au contrat qu'on choisit.

## **B- Le domaine de l'étude**

**39.** On fait souvent la différence entre les expressions « droit du commerce international »<sup>49</sup>, « droit commercial international »<sup>50</sup> « droit des affaires international »<sup>51</sup> ou encore « droit international de l'entreprise »<sup>52</sup> ou tout simplement « droit international privé »<sup>53</sup>, toutes ces expressions sont pour nous toutes équivalentes tant qu'il y a un élément d'extranéité et un contrat de droit privé. De droit privé parce que cette thèse concernant le contrat international se limite aux seules relations entre opérateurs privés, il serait imprudent et présomptueux de s'aventurer au-delà. Les contrats avec les opérateurs publics relèvent du droit international public, sauf dans le cas où la personne publique se comporte comme une personne privée. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un État conclut un contrat de droit privé avec une personne étrangère, ou encore lorsqu'une organisation internationale embauche un salarié, parce que la personne publique, en concluant ce contrat, accepte de se soumettre au droit privé. On va plus parler bien évidemment du commerce international, mais on fera également référence à d'autres contrats qui peuvent être civils. Il nous arrivera de faire des remarques ponctuelles pour le besoin de la recherche par exemple, sur le droit de la famille ou le droit des successions. Il s'agit de faire l'étude de la loi applicable aux contrats internationaux de droit privé.

**40.** Dans la détermination de la loi applicable à un contrat international, il s'avère nécessaire d'adopter un point de vue donné, qui sera pour nous le point de vue de droit malgache. Cette thèse a pour ambition d'étudier le seul droit malgache. Force est pourtant de constater qu'à défaut d'éléments suffisants, il serait difficile d'atteindre ce but. Le droit malgache est embryonnaire, il présente de nombreuses lacunes telles que le juge malgache fait référence au droit français sans même prendre la peine de préciser qu'il s'agit là du droit français et non du

---

<sup>49</sup> V. aussi, Y. LOUSSOUARN et J.- D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1969 ; B. GOLDMAN, *Cours de droit du commerce international*, Les cours de droit, 1970- 1971 ; R. DAVID, *Droit du commerce international*, Economica, 1987 ; P.- A. GOURION, G. PEYRARD et N. SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, LGDJ, coll. Systèmes, 4<sup>e</sup> éd, 2008 ; J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2011 ; O. CACHARD, *Droit du commerce international*, LGDJ, Coll. « Manuel », 2<sup>e</sup> éd., 2011 ; C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, Coll. Thémis, 2013 ; J.- M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. « Précis », 3<sup>e</sup> éd., 2015 ; M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ-Lextenso, 2<sup>e</sup> éd., 2016 ; H. KENFACK, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Mémentos, 6<sup>e</sup> éd, 2017.

<sup>50</sup> W. PISSOORT et P. SAERENS, *Droit commercial international*, De Boeck, 2012.

<sup>51</sup> S. CHATILLON, *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 5<sup>e</sup> éd. 2011. V. aussi, Ch. LEBEN, *Le droit international des affaires*, PUF, coll. « Que sais- je ? », 2003.

<sup>52</sup> J.- M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.- L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2012.

<sup>53</sup> P.MAYER et HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 2007, p.816 ; D. GUTMANN, D. *Droit international privé*. Dalloz 2007.

droit malgache<sup>54</sup>. Le droit français particulièrement, le Code civil français semble faire partie intégrante du droit malgache. La question est maintenant réglée parce que la Cour Suprême de Madagascar elle-même a décidé noir sur blanc en 2007 que « Les Cours et les Tribunaux malagasy peuvent recourir aux dispositions du Code civil français lorsque la loi malgache ne prévoit pas le cas soumis à leur examen ou que les textes du Code civil soient plus explicites »<sup>55</sup>. Aussi, nous est-il très difficile de faire l'impasse sur le droit français dans l'étude du droit malgache. Nous allons par conséquent nous efforcer de sortir les spécificités du droit malgache et utiliser toutes les dispositions législatives et réglementaires ainsi que la jurisprudence malgache relative à notre domaine de recherche pour traiter le thème, mais comme à l'impossible nul n'est tenu, au lieu de laisser les questions qui n'ont pas été réglées par le droit malgache en suspens nous préférons comme nos aînés ont toujours fait se référer au droit français.

**41.** Le droit des contrats internationaux, ne procure pas lui-même les solutions aux questions que posent les situations internationales, il se borne à proposer des outils qui permettront d'identifier ces solutions. C'est aussi le cas de notre étude, qui se bornera à donner des outils qui permettront de trouver la loi applicable dans les éventuels cas qui pourraient se présenter. En effet, il existe fort peu de règles substantielles, de source nationale ou internationale, spécialement forgées pour régir les situations internationales<sup>56</sup>.

**42.** Le plus souvent, la relation internationale de droit privé sera soumise aux mêmes règles substantielles que celles qui s'appliquent aux relations internes équivalentes. Donc il est seulement nécessaire de trouver la loi applicable au contrat et de l'appliquer, plutôt que de se mettre dans une entreprise d'ériger des règles substantielles de contrat international<sup>57</sup>.

**43.** Ainsi, la loi malgache relative à la théorie générale des obligations qui régit les contrats ne fait pas de différence selon que le contrat considéré est purement interne, comme impliquant

---

<sup>54</sup> V. par exemple, Cour de cassation, 12 mai 2020, Décision n° 239 ; Cour de cassation, 4 mai 2018, Décision n°217 ; Cour de cassation, 17 février 2017, Décision n°103 ; Cour de cassation, 06 février 2015, Décision n°44 ; Cour Suprême, 13 avril 1971, Décision n°28 ; Cour de Suprême, 26 mars 1968, Décision n°19.

<sup>55</sup>Cour Suprême de Madagascar, 4 mai 2007, n° 37/03-CO, bull.arr.c.sup.2007.44, Imram TAYBALY c/ Mohamed Hassan Mozize Raza, *jugements commentés du Tribunal de Commerce d'Antananarivo Année 2008, Jurid'ika* 2011.

<sup>56</sup> L'ordonnance n°62-041, principal texte portant droit international privé ne contient qu'une dizaine de dispositions relatives à la question.

<sup>57</sup> Par exemple, on recherche la loi applicable au contrat dans l'article 30 de l'ordonnance n°62-041, une fois que la loi malgache est désignée comme loi applicable, le juge malgache va résoudre le litige en se basant sur la LTGO.

deux Malgaches résidant à Madagascar et n'ayant aucun lien d'aucune sorte avec l'étranger ; ou qu'au contraire le contrat soit international. Dans les deux cas, si c'est la loi malgache qui est applicable, ce sera la même règle juridique substantielle qui sera appliquée. La différence s'opère en amont, alors que le contrat purement interne est nécessairement réglé par application de la loi malgache, le contrat international quant à lui n'appelle pas systématiquement l'application de la loi malgache, partant du constat que la relation internationale a des liens avec plusieurs ordres juridiques et qu'aucun n'a *a priori* plus de titres à régir la situation.

**44.** On pourrait penser que la détermination de la juridiction compétente joue un rôle de seconde zone parce que peu importe la juridiction saisie, si les dispositions de droit international privé de ce pays choisissent une autre loi applicable, ce sera la loi de ce pays qui sera appliquée. Prenons un exemple, que la juridiction congolaise, australienne, chinoise ou américaine, qui soit compétente, si les dispositions de droit international privé de ces pays réciproquement ont choisi la loi béninoise comme compétente, ce sera la loi béninoise qui sera appliquée au contrat en question. Toutefois, même si c'est la loi béninoise qui sera appliquée, les points de vue peuvent varier d'un juge à l'autre. En effet, il est difficile de penser que le juge congolais, le juge australien, le juge chinois ou américain auront exactement les mêmes interprétations de la loi béninoise applicable au contrat.

**45.** Quoi qu'il en soit, l'identification de la juridiction compétente peut avoir une incidence majeure sur l'identification de la loi applicable, puisque comme on a vu, en amont chaque État définit son propre droit international privé qui sera appliqué par sa propre juridiction. Il n'est donc pas aussi sûr que si la même affaire est portée devant la juridiction congolaise, australienne, chinoise ou américaine, que ces juridictions choisiront toutes la loi béninoise comme applicable. La théorie du conflit de lois se double ainsi nécessairement d'une théorie du conflit de juridictions.

**46.** Théorie du conflit de lois et théorie du conflit de juridictions forment les deux piliers indissociables du droit international privé. Pour être indissociables<sup>58</sup>, ces deux piliers n'en sont pas moins, et ce point est fondamental pour appréhender la matière sous de bons auspices totalement indépendants. Toutefois, tenons-nous à bien préciser que dans cette étude, nous partons de l'hypothèse que c'est la juridiction malgache qui est compétente, afin de n'étudier la détermination de la loi applicable que du point de vue de droit malgache. Les règles de conflit

---

<sup>58</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1983, no 668, p. 446, et rappelé par la jurisprudence, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1993, *Rev. crit. DIP* 1995. 554, note P. Vareilles-Sommières.

de lois ont une autre teneur selon la juridiction compétente. Le juge saisi doit donc veiller à éviter l'erreur fréquente qui consiste à interpréter la loi applicable selon son propre droit. Deux remarques doivent en conséquence être faites : *primo*, le juge malgache peut être compétent alors que la loi malgache n'est pas applicable ; *secundo*, la compétence des juridictions malgaches n'emporte pas à elle seule l'applicabilité de la loi malgache.

47. Pour introduire l'étude du droit international privé, M. le professeur Pierre MAYER prend l'exemple d'une histoire de princesse, celle du mariage de la princesse Maria Christina DE BOURBON avec le sieur PATINO<sup>59</sup>. Si cette histoire est loin d'être un conte de fées, les époux ayant pendant près de vingt ans cherchés à se séparer en maximisant leurs intérêts financiers respectifs, elle constitue pour les spécialistes de droit international privé un sujet de délectation, tant est remarquable « l'extrême diversité des questions posées ainsi que la qualité des réponses qui leur ont été apportées »<sup>60</sup>.

48. Plus près de nous, l'affaire de la succession de Johnny HALLYDAY a replacé le droit international privé au cœur de l'actualité « *people* », dont la discipline n'est guère coutumière, mais qui nous rappelle qu'elle est bien vivante. Car si le droit international privé est rempli d'histoires de princesses et de gens importants, le droit des contrats internationaux concerne tout un chacun, il concerne aussi bien le commerçant dont les chiffres d'affaires se calculent par millions qu'un simple particulier qui conclut un contrat par internet avec un étranger en quelques clics. Qu'on soit commerçant ou non, la conclusion d'un contrat dans lequel il y a un élément d'extranéité, expose l'individu à de très nombreuses questions qui sortent du droit interne, et dont il n'y a quasiment pas de réponse précise de la part du législateur malgache.

49. Déjà, qu'est-ce qu'on entend par contrat international<sup>61</sup>? Peut-on introduire une clause de choix de la loi dans un contrat purement national ? Une situation est-elle nécessairement internationale pour la simple raison que l'un de ses éléments constitutifs la rattache à un ordre juridique étranger ? Le droit des contrats fournit des exemples : le contrat conclu entre un producteur de melons à Majunga et un épicier italien dont l'établissement se situerait également à Majunga, doit-il être considéré comme international à raison de la seule nationalité italienne de l'épicier ? Cette question impose une réflexion sur la relativité des éléments d'extranéité,

---

<sup>59</sup> Le rappel de l'affaire Patino ouvre d'ailleurs aujourd'hui encore son « Précis », P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Domat », 2019, n°1.

<sup>60</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, no 38- 39, p. 330.

<sup>61</sup> V. *Infra* n°59 et s.

c'est-à- dire sur leur pertinence et leur portée en considération de la nature de la situation visée. La nationalité des parties n'est peut- être pas, s'agissant d'un contrat professionnel, un élément pertinent.

**50.** Pourtant, on s'accorde à dire qu'il n'existe pas de définition absolue et universelle du contrat international<sup>62</sup>. Les contrats sont toujours liés avec la liberté individuelle. Or, projetée sur le plan international, cette liberté ouvre des perspectives immenses. Les contractants sont- ils libres de choisir n'importe quelle loi pour régir le contrat même si cette loi choisie n'a aucun lien ni avec les parties ni avec le contrat ? Est-ce que les parties, peuvent choisir comme loi applicable, une loi qui n'est pas d'ordre étatique ? Sont-elles libres au point de pouvoir soustraire leur contrat à toute loi ? Les parties peuvent-elles choisir différentes lois à appliquer aux différentes parties du contrat ? La liberté contractuelle justifie-t-elle une liberté absolue sans qu'il y ait la moindre contrainte<sup>63</sup> ? Le fait qu'il y ait un élément d'extranéité justifie-t-il que les parties puissent se soustraire à toute contrainte interne d'un pays ? Autant de questions que l'on pourrait regrouper en une seule et grande question : comment détermine-t-on la loi applicable à un contrat international à Madagascar ?

**51.** Le droit des contrats internationaux est particulièrement complexe en raison de la pluralité de ses acteurs, de ses méthodes, de ses finalités, tant la matière est vaste. Une telle entreprise oblige à faire des choix, autrement dit à trancher entre diverses options, d'autant plus que le droit malgache en la matière est lacunaire. Afin de tenter de donner une présentation la plus claire et synthétique possible de la question, le présent ouvrage se divise en deux parties dont la première partie consiste à évoquer la loi applicable au contrat international en présence de choix des parties (Partie 1) et la deuxième partie étudie la loi applicable au contrat international en l'absence de choix des parties (Partie 2).

---

<sup>62</sup> H. SYNDET, note sous Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984. 603, spéc. 609 ; P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges P. Tercier, Schulthess*, 2008, p. 872, spéc. n° 4.

<sup>63</sup> Par exemple, les règles douanières, sur la circulation des données personnelles, le contrôle des changes ou des investissements étrangers, les embargos.

## **PARTIE I : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES**

52. La diversité des législations dans le monde rend complexes les règles relatives à la loi applicable à un contrat international : différentes législations sont susceptibles de régir un contrat. De la loi applicable dépendent les règles applicables au contrat c'est-à-dire que ces règles varient en fonction de la loi du pays qui régit le contrat. Un contrat peut être valable selon la loi d'un État, mais nul selon la loi d'un autre État, la mise en œuvre de la responsabilité civile est différente d'un pays à un autre, les règles de capacité ne sont pas les mêmes pour tous les pays du monde... Par exemple, contrairement au droit malgache, le droit anglais ne connaît pas la notion de bonne foi<sup>64</sup> qui est pourtant importante dans le droit des contrats du système romano-germanique. Si la loi applicable au contrat est la loi malgache, l'article 123 de la LTGO imposant aux parties l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi pour laquelle la jurisprudence et la doctrine ont dégagé deux devoirs principaux : le devoir de loyauté<sup>65</sup> et le devoir de coopération<sup>66</sup>, le non-respect de cette obligation sera source de responsabilité contractuelle. Alors que si la loi applicable est la loi anglaise, le droit de *Common Law* ne reconnaissant pas cette notion de bonne foi, si l'une des parties agit d'une manière déloyale, la responsabilité contractuelle ne pourra pas être mise en cause sur la base de la bonne foi. La partie victime ne pourra agir que sur le terrain de responsabilité délictuelle. Or, il est évident qu'il est plus facile de retenir la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle d'une partie contractante. Ce, d'autant plus qu'en droit malgache, la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle est conditionnée par la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité entre la faute et le préjudice tandis que celle de la responsabilité contractuelle ne nécessite pas la preuve du préjudice<sup>67</sup>. Pour retenir la responsabilité contractuelle, il suffit de

---

<sup>64</sup> V. par exemple l'article 123 de la LTGO qui édicte que « Le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi. Elles doivent l'exécuter de bonne foi, dans le sens qu'elles ont entendu lui donner ».

<sup>65</sup> Les parties doivent agir sans fraude, sans abus et sans dol. Ce devoir concerne aussi bien le débiteur que le créancier. Le débiteur ne doit rien entreprendre qui empêcherait le créancier de retirer l'avantage escompté du contrat. Le créancier ne doit rien faire qui rendrait l'exécution du contrat plus lourde au débiteur.

<sup>66</sup> C'est le principe de collaboration : les parties contractantes doivent collaborer pour parvenir au bon accomplissement des engagements de chacune d'elles. Chaque contractant privilégie d'abord ses propres intérêts, mais il doit aussi s'efforcer de prendre en compte les intérêts de l'autre. C'est ainsi que cette obligation peut se manifester par l'obligation de renseignement.

<sup>67</sup> Par exemple, TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, 220-C, 242-C, 149-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 295, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; TC d'Antananarivo, 6 novembre 2008, n° 229-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 357, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 251-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 329, obs. Andrianaivotseheno ; TC

prouver un manquement à une obligation contractuelle, le préjudice s'infère nécessairement de la faute contractuelle<sup>68</sup>.

**53.** Dans un contexte international, il convient par conséquent de bien choisir la loi applicable au contrat<sup>69</sup>. Deux Malgaches ayant leurs résidences en Angleterre concluent un contrat en Angleterre. À défaut de choix ou en cas de choix se portant sur le droit anglais, ils se verront appliquer les règles du droit des contrats anglais dans lequel la notion de bonne foi ne fait pas partie du champ contractuel. En cas d'exécution de mauvaise foi de la part d'une des parties, aucune responsabilité contractuelle ne peut être engagée sur cette base. La partie victime ne peut faire appel qu'à la responsabilité délictuelle pour laquelle la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage est problématique. Tandis que choisir la loi malgache comme loi du contrat permettrait de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité civile des parties, premièrement parce qu'au lieu de se baser sur la responsabilité extracontractuelle, la partie victime peut agir sur le terrain de responsabilité contractuelle ; deuxièmement, elle n'aura même pas à prouver le préjudice, il suffit de prouver la faute contractuelle pour que la responsabilité soit reconnue<sup>70</sup>.

**54.** Le choix de la loi joue ainsi un rôle capital dans un contrat qui présente un élément d'extranéité. Choisir la loi du contrat n'est pas une question subsidiaire. Au contraire, c'est une question principale dont dépend la relation contractuelle. À partir du moment où le contrat est international, différentes législations sont en concurrence, chacune d'elles a vocation à s'appliquer. Pour une prévisibilité certaine, il est primordial de choisir la *lex contractus*.

**55.** En présence de choix des parties, l'application de la *lex contractus* trouve tout son intérêt. Les parties concluent un contrat international et décident de choisir quelle loi va être

---

d'Antananarivo, 14 août 2008, n° 193-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 507.

<sup>68</sup> Pour une application ponctuelle en droit français, v. Com., 15 janvier 2020, note L. Chaminah, *Revue Droit et Société de l'université de Majunga*, 2021, p. 12.

<sup>69</sup> Sur l'importance de choisir la loi applicable au contrat, V.M. FOUQUET, « Le choix de la loi dans les contrats internationaux, stratégie et droit international privé », *Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) – UMR CNRS 6262/Université de Rennes 1*, 2019; T.CLERC et J. PESCHIUTTA, « Les contrats internationaux : du choix de la loi à la gestion des conflits », <https://www.eurojuris.fr/categories/contrats-commerciaux-distribution-8100/articles/les-contrats-internationaux-du-choix-de-la-loi-a-la-gestion-des-conflits-36419.htm>;

<sup>70</sup> TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, *op.cit.*; TC d'Antananarivo, 6 novembre 2008, *op.cit.*; TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, *op.cit.*; TC d'Antananarivo, 14 août 2008, *op.cit.*

applicable à leur contrat. Ce choix peut se faire soit dans le contrat lui-même soit dans un acte séparé.

**56.** Le choix de la loi applicable est particulièrement important lorsque les parties au contrat sont en litige, c'est-à-dire, lorsque les parties ne sont pas d'accord sur l'interprétation du contrat. Le choix de la loi applicable évite de se retrouver devant une loi dont l'une des parties ou les deux parties ne connaissent ni les tenants ni les aboutissants. Mais aussi, permet-il de ne pas donner trop de pouvoir au juge ou à l'arbitre parce qu'en présence de clauses claires, le juge n'a pas à les interpréter<sup>71</sup>. Il n'a qu'à appliquer les clauses telles qu'elles sont. En présence d'un choix exprès et valide de loi applicable, les règles de rattachement objectif et la recherche de la volonté implicite ou hypothétique des parties sont exclues. Le juge n'a pas à interpréter ce que les parties auraient voulu. Il applique leur choix. Une fois que les parties ont choisi la loi qui sera applicable à leur contrat, le juge ne pourra pas le rattacher à une loi qui présenterait des liens plus étroits avec le contrat, mais dont les parties n'ont pas voulu appliquer. Bref, choisir la loi applicable au contrat permet aux parties de rester maîtres de leur contrat ainsi que des obligations qui en résultent.

**57.** Cependant, la question n'est pas si facile qu'elle ne paraît. Nonobstant le choix des parties, la détermination de la loi applicable reste souvent problématique pour différentes raisons. Plusieurs questions peuvent se poser telles que : comment détermine-t-on la loi applicable au contrat lorsque les parties ont choisi elles-mêmes cette loi ? Pourquoi d'ailleurs les parties ont-elles la liberté de choisir cette loi applicable ? Est-ce que la *lex contractus* régit l'ensemble du contrat ou une partie du contrat seulement ? Il y a-t-il dans un contrat des clauses interdites ? etc. Afin de répondre à ces questions, on a décidé de regrouper les réponses dans deux rubriques : nous allons commencer dans un titre premier par nous focaliser d'abord sur la question de savoir pourquoi les parties ont la faculté de choisir elles-mêmes la loi applicable à leur contrat (Titre 1) avant d'entamer la détermination de loi applicable en présence de choix des parties (Titre 2).

---

<sup>71</sup> Selon l'article 125 de la LTGO : « La commune intention des parties détermine leurs engagements réciproques ».

## TITRE 1 : LE FONDEMENT DE LA *LEX CONTRACTUS*

58. Bien évidemment, les parties ne se trouvent pas être titulaires de la liberté de choisir la loi applicable à leur contrat *ex nihilo*, des principes s’y trouvent inéluctablement à la base. La liberté contractuelle comporte traditionnellement trois attributs<sup>72</sup> : la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat<sup>73</sup>, la liberté de choisir son cocontractant<sup>74</sup> et la liberté de choisir le contenu du contrat<sup>75</sup>. La liberté de choisir la loi applicable au contrat ne fait pas expressément partie de ces attributs. Ce, parce que cette liberté n’est pas donnée aux parties lorsqu’elles concluent des contrats nationaux. On ne peut parler de la *lex contractus* que si l’on se trouve dans un contrat international (Chapitre 1). À la base de cette liberté de choisir la loi applicable à leurs contrats se trouve un principe fondamental : le principe de l’autonomie de la volonté (Chapitre 2).

### CHAPITRE 1 : L’INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT

59. Le caractère international du contrat permet la mise en œuvre de certaines règles qui peuvent ne pas pouvoir être applicables dans les contrats internes. C’est le caractère international du contrat qui autorise les parties à choisir la loi applicable au contrat, ou encore à mettre en œuvre certaines clauses, telles que la clause de garantie de change qui n’est applicable qu’aux contrats internationaux. Dans les contrats internes, les parties ne peuvent pas choisir la loi applicable. Deux Malgaches qui résident à Madagascar concluant un contrat qui ne présente aucun élément d’extranéité ne peuvent pas choisir de ne pas appliquer au contrat le

---

<sup>72</sup> V. R. CABRILLAC, *Liberté et droits fondamentaux*, 26<sup>e</sup> édition, Dalloz 2020, p.826-849 ; N. BARAÏT, *la liberté contractuelle sous la toise de la Convention Européenne des droits de l’homme*, HAL 2013.

<sup>73</sup> Il arrive que la loi supprime la liberté de contracter ou de ne pas contracter, c’est le cas par exemple lorsqu’elle impose la conclusion d’une assurance automobile obligatoire (Article 117 de la loi 2020-005 sur les assurances). Toute personne physique ou toute personne morale autre que l’État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d’atteintes aux personnes ou aux biens et causés par un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, doit, pour faire circuler lesdits véhicules, être couverte par une assurance garantissant la responsabilité civile dans les conditions fixées par la présente loi.

<sup>74</sup> La loi impose parfois le contractant, c’est le cas de droit de préemption du locataire ou des mairies.

<sup>75</sup> La loi peut interdire aux parties d’insérer certaines clauses dans leurs contrats tels que prohibition des clauses abusives (article 43 de la loi n°2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs : « Sont interdits les contrats, conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pouvant contenir des clauses abusives, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes »). Elle peut également fixer le contenu des contrats tels que : où les heures et les conditions de travail dans les contrats de travail (articles 75 et s. du Code du travail).

droit malgache et choisir une autre loi à la place. En l'absence d'élément d'extranéité, le contrat est régi par le droit national, il n'est reconnu aucun choix aux parties.

60. D'où l'intérêt de savoir : quand est-ce- qu'on se trouve en présence d'un contrat international ? Selon quels critères le contrat quitte-t- il le statut de contrat interne pour entrer dans la sphère des contrats internationaux ? Pour répondre à ces questions, il est important de se concentrer sur la notion d'internationalité (Section 1) avant de sortir l'intérêt de la distinction entre un contrat interne et un contrat international dans le contexte de choix de la *lex contractus* (Section 2).

### **Section 1 : La notion d'internationalité**

61. L'internationalité exige l'existence d'un élément d'extranéité<sup>76</sup>. Plusieurs critères se trouvent en présence pour identifier cet élément d'extranéité. Ni la loi sur le droit international privé ni la jurisprudence malgache ne parle des critères à retenir pour qualifier le contrat d'international. C'est le Code de la procédure civile dans le contexte d'arbitrage international qui donne des éléments de réponse quant à la notion de commerce international. Pour sortir les critères d'internationalité, nous allons de ce fait nous référer à la définition du Code de procédure civile (§1) avant de regarder le critère retenu par la CVIM, étant donné que celle-ci constitue le droit commun malgache en matière de ventes internationales des marchandises (§2).

#### **§1 : L'internationalité de l'acte selon le Code de procédure malgache**

62. Un contrat est dit international lorsque celui-ci a des points de contact avec au moins deux ordres juridiques<sup>77</sup>. Lorsque le contrat n'a de lien qu'avec un seul pays tel qu'un contrat de travail conclu à Madagascar entre un travailleur malgache et un employeur malgache tous deux résidant à Madagascar pour un travail à exécuter à Madagascar, le contrat relève du droit interne. Aucun choix n'est en principe donné aux parties quant à la loi applicable à ce contrat.

---

<sup>76</sup> CLAVEL S., *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz 2016, p.2 ; STARK L. *L'internationalité en droit international privé*, p. 22, Thèse, université de Bourgogne, 2020, p.22.

<sup>77</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2019, p. 5 ; PIRONON, « Le(s) critère(s) de l'internationalité à l'épreuve des pratiques du commerce international », *Mélanges E. Loquin*, LexisNexis, 2018, P. 553 ; J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, p.4 ; Y. LOUSSOUARN et J.D BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969 , n. 6,p. 256.

En d'autres termes, pour que les parties puissent bénéficier de ce droit de choisir la loi applicable, il faut que le contrat soit international.

**63.** En termes simples, « l'extranéité est la qualité de ce qui est étranger »<sup>78</sup>. Il s'agit du caractère étranger d'un élément par rapport au juge qui tranche l'affaire. Ainsi, un contrat international est un contrat qui présente pour le juge au moins un élément d'extranéité. Une relation est dite internationale lorsqu'elle présente un élément d'extranéité. « Un élément d'extranéité, c'est un élément de la relation juridique qui se situe sur un territoire étranger, dans un ordre juridique différent de l'ordre juridique du point de vue duquel on se place (le for) »<sup>79</sup>. La présence d'un élément d'extranéité confère à la relation des parties, le caractère international<sup>80</sup>. Celui-ci constitue par conséquent un critère clé en ce sens qu'il permet au juge de passer d'un régime juridique de droit interne à celui du droit international privé. D'où l'importance de l'élément d'extranéité dans le fondement de la *lex contractus*<sup>81</sup>.

**64.** L'élément d'extranéité peut se présenter sous différentes formes, il peut être la nationalité des parties comme il peut être leur lieu de résidence ou le lieu d'exécution du contrat ou encore le lieu de conclusion du contrat ou même la langue utilisée dans la rédaction du contrat<sup>82</sup> : c'est l'internationalité dite objective (A). Mais au-delà de tous ces éléments de rattachement, est-il possible d'internationaliser un contrat normalement national ? Autrement dit, les parties à un contrat national peuvent-elles par la seule force de leur volonté choisir une loi étrangère ou soumettre le contrat auprès d'un juge étranger ? C'est la question de l'internationalité subjective (B).

#### **A- La relation objectivement internationale**

**65.** La relation objectivement internationale s'entend d'une relation dans laquelle les éléments intrinsèques du contrat mettent en cause plusieurs ordres juridiques internationaux. En d'autres termes, le contrat en elle-même comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité.

---

<sup>78</sup> G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1987.

<sup>79</sup>[https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-international/cours-de-professeur/methodes-droit-international-prive-631935.html?utm\\_source=ssd2&utm\\_medium=internal](https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-international/cours-de-professeur/methodes-droit-international-prive-631935.html?utm_source=ssd2&utm_medium=internal).

<sup>80</sup> J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, L. USUNIER, *Droit du commerce international*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2022 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, M ; F. FALQUE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec 2<sup>e</sup> éd., 2000.

<sup>81</sup> V. J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Journal de droit international Clunet*, 2003.

<sup>82</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.* p. 4 et 5 ; F. MELIN, *Droit international privé*, LGDJ 2022 ; P.MAYER, V. HEUZE, B.REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2019 ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2016, p. 2 et 3 ; T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 2017, p. 3.

Pour qualifier un contrat d'objectivement international, on s'attache généralement à deux critères : le critère économique (1) et le critère juridique (2).

## **1- Le critère économique**

**66.** Dans l'article 452.1 du Code de la procédure civile<sup>83</sup>, lorsque le législateur malgache donne les cas dans lesquels l'arbitrage est international, celui-ci fait incidemment allusion à la notion du commerce international. L'alinéa 4 de cet article dispose qu'on est en présence d'un commerce international « notamment lorsqu'il s'établit entre les parties des transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière ».

### **a- Le critère classique**

**67.** Il est à remarquer que l'objet de l'article n'est pas de définir le commerce international, mais plutôt de délimiter le champ d'application de l'arbitrage international. Et dans cet alinéa 4 de l'article 452.1, il est édicté que l'arbitrage est international « d'une manière générale si l'arbitrage concerne le commerce international ». Et le commerce international s'entend au sens de cette loi « notamment » de l'existence « des transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière ». L'utilisation du mot « notamment » laisse entendre que le critère de transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière n'est pas le seul critère pour définir le commerce international. D'autres éléments peuvent être pris en compte<sup>84</sup>.

**68.** Les termes de cet article nous rappellent le critère classique du droit français, issue de la jurisprudence Matter<sup>85</sup> qui pose la condition de l'internationalité d'un acte à « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières ». Les transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière équivalraient bien à ce « mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières du droit français.

**69.** Pour être qualifié d'international, il faut que le contrat établisse entre les parties des transferts d'intérêt par-dessus une frontière. Il est ainsi nécessaire que celui-ci produise des

---

<sup>83</sup> Article issu de la loi n° 2001-022 du 9 avril 2003.

<sup>84</sup> *Infra*, n° 74 et s.

<sup>85</sup> Civ., 17 mai 1927, Pélissier du Besset, *DP* 1928, I, p. 25, note H. Capitant.

conséquences dans un pays et dans un autre c'est-à-dire des conséquences qui dépassent le cadre d'un seul pays. Le seul fait de contenir un élément d'extranéité, tel que la nationalité des parties, ne suffit donc pas à qualifier le contrat d'international, il faut en plus des transferts d'intérêts par-dessus les frontières<sup>86</sup>. Lorsque l'élément d'extranéité ne produit pas des conséquences réciproques dans au moins deux pays différents, le contrat n'est pas un contrat international<sup>87</sup>. Le droit malgache en posant le critère de la vision classique n'a pas fermé la possibilité de recourir à d'autres critères en employant particulièrement le terme « notamment ». Ce qui signifie que l'acte peut être international selon d'autres critères. Si on reprend les termes de l'alinéa 4 de l'article 452, l'arbitrage est international lorsqu'il « concerne le commerce international ». Ce qui ne fait pas du tout obstacle à la vision moderne d'internationalité.

### **b- La vision moderne**

**70.** Le critère moderne exige la mise en jeu les intérêts du commerce international<sup>88</sup>. D'autres décisions<sup>89</sup>, plus récentes notamment de droit français sont venues rectifiées et clarifiées la vision classique de l'internationalité. On a pu constater qu'il peut y avoir des contrats qui portent sur des opérations du commerce international sans pour autant qu'il y ait des transferts des intérêts par-dessus une frontière. C'est le cas notamment en matière de change. Un risque de change peut frapper des contrats qui financent des opérations dans un pays sans qu'un remboursement soit prévu à l'étranger<sup>90</sup>. De là est née la question de l'internationalité du contrat à propos de la licéité des clauses monétaires. Ces clauses ne se limitent pas aux flux de valeurs produits par le contrat. Elles appréhendent également le circuit économique dans lequel le contrat de change s'insère : d'où la question de « l'impact économique de l'opération »<sup>91</sup>. Des exemples sont nombreux concernant les contrats qui ne

---

<sup>86</sup> Voir en ce sens, LALIVE, *Cours général de droit international privé*, Académie de droit international, 1997, p.17 ; MESTIRI N., *Notion d'internationalité et fraude à la loi en matière de contrat*, Thèse, université de Montréal 2003, p. 19.

<sup>87</sup> Pour l'application célèbre du droit français v., Civ. 21 juin 1950, Messageries maritimes, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. Batiffol ; *GADIP*, n° 22.

<sup>88</sup> Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, Mardelé et Dambricourt, S. 1933, I, p. 41, note J.-P. Niboyet.

<sup>89</sup> Notamment, Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, *op.cit.*

<sup>90</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1985, n° 83-16.923.

<sup>91</sup> M. FONTAINE, « La notion de contrat économique international, Le contrat économique international : Stabilité et évolution », *Bruylant- Pedone*, 1975, p. 15 s., n° 36.

donnent pas lieu en eux-mêmes à un paiement international, mais qui sont bel et bien destinés à financer une opération du commerce international<sup>92</sup>.

**71.** Par conséquent, une autre vision du critère économique a surgi pour qualifier le contrat d'international. Cette vision n'exige plus forcément les transferts d'intérêts au-dessus des frontières. La nouvelle tendance jurisprudentielle s'attarde plutôt à l'opération internationale elle-même et non plus aux conséquences de cette opération sur au moins deux frontières différentes<sup>93</sup>. Aussi bien la dernière version du Code civil français de 2018<sup>94</sup> que le Code de procédure civile français ont suivi cette tendance. Globalement, l'approche économique de l'internationalité du contrat a conduit à prendre des solutions spéciales qui sont adoptées en raison des nécessités du commerce international<sup>95</sup>. La meilleure illustration reste dans la jurisprudence française relative aux clauses monétaires. Même si la loi normalement applicable prétend interdire ces clauses ou les encadrer, elles sont jugées licites dès lors qu'il s'agit de prémunir une des parties « contre des fluctuations monétaires prévisibles »<sup>96</sup> ; ce qui est le cas lorsque le contrat participe d'une opération qui dépasse le « cadre de l'économie interne »<sup>97</sup>.

**72.** Le Code de procédure civile français est très clair en la matière en ce qui concerne l'arbitrage<sup>98</sup>. Son article 1504 dispose que : « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »<sup>99</sup>. Il n'est plus question de mouvement de flux et de reflux, il est simplement question des « intérêts du commerce international ». L'article 452, alinéa 4 du Code de procédure civile malgache dispose que l'arbitrage est international « d'une manière générale si l'arbitrage concerne le commerce international notamment lorsqu'il s'établit entre les parties des transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière ».

---

<sup>92</sup> Civ. 1re, 11 oct. 1989, n° 87- 16.341, *Bull. civ. I*, n° 311 ; *D.* 1990. 167, note E. de la Marnière ; *JCP E* 1990. II. 15721, note J.- Ph. Lévy ; *Com.* 11 oct. 2005, n° 03- 17.637 ; Paris, 11 avr. 1972, *JDI* 1974. 620, obs. B. Audit.

<sup>93</sup> Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, *op.cit.*

<sup>94</sup> Par exemple, l'article 1343-3 du Code civil français édicte : « Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée ».

<sup>95</sup> P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p. 9.

<sup>96</sup> Civ. 1re, 13 mai 1985, n° 83- 16.923, *Bull. civ. I*, n° 146.

<sup>97</sup> Civ. 14 févr. 1934, *DP* 1934, I, p. 73 ; *S.* 1934. I. 297, note A. Mestre.

<sup>98</sup> P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005. 361 ; J.- F. POUDRET, « Critères d'internationalité de l'arbitrage et droit européen », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 2000, p. 53.

<sup>99</sup> Cet article reformule la jurisprudence de principe en la matière, Civ. 19 févr. 1930, *op.cit.*

Ainsi, comme le droit français, l'élément déclencheur du droit malgache de l'arbitrage international se trouve être, envisagé sous l'angle économique<sup>100</sup> c'est-à-dire l'existence d'un commerce international, les transferts d'intérêt par-dessus une frontière n'est qu'une illustration parmi tant d'autres.

73. Bref, l'internationalité objective fait appel à une définition économique selon laquelle pour qu'un contrat soit international il suffit qu'il porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal ou de l'arbitre<sup>101</sup>. Les arrêts Mardelé et Dambricourt<sup>102</sup> remplacent donc l'exigence du mouvement de flux et de reflux de l'arrêt Matter<sup>103</sup> par le critère de la mise en jeu des intérêts du commerce international en droit français. Alors qu'en droit malgache l'article 452, alinéa 4 du Code de procédure civile semble combiner les deux critères. Il pose l'importance du commerce international tout en illustrant sa définition du commerce international par les transferts des intérêts par-dessus une frontière. La décision de la Cour d'appel de Paris de 1990 illustre parfaitement ce propos lorsqu'elle souligne le fait que le contrat litigieux contenait des prêts destinés « au financement d'opérations du commerce international » et au développement d'une société de droit panaméen, impliquant « pour leur mise en œuvre, et leur remboursement (...) des mouvements de fonds à travers les frontières »<sup>104</sup>. La Cour de cassation paraît opter pour la même solution qu'elle appelle l'internationalité de la « situation »<sup>105</sup>.

## 2- Le critère juridique

74. Dans le critère juridique, la notion d'internationalité est plus simple : le contrat est international du moment que celui-ci se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs États<sup>106</sup>. Ce postulat est *a priori* simple puisqu'il suffit qu'un contrat déborde le cadre d'un État pour être qualifié d'international.

---

<sup>100</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 115 : « l'internationalité de l'arbitrage ne résulte (...) que de l'objet du litige, et plus précisément, de l'opération économique qui en est l'occasion ».

<sup>101</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, *Inserm*, n° 09- 10.198, *Bull. civ. I*, n° 15 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 704, note M. Laazouzi ; *Cah. arb.* 2011. 465, obs. P. Pedone, A. Mourre ; *RJ com.* 2011. 563, note G. Pluyette.

<sup>102</sup> Civ. 19 févr. 1930, *op.cit.*

<sup>103</sup> Civ., 17 mai 1927, *op.cit.*

<sup>104</sup> Paris, 14 nov. 1990, *JDI* 1991. 734, note H. Gaudemet- Tallon.

<sup>105</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, n° 02- 12.959.

<sup>106</sup> CA Paris, 19 juin 1970, *JDI* 1971, p. 833, note B. Oppetit.

75. Cependant, force est de constater que ce ne sont pas toutes les circonstances ayant un contact avec l'étranger qui produisent des conséquences juridiques nécessitant la qualification d'international un contrat. Si par exemple, les parties ayant une nationalité différente, ayant leur domicile à Madagascar et réalisent une opération à l'intérieur des frontières malgaches, peuvent se voir attribuer le caractère d'international à leur relation, tel n'est pas le cas lorsque l'une des parties a un grand-père français, les deux parties résidant à Madagascar pour un contrat conclu à Madagascar. Il y a certes, un point de contact avec l'étranger dans le second cas, mais celui-ci est trop lointain et sans lien avec l'opération économique pour mériter d'être retenu. Tel est également le cas lorsque l'un des négociateurs a pris connaissance du projet de contrat en lisant ses messages électroniques lors d'un séjour à l'étranger ; ce lien est également dénué de toute portée juridique.

76. Par conséquent, dans le critère juridique il ne suffit pas que la relation ait un point de contact avec deux ou plusieurs ordres juridiques, il faut surtout que l'élément d'extranéité considéré présente une certaine pertinence<sup>107</sup>. On parle alors d'internationalité conflictuelle<sup>108</sup>. Cela signifie que l'internationalité intervient uniquement dans la résolution des conflits de lois. Dès lors, au sens des conflits de lois, est international le contrat qui, « par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, a des liens avec plus d'un système juridique »<sup>109</sup>. Le contrat ne peut être qualifié d'international que si un élément d'extranéité tel que la nationalité ou la résidence des parties entre dans le champ contractuel. Ce qui signifie qu'il n'est pas question de prendre en considération n'importe quel élément d'extranéité, on prend en compte uniquement les éléments d'extranéité qui ont un certain degré de pertinence par rapport au contrat. Ceux qui n'entrent pas dans le champ contractuel ne suffisent pas pour donner au contrat la qualification d'un contrat international et corollairement la possibilité de choisir son droit. Par exemple, des Malgaches qui passent un contrat de transport avec une compagnie aérienne malgache pour un vol faisant escale à Paris pour destination finale à Cuba concluent-ils un contrat international ? L'élément d'extranéité n'a pas été jugé comme entrant dans le champ contractuel.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.5.

<sup>108</sup> P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p. 6.

<sup>109</sup> H. BATIFFOL, *Rép. internat.*, v ° Contrats et conventions, 1968, n° 9.

<sup>110</sup>TC d'Antananarivo, 04 décembre 2020, n°200C-20, <http://www.justice.mg/tribunalcommercial/jugement/jugement-n-200c-20/>; TC d'Antananarivo, 26, novembre 2020, n°168-C, <http://www.justice.mg/tribunalcommercial/jugement/jugement-n-168-c/>.

**77.** On peut regrouper ces différents éléments d'extranéité sous deux catégories : la première tient au contrat lui-même et la seconde à la personne des contractants.

**78.** L'élément d'extranéité pertinent au sens des conflits de lois relatif au contrat peut ainsi être le lieu de la conclusion du contrat, le lieu de l'exécution du contrat, le lieu de la situation de la chose objet du contrat, etc. Ces éléments sont pris en compte dans l'article 452.1 du Code de procédure civile en matière d'arbitrage international. En ses termes : « un arbitrage est international dans l'un des cas suivants :[...] 2° si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; b) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; 3° si les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays... ».

**79.** L'arbitrage d'un contrat de travail conclu par deux Malgaches domiciliés à Madagascar pour être exécuté au Liban est un arbitrage international. Il suffit qu'une partie de l'obligation à condition que ce soit la partie substantielle de celle-ci soit exécutée en dehors du lieu d'établissement des parties pour retenir la qualification d'international.

**80.** Lorsqu'un contrat même conclu à Madagascar par les parties ayant leur établissement à Madagascar présente de lien plus étroit avec un pays autre que celui-ci, il peut faire l'objet d'un arbitrage international<sup>111</sup>. Tel est par exemple le cas d'un litige portant sur un immeuble sis en Italie entre deux Malgaches établis à Madagascar.

**81.** Concernant la personne des contractants, il s'agit généralement de leur domicile et de leur nationalité. C'est le cas lorsqu'un contrat est conclu par des parties domiciliées dans des pays distincts ou bien lorsque les parties ont de nationalité différente<sup>112</sup>. Tel que le prévoit l'article 452.1 « un arbitrage est international [...]1° si les parties à une convention d'arbitrage

---

<sup>111</sup> Article 452.1b) du Code de procédure civile.

<sup>112</sup> V.Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 1980, n° 78- 15.862, *Mercator Press, Rev. crit. DIP* 1980. 576, obs. H. Batiffol ; *JDI* 1980. 650, note Ph. Kahn ; Soc. 6 nov. 1985, n° 83- 42.317, *Bull. civ.* V, n° 504 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, n° 94- 19.322, *Rev. crit. DIP* 1997. 702, note B. Ancel ; *JDI* 2007. 789, note M. Santa- Croce ; *D.* 1997. 406, note E. Agostini ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, n°01- 01.414, *Rev. crit. DIP* 2004. 102, note P. Lagarde ; *D.* 2004. 494, note H. Kenfack ; *RTD com.* 2004. 396, obs. Ph. Delebecque ; *JDI* 2004. 1179, note M.- E. Ancel ; *JCP* 2004. II. 10046, note J. Raynard ; *Dr. et patr.* 2004, n° 125, p. 126, obs. D. Mainguy, P. Mousseron ; 2004. 770, obs. D. Bureau ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2003, n° 00- 12.872, *Bull. civ.* I, n° 251.

ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ».

**82.** Dans tous les cas, les deux catégories d'élément d'extranéité étant indépendantes l'une à l'autre, rien n'empêche qu'un contrat conclu par des parties domiciliées dans un même pays soit international s'il présente un élément d'extranéité se rattachant au contrat lui-même. Tel est par exemple le cas d'un contrat conclu en Allemagne<sup>113</sup> par deux Malgaches domiciliés à Madagascar ou conclu à Madagascar pour être exécuté en France<sup>114</sup>, ou portant sur un immeuble sis en Suisse<sup>115</sup>.

**83.** Bref, l'existence d'un seul élément d'extranéité au sens du conflit de lois est suffisante pour que le contrat soit qualifié d'international.

## **B- La relation subjectivement internationale**

Avant de sortir les éléments de réponses relatifs à la question de rattachement subjectif (2), nous allons montrer d'abord la difficulté inhérente à ladite question (1).

### **1- La position du problème**

**84.** La relation est subjectivement internationale lorsque, rattachée à un seul ordre juridique, les parties ont choisi soit de lui appliquer une loi étrangère soit de la soumettre à un organe étatique appartenant à un ordre juridique étranger<sup>116</sup>. Le contrat ne présente pas un élément d'extranéité objectif, mais les parties décident de l'internationaliser. Il s'agit d'une internationalité conventionnelle, c'est-à-dire, les parties par leur volonté décident d'internationaliser un contrat purement interne. L'illustration parfaite est la saisine d'un juge étranger concernant un litige purement interne. La relation serait internationale vis-à-vis du juge parce que la nationalité des parties et du juge étranger saisi est différente.

**85.** Dans une relation subjectivement internationale, l'élément d'extranéité peut être soit le juge saisi soit la loi choisie. Le contrat en elle-même ne comporte pas d'élément d'extranéité. La relation serait purement nationale si le juge saisi ou la loi choisie n'était pas de nationalité

---

<sup>113</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, n°03- 11.136, *Bull. civ. I*, n° 231, *Rev. crit. DIP* 2005. 465, note P. Lagarde ; *RDC* 2005. 1185, obs. D. Bureau.

<sup>114</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1994, *De Marchi*, n° 91- 20.158, *Bull. civ. I*, n° 13, *Rev. crit. DIP* 1994. 92, note H. Muir Watt ; *JDI* 1995. 134, note S. Dion-Loye.

<sup>115</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juill. 1987, n° 85- 16.098, *Rev. crit. DIP* 1988. 699, note J. Héron ; *D.* 1988. Somm. 345, obs. B. Audit

<sup>116</sup> P. MAYER et V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ. 2019, p. 3 et s.

étrangère aux parties au contrat. À titre d'exemple : un contrat est conclu à Madagascar entre deux Malgaches, le contrat est donc purement interne, mais il se trouve que c'est au juge français que les parties ont décidé de soumettre leur différend ou bien les parties choisissent expressément l'application des dispositions du Code civil français à la place par exemple de la LTGO. L'élément d'extranéité est donc ici soit le juge, c'est le juge qui est étranger au contrat, ou inversement c'est le contrat qui est étranger au juge soit les dispositions du Code civil français. La relation est dite subjectivement internationale.

## **2- Les solutions proposées**

**86.** La question reste problématique pour le droit malgache, est-ce que deux Malgaches qui concluent un contrat purement interne à Madagascar peuvent choisir par exemple le droit japonais comme applicable ou choisir de soumettre le litige à un juge japonais. On a pu constater qu'aucune disposition de l'ordonnance n°62-041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions du droit interne et du droit international privé, texte de référence en matière de droit international privé à Madagascar droit malgache ne prévoit pas expressément la solution. En outre, Madagascar n'a pas ratifié la Convention de La Haye qui donne une réponse, à plus forte raison il n'est pas membre de l'Union européenne d'où l'exclusion *a priori* de l'application du règlement Rome I<sup>117</sup> qui propose également de solution. C'est le Code de procédure civile qui fait référence à la notion, mais concernant uniquement l'arbitrage international (a). Qu'en est-il de l'opportunité de l'extension de cette solution à d'autres contrats (b) et quelles en seraient les limites (c) ?

### **a- L'acceptation de l'internationalisation conventionnelle de l'arbitrage**

**87.** En matière d'arbitrage, le législateur malgache permet qu'un arbitrage soit international lorsque le lieu de l'arbitrage est différent du lieu d'établissement des parties. Aux termes de l'article 452.1. 2° du Code de procédure civile : « un arbitrage est international dans l'un des cas suivants : [...]2° si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention... ». En d'autres termes, les parties peuvent internationaliser un arbitrage national en fixant le lieu d'arbitrage dans un autre pays que le pays où les parties ont leurs établissements. Un contrat relevant normalement du droit interne peut faire l'objet d'un arbitrage international par le seul effet de la volonté des parties. Les

---

<sup>117</sup> *Infra* n°228.

parties peuvent ainsi choisir d'internationaliser un arbitrage normalement national. Dès que les parties choisissent comme lieu d'arbitrage un pays autre que celui où les parties ont leurs établissements, l'arbitrage devient international. Il suffit de choisir un lieu d'arbitrage dans un autre pays. Le législateur malgache va même plus loin, parce qu'en dehors de choix explicite dans la convention<sup>118</sup>, ce lieu peut être « déterminé en vertu de cette convention ». Non seulement les parties peuvent internationaliser la convention d'arbitrage en choisissant un lieu différent des établissements des parties, mais en plus, sans choix exprès, le juge peut déduire implicitement ce lieu en vertu de ce que le contrat contient. Si ce lieu implicitement tiré de la convention d'arbitrage est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leurs établissements, la convention d'arbitrage est internationale. À la teneur de l'article 452.1, 2° du Code de procédure civile, l'internationalisation d'une clause compromissoire et de compromis d'arbitrage est parfaitement possible<sup>119</sup>.

**88.** La question reste de savoir si on peut généraliser cette solution et appliquer la solution à n'importe quel contrat. À l'instar de choix de lieu d'arbitrage, peut-on choisir un juge étranger pour connaître un contrat devant normalement relever du droit interne et internationalise ainsi un contrat normalement national ?

#### **b- Quid de l'extension de la solution pour l'arbitrage à d'autres contrats ?**

**89.** L'article 452.1.2° a ouvert une possibilité d'internationalisation de la convention d'arbitrage. Qu'est-ce qui empêcherait les juges malgaches d'étendre la solution à d'autres conventions. La convention étant la loi des parties, l'autonomie de la volonté ne heurterait en rien en la possibilité d'internationaliser la convention en choisissant l'application d'une loi étrangère ou en choisissant la saisine d'un juge étranger. Rappelons qu'un contrat objectivement interne devient subjectivement international par l'insertion d'un élément d'extranéité par la volonté des parties. Cet élément peut être soit le choix de l'application de la loi d'un autre État soit le juge d'un autre État.

**90.** « Une « justice saine, équitable, impartiale, respectueuse des droits de l'Homme et sécurisante pour les investissements »<sup>120</sup>, voilà ce que la population malgache est en droit

---

<sup>118</sup> « S'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ».

<sup>119</sup> Cette solution est différente du droit français parce que le droit français a un raisonnement inverse. L'internationalisation conventionnelle est possible sous réserve des règles d'ordre public du pays dont tous les liens se rattachent sauf pour quelques contrats notamment en matière d'arbitrage.

<sup>120</sup> Exposé des motifs de l'ordonnance n° 2005-005 du 22 mars 2006 portant loi organique relative au statut de la Magistrature, cité par ESOAVELOMANDROSO F., dans « Regard sans fards sur la justice malgache

d'attendre »<sup>121</sup>. Or, la réalité malgache en est tout autre. « Pour l'heure, les critiques à l'endroit de la magistrature malgache pleuvent encore, elles viennent aussi bien des simples citoyens que des magistrats eux-mêmes dont certains écrivent ouvertement que « des magistrats corrompus et incompétents existent encore dans toutes les instances judiciaires et même au sein du Conseil Supérieur de la Magistrature, car les membres élus au sein du CSM ne viennent pas d'ailleurs (...) »<sup>122</sup> »<sup>123</sup>. À l'heure actuelle, il est constaté une forte suspicion des justiciables à l'égard des juges malgaches en raison de trop fort taux de corruption touchant le secteur<sup>124</sup>. Le refus de reconnaître la possibilité de choisir un juge étranger ou une loi étrangère conventionnellement pourrait constituer un frein à la sécurisation des affaires à Madagascar. En effet, il n'est pas rare qu'on entende les chefs d'entreprise se plaindre de la justice malgache. Ils préfèrent trouver des solutions à l'amiable ou perdre leur argent plutôt que d'agir en justice en raison de la corruption qui sévit le secteur. C'est une des raisons qui fait qu'il n'y a pas beaucoup de jurisprudence en la matière. Ce n'est pas tant les différends qui n'existent pas, c'est surtout que les justiciables n'agissent pas en justice.

**91.** Secundo, la lenteur des traitements de dossiers auprès des tribunaux ne joue pas en faveur des juridictions malgaches. Non seulement « la lenteur des dossiers par le système judiciaire est propice à la corruption »,<sup>125</sup> mais aussi, elle fait perdre de temps et de l'argent dans le monde où le « *time is money* ». Aussi, ne devrions-nous pas nous indigner si les acteurs

---

ou comment réconcilier les justiciables avec la justice à Madagascar », <http://malagasy.ovh/2020/09/14/regards-sans-fards-sur-la-justice-malgache-ou-comment-reconcilier-les-justiciables-avec-la-justice-a-madagascar-faratiana-esoavelomandroso-29-octobre-2013/>.

<sup>121</sup> ESOAVELOMANDROSO F., « Regard sans fards sur la justice malgache ou comment réconcilier les justiciables avec la justice à Madagascar », *op.cit.*

<sup>122</sup> V. Un courrier des lecteurs signée par Un collectif de Magistrats : « Lettre de lecteur : Indignation déplacée, dites-vous ?, *La Gazette de la Grande Île*, [www.lagazette.dgi.com](http://www.lagazette.dgi.com) du 16 mai 2015, cité par ESOAVELOMANDROSO F., « Regard sans fards sur la justice malgache ou comment réconcilier les justiciables avec la justice à Madagascar », *op.cit.*

<sup>123</sup> ESOAVELOMANDROSO F., « Regard sans fards sur la justice malgache ou comment réconcilier les justiciables avec la justice à Madagascar », *op.cit.*

<sup>124</sup> « La justice malgache particulièrement touchée par la corruption », [actu.orange.mg](http://actu.orange.mg) du 20 octobre 2020, « Corruption dans la justice à Madagascar », [justice.madagascar.org](http://justice.madagascar.org) du 16 août 2018, tels sont des exemples des titres de journaux qu'on rencontre souvent à Madagascar; IMBIKI A., Doyen du Haut Conseil pour la Défense de la Démocratie et de l'État de Droit (HCDD) a rappelé que « la situation économique de Madagascar est fortement affectée, à cause de la corruption, y compris dans le milieu judiciaire », <https://actu.orange.mg/la-justice-malgache-particulierement-touchee-par-la-corruption/>; Transparency International a sorti les résultats de l'Indice mondial de perception de la corruption pour l'année 2021. Madagascar a récolté une note de 26 sur 100 qui fait placer Madagascar à la 147e place sur 180 pays, <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20220126-indice-de-la-perception-de-la-corruption-madagascar-est-%C3%A0-la-147e-place-sur-180>.

<sup>125</sup> Expressmada du 13 avril 2018.

du commerce même interne préfèrent porter l'affaire devant une autre juridiction qu'ils jugent plus équitable, efficiente et efficace.

**92.** Enfin, il n'est pas déplacé de remarquer que la majorité des grandes sociétés malgaches sont gérées par des dirigeants qui entretiennent d'une manière ou d'une autre une relation plus ou moins étroite avec un ou plusieurs pays étrangers. Prenons l'exemple de la première fortune de Madagascar<sup>126</sup>. C'est un Franco-Malgache d'origine indienne, marié à une Italienne, détenteur d'une carte de citoyen indien d'outre-mer et vit entre Madagascar, la France, le Milan et les États-Unis<sup>127</sup>. S'il se trouve la plupart du temps hors du territoire malgache alors qu'il possède pas mal de centres des affaires à Madagascar, la justice malgache étant ce qu'elle est, serait-il inopportun de le laisser choisir une autre loi ou une autre juridiction pour ses affaires à Madagascar, étant entendu qu'il n'est pas le seul à se trouver dans cette situation, nombreux sont ses partenaires malgaches possédant plusieurs attaches à l'étranger. La plupart des décisions et législations malgaches sont copiées des règles du droit français, ne serait-il pas un non-sens de refuser la possibilité à ce chef d'entreprise de choisir par exemple la loi française applicable à son contrat ou de choisir les juridictions françaises pour connaître les différends nés avec ses partenaires qui ont comme lui probablement plus de lien avec la France qu'avec Madagascar ?

**93.** Si au lieu de choisir la compétence d'un juge étatique, les parties choisissent un arbitre étranger, la clause sera valable. Ce qui signifie que deux Malgaches dans un contrat purement national peuvent choisir un arbitre ayant son établissement en France pour connaître les litiges nés de ce contrat. Pourquoi en serait-il autrement si au lieu de choisir un arbitre français les parties choisissent un juge français ?

**94.** De toutes ces observations, nous ne trouvons aucun obstacle à ce que la possibilité d'internationalisation conventionnelle d'un contrat soit étendue à d'autres conventions sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>128</sup>. L'élection d'un droit étranger par les parties est en soi un « lien » suffisant avec un État étranger pour que les règles

---

<sup>126</sup> V. Le mensuel Forbes Afrique, Portraits et Interviews, juillet 2022.

<sup>127</sup> V. Africa Intelligence du 22 avril 2013, <https://www.africaintelligence.fr/insiders/madagascar/2013/04/22/ylias-akbaraly-un-businessman-ouvert-sur-le-monde/107956709-beg>.

<sup>128</sup> V. par exemple l'article 90 de la LTGO : « La prestation ou l'abstention ne doit en rien être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. » et l'article 92 alinéa 2 de la LTGO : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

de droit international privé s'y intéressent. Si les parties peuvent internationaliser leur contrat de par leur seule volonté, des limites à leur autonomie devront être observées.

### **c- Les limites d'une éventuelle généralisation de la règle de la convention d'arbitrage**

95. Dans le cas où l'extension de la possibilité d'internationalisation conventionnelle à d'autres contrats est admise, des tempéraments seront à prévoir, il ne pourra pas s'agir d'une liberté absolue. D'une part, il faut prendre en considération les dispositions de la CVIM concernant la vente internationale des marchandises et d'autre part, l'internationalisation ne doit pas être utilisée pour échapper aux règles nationales impératives.

#### **- L'exclusion de la vente internationale des marchandises**

96. L'État malgache a ratifié la CVIM<sup>129</sup>. Cette ratification a comme conséquence que la CVIM constitue désormais le droit malgache de la vente internationale des marchandises<sup>130</sup>. L'article 1 de la CVIM en édictant que « la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents a) lorsque ces États sont des États contractants ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant » pose la règle selon laquelle la CVIM s'appliquera automatiquement lorsqu'une entreprise malgache contractera avec une entreprise d'un des autres pays ayant adhéré à la Convention. En revanche, si l'entreprise malgache contracte avec une entreprise dont le pays n'a pas adhéré à la CVIM, la CVIM ne sera applicable que si les règles du droit international privé désignent la loi malgache comme loi applicable au contrat<sup>131</sup>. D'autre part, l'exclusion de la CVIM par les parties nécessite un choix conscient dépourvu d'ambiguïté. Ainsi, une exclusion tacite notamment sous les termes de « l'application des lois malgaches » ne permet pas une exclusion de la CVIM puisque la CVIM est désormais le droit malgache de la vente internationale<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> L'adhésion de Madagascar à la CVIM a eu lieu le 24 septembre 2014. Elle est entrée en vigueur à Madagascar le 1<sup>er</sup> octobre 2015.

<sup>130</sup> J.-B. SEUBE, « L'appropriation de la CVIM par les juristes malgaches », *Revue Droit et Société de l'université de Majunga*, 2019, p.6.

<sup>131</sup> J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p.7.

<sup>132</sup> J.-B. SEUBE propose « Il faudrait donc expressément préciser que le contrat n'est pas soumis à la CVIM et qu'il reste soumis, non pas « aux lois malgaches », mais « aux seules règles de la LTGO », J.-B. SEUBE, *op.cit.* p.8.

97. Par conséquent, il est impératif de prendre en compte les dispositions de la CVIM lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente international des marchandises. La CVIM ne contient pas de disposition expresse quant à l'acceptation ou au refus de l'internationalisation conventionnelle d'un contrat. En revanche, lorsque son article 1 dispose que : « La présente convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents ». Cet article suppose que le seul critère d'extranéité pris en compte par ladite convention est le critère d'établissement. Implicitement, elle rejette tout autre critère, encore moins la possibilité d'internationaliser un contrat de vente normalement nationale. Si on se base sur cette Convention même si on n'a pas de solution pour d'autres contrats, on pourra au moins déduire qu'en ce qui concerne le contrat de vente, il n'y aura pas de possibilité pour les parties de choisir l'application d'une loi étrangère ou la saisine d'un juge étranger pour que le contrat de vente devienne international, et pouvant entraîner l'application de la CVIM. Ainsi, même si l'internationalisation conventionnelle des contrats internes trouve son application dans le droit positif malgache, le contrat de vente des marchandises devra être écarté. Un contrat de vente de droit interne ne peut pas être internationalisé par le seul fait de la volonté des parties. Pour que la vente des marchandises soit internationale, il faut absolument que les parties aient leur établissement dans des États différents. La relation des parties dans le contrat de vente ne peut ainsi être qu'une relation objectivement internationale, la relation subjectivement internationale étant exclue par la CVIM.

- **L'internationalisation subjective sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs**

98. L'internationalisation subjective du contrat ne devra pas être utilisée comme échappatoire aux règles impératives d'un État. Aussi est-il capital de souligner que la limite de l'ordre public et de bonnes mœurs doit être observée. Non seulement l'article 9 de l'ordonnance n°62-041 prévoit qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », mais son article 27 ajoute en ce sens explicitement que : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le Territoire ». Les règles impératives malgaches doivent ainsi être respectées nonobstant le choix d'introduire des éléments d'extranéité dans un contrat interne. L'internationalisation conventionnelle ne saura pas soustraire les parties aux règles impératives. Le droit malgache utilise souvent les termes de lois d'ordre public et de bonnes mœurs pour parler des règles impératives. Le contrat

ne peut avoir ni un objet ni une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs qu'il soit interne ou internationalisé<sup>133</sup>.

**99.** Dans tous les cas, Madagascar ne sera pas le premier pays à accepter l'internationalisation subjective et a posé comme limites les règles impératives. Le droit français par exemple quoique n'utilisant plus les termes d'ordre public et de bonnes mœurs<sup>134</sup> consacre une limite similaire. Le règlement Rome I, dans son article 3, alinéa 3 par exemple dispose que : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet de déroger par accord »<sup>135</sup>. Le choix d'une loi étrangère applicable ou du tribunal étranger a comme restriction l'interdiction de déroger aux dispositions impératives de l'État vers qui tous les autres éléments convergent. Les parties peuvent donc internationaliser leur contrat par leur seule volonté, mais si le contrat n'a de rattachement qu'avec un seul État, les parties ne peuvent déroger aux dispositions impératives du droit de cet État.

**100.** Il est à noter que le règlement Rome I n'envisage l'applicabilité de ces dispositions, en ce qui concerne le principe d'autonomie, que dans les « situations comportant un conflit de lois ». Le conflit pourrait donc avoir été créé par des parties en insérant volontairement, dans un contrat purement interne, une clause de choix d'une loi étrangère ou d'un tribunal étranger, générant ainsi artificiellement un conflit de lois par leur seule volonté.

**101.** Tout en admettant cette possibilité, le droit européen en limite néanmoins les conséquences : les parties peuvent certes choisir une loi étrangère, mais toutes les dispositions d'ordre public interne du pays où les éléments du contrat sont localisés seront opposables aux parties.

**102.** Pour conclure sur les critères d'internationalité du contrat, il est opportun d'observer que tous ces critères font l'objet de critiques, les uns plus virulents que les autres

---

<sup>133</sup> V. par exemple les articles 90 et 92 de la LTGO.

<sup>134</sup> Sans entrer dans le débat de la différence entre l'article 6 du Code civil qui prévoit qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » et l'article 1102 a supprimé les termes bonnes mœurs et édicte que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>135</sup> À comparer avec l'article 3, §3 de la Convention de Rome I de 1980 qui prévoit: « le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives » .

certes, mais aucun n'échappe aux critiques. L'internationalité subjective tient la première place en matière de critiques parce que celle-ci est fortement réprouvée d'où l'existence des dispositions claires de certains États écartant expressément son application dans différents domaines. Elle est par exemple écartée en matière d'arbitrage international en droit français<sup>136</sup>. En effet, contrairement en droit malgache où ce sont les dispositions sur la convention d'arbitrage qui a permis l'ouverture d'une éventuelle acceptation de l'internationalisation du contrat, en droit français, la qualification d'arbitrage international ne dépend pas de la volonté des parties<sup>137</sup>, les parties ne peuvent pas soumettre un litige national à un arbitrage international et inversement.

**103.** Le critère économique est jugé trop large ; laissant ainsi trop de marge d'appréciation aux juges. Mais surtout, il s'éloigne de l'objectif d'uniformisation du droit international privé prônée par les conventions internationales en la matière.<sup>138</sup>

**104.** Quant au critère juridique, certains de ces éléments d'extranéité font l'objet de critique notamment le lieu de conclusion du contrat qui peut faire facilement l'objet de fraude. Il est en effet fréquent que les parties concluent leur contrat à l'étranger dans le seul but de s'octroyer le droit de choisir la loi qui lui sera applicable. La nationalité ne convainc pas toujours non plus, car s'agissant des personnes physiques, elle n'a pas réellement d'impact au regard des opérations économiques que constituent les contrats ; s'agissant de personnes morales, le siège social réel peut être différent du siège social statutaire choisi uniquement pour frauder la loi.

**105.** Afin d'éviter ces critiques, certaines décisions ou même des conventions matérielles internationales<sup>139</sup> choisissent la combinaison cumulative de différents critères en exigeant par exemple que l'existence d'un contrat international suppose en plus de l'établissement des parties dans des États différents, un élément d'extranéité supplémentaire qui peut être soit le transfert international de la marchandise, soit l'accomplissement de l'offre

---

<sup>136</sup> Ce qui n'est pas le cas pour le droit malgache, selon l'article 452.1, alinéa 2a, l'arbitrage est international « Si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a. le lieu de l'arbitrage : s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ».

<sup>137</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, n° 09- 10.198, Bull. civ. I, n° 15 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 704, note M. Laazouzi ; Cah. arb. 2011. 465, obs. P. Pedone, A. Mourre ; *RJ com.* 2011. 563, note G. Pluyette.

<sup>138</sup> P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 10.

<sup>139</sup> Par exemple la Convention de La Haye portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels de 1<sup>er</sup> juillet 1964.

et de l'acceptation sur le territoire d'États différents, soit encore la délivrance de la chose sur le territoire d'un État autre que celui de la conclusion du contrat<sup>140</sup>.

**106.** Quoi qu'il en soit, ces critères ne sont pas pour autant abandonnés, c'est la désignation par les parties d'une loi étrangère ou d'un juge étranger, alors que, sous tous les autres aspects, leur contrat est interne, qui a surtout suscité la réprobation. Toutefois, les conventions internationales prennent souvent les devants pour limiter le recours aux critères laissés trop souvent à l'appréciation du juge. En conséquence, elles prennent le soin de définir précisément les opérations internationales auxquelles elles s'appliquent en veillant, en particulier, à ce que les opérateurs soient en mesure, lors de la conclusion du contrat, de savoir s'il relèvera ou non de la convention<sup>141</sup>.

**107.** C'est pour cette raison que nous avons estimée d'une importance capitale de traiter l'élément d'extranéité prévue par une convention matérielle internationale. Étant donné que la jurisprudence en la matière est quasi inexistante à Madagascar, nous avons choisi la plus importante convention ratifiée par Madagascar en la matière : la CVIM. Au sens de la CVIM quand est-ce qu'un contrat de vente de marchandises est qualifié de contrat international régi par celle-ci ? Quel est donc l'élément d'extranéité pris en compte par cette convention ?

## **§2 : Le critère de l'extranéité retenue par la CVIM**

Dans ce paragraphe, on va poser la règle (A) afin de pouvoir démontrer les difficultés pouvant résulter dans son application (B) ainsi que les réponses qui y sont apportées (C).

### **A- Le choix du critère d'établissement**

**108.** Sur la question de savoir quand est-ce qu'on est en présence d'un contrat international justifiant la liberté de choix des parties, la CVIM mérite une attention particulière en ce sens que parmi de nombreuses conventions internationales relatives au commerce international, elle est l'une des plus importantes à être ratifiée par Madagascar. Par conséquent, son choix relatif à ce critère d'extranéité intéresse au plus haut point cette étude.

**109.** La CVIM retient un critère d'extranéité unique : pour qualifier d'international un contrat, elle exige le critère de l'établissement des parties. Un contrat est international

---

<sup>140</sup> Article 1 de l'annexe 1 de la Convention de la Haye précitée.

<sup>141</sup> V. par exemple l'article 1 de la CVIM; article 1, alinéa 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève du 19 mai 1959 relative au contrat de transport international de marchandises par route; article 3 de la Convention Unidroit sur le crédit-bail international du 28 mai 1988.

lorsque les parties sont établies dans deux États différents au moment de la conclusion du contrat<sup>142</sup>.

**110.** En choisissant l'unité de critère de l'établissement, les rédacteurs de la CVIM ont apporté une nouveauté par rapport aux conventions qui l'ont précédée notamment la Convention de 1964<sup>143</sup> qui exigeait en plus du critère d'établissement d'autres critères tel que le transfert international de la marchandise : le critère d'établissement n'étant pas ainsi un critère suffisant de l'extranéité puisqu'elle exige l'existence d'un autre critère. La CVIM a donc écarté l'exigence de critères cumulatifs. Elle a nettement permis une simplification et une sécurité juridique considérable.

**111.** En outre, la CVIM a écarté également expressément le critère de nationalité des parties<sup>144</sup>. Comme aucun autre critère à part l'établissement des parties n'est nécessaire, la CVIM a ainsi abandonné aussi bien le critère juridique que le critère économique prôné par la jurisprudence et la doctrine.

**112.** Il est d'une grande utilité que la CVIM ait tranchée quant au critère d'établissement retenu comme élément d'extranéité. Cependant, une difficulté surgit puisque ladite Convention n'a pas défini ce qu'on entend par établissement alors qu'il est primordial d'essayer de comprendre cette notion aux fins de son application.

## **B- L'absence de définition de l'établissement dans la CVIM**

En quoi l'absence de définition de la notion d'établissement puisse susciter des difficultés (1) et comment les résoudre ? (2)

### **1- La difficulté**

**113.** Selon la CVIM, le contrat est international lorsque l'établissement des parties se trouve dans deux États différents<sup>145</sup>. La difficulté est que la notion d'établissement peut être différente d'un pays à un autre. Prenons un exemple : un magasin d'électroménager américain a ouvert une succursale à Madagascar. Un Malgache conclut un contrat de vente avec ce magasin. Existe-t-il ici un élément d'extranéité au sens de la CVIM ? La réponse dépend de la

---

<sup>142</sup> Article 1 de la CVIM : « La présente convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents ».

<sup>143</sup> Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers du 1<sup>er</sup> juillet 1964.

<sup>144</sup> Article 1, alinéa 3 de la CVIM.

<sup>145</sup> V. *Supra* n° 96.

définition donnée à la notion d'établissement. Si la succursale est considérée comme un établissement, il n'y aura aucun élément d'extranéité puisque les deux parties ont dans ce cas leurs établissements à Madagascar. En revanche, si la succursale n'est pas considérée comme établissement, le Malgache aurait conclu un contrat avec un magasin américain qui n'a pas son établissement à Madagascar, donc, la condition d'établissement des parties se trouvant dans deux États différents étant remplie, il y a bien un élément d'extranéité pouvant justifier l'application de la CVIM et le choix de la loi applicable par les parties<sup>146</sup>.

## 2- Les solutions au problème

**114.** La Belgique et l'Argentine ont par le biais d'un amendement conjoint proposé à la commission une définition de l'établissement en 1980<sup>147</sup> dont la teneur suit : « l'établissement est le lieu où la partie entretient un centre d'affaires permanent ayant le pouvoir de négocier ou de conclure, en son nom, des contrats de vente ou d'achat ». Cette proposition a été refusée en raison du risque de rigidité qu'une telle définition pourra entraîner, rigidité jugée contraire aux objectifs d'uniformisation poursuivie par la CVIM<sup>148</sup>. En effet, dès qu'on renferme une notion dans une définition bien précise, il y a souvent le risque d'exclusion de certains cas qui n'auront pas dû l'être. Une définition trop stricte réduit les potentialités d'application de la Convention.

**115.** N'ayant pas donné une définition expresse de la notion d'établissement, la CVIM n'a pas pour autant laissé les pays signataires dans l'impasse, elle propose des éléments de réponses comme étant une issue à cette lacune. Dans son article 7, alinéa 2, elle dispose : « les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». Donc, à défaut de définition, on peut toujours s'inspirer des principes généraux ainsi que du droit national applicable en vertu des règles de conflit. Ce qui a permis à la jurisprudence internationale de donner une définition selon laquelle, l'établissement est « un

---

<sup>146</sup> Pour comparaison entre succursale et bureau de liaison, v. la décision de la cour d'appel de Paris du 22 avril 1992 qui a décidé qu'un bureau de liaison ne peut être considéré comme un établissement au sens de la CVIM.

<sup>147</sup> Lors de la conférence diplomatique de Vienne du 11 avril 1980.

<sup>148</sup> Voir l'alinéa 3 du préambule de la CVIM : « Estimant que l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international ».

lieu depuis lequel l'activité commerciale est effectivement menée ; cela exige stabilité, durée et autonomie de décision »<sup>149</sup>.

**116.** À partir de cette définition, on peut sortir les différents critères généralement pris en compte pour faire la distinction entre un établissement et un simple lieu qui a joué un rôle plus ou moins important dans la conclusion du contrat : la durée, l'autonomie et la stabilité. En effet, la CVIM est claire quand elle précise que l'établissement ne peut pas être un lieu qui « ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat »<sup>150</sup>.

#### **a- Les critères de qualification**

##### **- La durée**

**117.** Pour être considéré comme établissement, il doit s'agir d'un endroit permanent ou au moins durable dans lequel l'une des parties se trouve<sup>151</sup>. Il ne peut pas avoir été créé seulement pour la conclusion d'un contrat unique ou pour une occasion ponctuelle. Ce critère exclut notamment de la notion d'établissement les points de vente ou stands commerciaux dans des foires, des expositions ou des salons<sup>152</sup>.

##### **- L'autonomie**

**118.** L'autonomie est une notion importante dans la conclusion d'un contrat. Une personne physique ne peut en principe conclure un contrat seule, qu'à condition qu'elle ait la majorité civile, c'est-à-dire qu'elle a une certaine autonomie de décision par rapport à ses parents ou à ses représentants. Tel est également le cas d'une personne morale, un groupement n'acquiert la personnalité morale que si elle possède une autonomie vis-à-vis de ses membres : une autonomie financière et une autonomie d'action qui est la capacité juridique<sup>153</sup>. Il est cependant à noter que ce n'est pas la personnalité morale qui est importante ici, mais l'autonomie de décision. Ce qui signifie qu'un endroit peut constituer un établissement d'une

---

<sup>149</sup> Oberlandesgericht Stuttgart, Allemagne, 28 février 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, 66; CNUDCI, Décision 608 [Trib. Rimini, Italie, 26 novembre 2002], *Giurisprudenza Italiana*, 2003, p.896 et s.; CNUDCI, Décision 106 [Oberster Gerichtshof, Autriche, 10 novembre 1994].

<sup>150</sup> Article 1, alinéa 2 de la CVIM.

<sup>151</sup> L'article 20 de la loi n°2003-036 précise que l'établissement « ne peut pas être constitué uniquement par une domiciliation à une boîte postale et doit être localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise ».

<sup>152</sup> V.J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p.7.

<sup>153</sup> Corollairement une autonomie de décision.

société du moment que cet établissement a une certaine autonomie dans la prise de décision sans forcément être une personne morale à part entière<sup>154</sup>. Aussi, ne peut-on logiquement parler d'établissement que si ce lieu jouit d'une certaine autonomie dans la conduite de ses affaires et la conclusion des contrats. Ce critère permet notamment d'exclure de la notion d'établissement les boîtes aux lettres, même si elles sont utilisées pour la conclusion du contrat, les simples bureaux, le lieu de production, ou les dépôts<sup>155</sup>.

**119.** De même, lorsque le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un représentant de commerce, l'établissement à prendre en considération est celui de la partie au contrat<sup>156</sup>. En principe, dans un mécanisme de représentation, c'est le représenté qui est la partie au contrat et non le représentant<sup>157</sup>.

**120.** Inversement, une filiale n'est pas un établissement de la société-mère puisque la filiale dispose d'une autonomie par rapport à la société-mère<sup>158</sup>. La filiale a une personnalité juridique distincte de la société-mère. Par conséquent, l'établissement de la société mère n'est pas pris en compte pour établir l'établissement de la filiale et vice-versa : ce sont deux sociétés différentes.

**121.** De même un commissionnaire agissant en son propre nom n'est pas un établissement du commettant, puisque le commissionnaire est autonome par rapport au commettant, il agit à ses risques et périls.

#### - La stabilité

**122.** La stabilité dans la conduite des affaires suppose l'existence des signes matériels, reconnaissables tels que les locaux stables servant de bureaux et autres, la présence des matériels de bureau ou informatiques ou autres, de personnel stable...<sup>159</sup>. Des critères formels tels que l'inscription au registre du commerce et des sociétés comme succursale ne sont

---

<sup>154</sup> V. Article 102 de la loi n° 2003-036.

<sup>155</sup> Contrairement à la succursale qui peut constituer un établissement, v. article 101 de la loi n° 2003-036 : « La succursale est un établissement commercial ou industriel ou de prestations de services, appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion ».

<sup>156</sup> Article 132 de la LTGO.

<sup>157</sup> L'article 2 alinéa 1 de la Convention de Genève sur la représentation, qui est un complément à la Convention de Vienne, dispose qu'elle s'applique « lorsque le représenté et le tiers ont leurs établissements dans des États différents ».

<sup>158</sup> Même si la filiale est sous le contrôle total de la société mère, la société-mère et la filiale demeurent deux sociétés distinctes, V. article 189 de la loi n° 2003-036.

<sup>159</sup> À comparer avec la notion de siège social, article 20 alinéa 2 de la loi n° 2003-036, le siège social « ne peut pas être constitué uniquement par une domiciliation à une boîte postale ».

en tout cas pas suffisants. De même lorsqu'il y a discordance entre le siège social statutaire et le siège social réel, c'est le siège social réel qui est pris en compte<sup>160</sup>. Le siège social statutaire doit correspondre au siège social réel pour être pris en compte en tant qu'établissement.

**123.** Il est à noter enfin que ces critères sont également valables concernant la personne physique : c'est le lieu où se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales. Cet endroit doit ainsi présenter un certain caractère de permanence et répondre aux critères matériels prévus. Cet établissement peut donc ne pas être le domicile de la personne physique, c'est le lieu où elle exerce ses activités professionnelles, telles qu'un atelier, un magasin, un cabinet... Il est ainsi possible qu'une personne physique ait deux ou plusieurs lieux d'activité durables, autonomes, et matériellement discernables. C'est le cas par exemple d'une personne physique ayant une boutique de matériels de sky à la montagne exploitée en hiver et une boutique de matériels de plongée à la mer exploitée en été.

#### **b- Les différentes hypothèses existantes**

**124.** Même si on se tient à la définition donnée par la jurisprudence, d'autres questions peuvent ressurgir : quand est-il lorsque les parties ont plusieurs établissements ou n'ont aucun établissement du tout ?

##### **- En cas de pluralité d'établissements**

**125.** La CVIM clarifie ces situations en prévoyant qu'en cas de pluralité d'établissements : « l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat »<sup>161</sup>. En matière d'établissement, la CVIM utilise le critère de rattachement classique en droit international privé, l'exigence du lien le plus étroit avec le contrat et son exécution. Les éléments pris en compte peuvent être le lieu d'exécution du contrat, la langue du contrat, le lieu de négociation et de conclusion du contrat.

**126.** Toutefois, l'article ajoute une réserve en continuant « eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ». Ce qui exclut toute circonstance objective inconnue de l'une des parties telles que c'est précisé d'ailleurs dans l'article 1 alinéa 2 de la CVIM, lorsque celui-

---

<sup>160</sup> Article 21 de la loi n° 2003-036.

<sup>161</sup> Article 10b CVIM.

ci dispose qu'il ne sera pas tenu compte du fait que les parties ont leurs établissements dans des États différents lorsque ce fait ne pouvait être connu de l'une d'elles<sup>162</sup>. Cet article cite en même temps les critères objectifs qui permettent de déterminer dans quel cas le caractère international du contrat pouvait être ignoré d'une partie. Ce sont le contrat lui-même, les transactions antérieures entre les parties, les renseignements donnés avant ou lors de la conclusion du contrat<sup>163</sup>.

#### - En l'absence d'établissement

**127.** Même s'il est rare que les parties n'aient pas un établissement au sens de la jurisprudence, on peut parfaitement envisager ce cas. Comme illustration, prenons le cas d'une opération occasionnelle à des fins commerciales, mais ne nécessitant, de la part du vendeur ou de l'acheteur aucune organisation durable pouvant être qualifiée d'établissement. L'article 10b de la CVIM répond à la question en précisant que : « si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ». La résidence habituelle pouvant se définir comme l'endroit où la personne vit pendant une certaine durée<sup>164</sup>.

#### C- Le renvoi au droit interne de la définition de l'établissement

**128.** L'article 7, alinéa 2 de la CVIM renvoie à la loi applicable les questions qui n'y sont pas expressément tranchées. La CVIM retient le critère unique de l'établissement des parties pour considérer un contrat d'international justifiant son application sans pour autant définir ce qu'elle entend par établissement. Par conséquent, nous allons essayer de trouver un début de réponse sur cette notion dans les textes éparpillés du droit malgache.

**129.** Des éléments de réponses se trouvent dans le Code de procédure civile, dans la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales et dans l'ordonnance n° 62.003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence. Bien évidemment, comme on pouvait légitimement s'y attendre, aucune définition n'existe ni dans ces textes ni dans la jurisprudence. En revanche, partant de la définition de la jurisprudence généralement utilisée pour définir la notion d'établissement au sens de la CVIM selon laquelle l'établissement est «

---

<sup>162</sup> Article 1, alinéa 2 de la CVIM « Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat ».

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> V.P.McELEVY, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law », *Travaux de Comité français de droit international privé*, 2011, p. 127 à 155.

un lieu depuis lequel l'activité commerciale est effectivement menée ; cela exige stabilité, durée et autonomie de décision »<sup>165</sup>, on peut identifier l'endroit qui tient lieu d'établissement pour une personne morale et pour une personne physique à Madagascar.

### 1- L'établissement de la personne morale

**130.** Pour une personne morale, l'article 20 de la loi sur les sociétés commerciales édicte que « Le siège doit être fixé, au choix des associés, soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière. Il ne peut pas être constitué uniquement par une domiciliation à une boîte postale et doit être localisé par une adresse ou une indication géographique suffisamment précise ». L'interprétation de cet article permet de conclure que l'établissement principal d'une société est en premier lieu son siège social. Le siège social étant le lieu où sont exercées de façon stable les fonctions de direction de la société répond à l'exigence de durée, d'autonomie et de stabilité de l'établissement. Comme dans la CVIM, le droit malgache privilégie le siège réel au siège statutaire : en cas de discordance entre les deux, c'est le siège réel qui prévaut<sup>166</sup>.

**131.** Si le siège social constitue l'établissement de la société, qu'en est-il de ses succursales ou ses filiales ? Concernant les succursales, l'article 80, alinéa 5 du Code de procédure civile apporte un éclaircissement en prévoyant « qu'en matière de société jusqu'à sa liquidation définitive, les actions sont portées devant le juge du lieu où la société a son siège ou le siège de l'une de ses succursales ». Si législateur estime que le juge de l'une des succursales d'une société est compétent pour connaître l'affaire de la société, cela signifie que celles-ci remplissent un certain degré d'autonomie, de stabilité et de durée. D'ailleurs, d'après l'article 101 de la loi sur les sociétés commerciales, pour être qualifiée de succursale il faut que l'entité jouisse d'une certaine autonomie de gestion<sup>167</sup>. Ce qui implique que les succursales constitueraient un établissement au sens de la CVIM.

---

<sup>165</sup> Oberlandesgericht Stuttgart, Allemagne, 28 février 2000, *op.cit.*; CNUDCI, Décision 608 [Trib. Rimini, Italie, 26 novembre 2002], *op.cit.*, CNUDCI, Décision 106 [Oberster Gerichtshof, Autriche, 10 novembre 1994], *op.cit.*

<sup>166</sup> Article 21 de la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

<sup>167</sup> Article 101 de la loi précitée : « La succursale est un établissement commercial ou industriel ou de prestations de services, appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion » ; Article 102 : « La succursale n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société ».

**132.** Concernant les filiales, on est en présence de dispositions contradictoires. On sait qu'une société-mère et ses filiales constituent ce qu'on appelle un groupe de société<sup>168</sup>. Le groupe de société n'ayant pas de personnalité juridique propre, chaque société membre du groupe est indépendante, c'est-à-dire chacune est dotée d'une personnalité morale propre. Cela signifie que la société-mère et la société filiale sont deux sociétés distinctes. La société est dite société-mère d'une société uniquement parce qu'elle possède dans la seconde c'est-à-dire la filiale plus de la moitié du capital<sup>169</sup>. Mais en aucun moment les deux sociétés ne deviennent une entité unique. Comme chaque société doit avoir un siège social, les deux sociétés : mère et filiale ont chacune leur siège social, donc elles ont un établissement différent. Logiquement, l'établissement de la société-mère est différent de l'établissement de la filiale puisqu'il s'agit de deux sociétés différentes.

**133.** Or, l'article 452.1c du Code de procédure civile porte complètement atteinte à ce principe d'indépendance entre deux personnalités juridiques en édictant que : « si une partie est une filiale d'une société étrangère son établissement est, sauf clause contraire placée au siège de la société-mère ». Prenons un exemple, la société malgache Société Générale Madagasikara est la filiale de la société française Société Générale. Si on applique l'article 452.1c du Code de procédure civile, l'établissement de la Société Générale Madagasikara qui est malgache serait en France à l'établissement de la Société Générale. Un contrat d'ouverture de compte conclu par une société malgache à Madagascar avec une banque malgache serait ainsi un contrat international puisque l'établissement de la Société Générale Madagasikara filiale de la Société Générale se trouve en France au siège social de la Société Générale. Cet article prête tellement à confusion qu'il est préférable de se cantonner au droit commun des sociétés, et de garder la solution selon laquelle, le principal établissement d'une société est son siège social et accessoirement ses succursales. La société-mère et la société filiale étant deux sociétés différentes devraient avoir chacune leur siège social et leurs succursales, corollairement leur propre établissement.

**134.** Il est cependant important d'observer qu'on peut expliquer l'article 452.1c non dans le sens du droit international privé pour lequel il n'aurait aucun sens, mais plutôt dans la vision de la procédure collective d'apurement du passif avec lequel il aura probablement plus de justification. En effet, en matière de PCAP, pour les tenants du principe d'universalité par

---

<sup>168</sup> Article 189 de la loi précitée : « Un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ».

<sup>169</sup> Article 195 de la loi précitée.

opposition au principe de territorialité, la société-mère détenant plus de 50% du capital de la société filiale détient le contrôle de cette dernière. Ainsi, détenant le pouvoir de décision de la société filiale, les décisions collectives ordinaires dans les sociétés se prenant généralement à la majorité, la société-mère se trouve rarement étrangère à la cause de difficulté de la société-filiale. D'où l'importance de la tenir liée avec la société filiale pour faciliter la mise en œuvre de sa responsabilité en cas de PCAP de la filiale. Sous réserve bien évidemment de prouver, le dommage, sa faute et le lien de causalité entre sa faute et le dommage<sup>170</sup>.

## **2- L'établissement de la personne physique**

**135.** Pour une personne physique, les lois malgaches ne sont pas d'une plus grande aide. À part les dispositions sur le domicile d'une personne physique dans l'ordonnance n° 62.003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence, il n'y a aucune indication sur l'établissement. Si on se réfère à la définition du domicile du droit français qui est le lieu du principal établissement de l'individu, le domicile pourra constituer l'établissement de la personne physique. Cependant, lorsqu'une personne physique s'adonne à une activité professionnelle, le centre de cette activité peut être différent de son domicile. Il peut s'agir d'une boutique, d'un cabinet ou d'un atelier qui ne se trouve pas forcément dans son domicile. Or, ce qui est important ici, ce n'est pas tant l'endroit destiné à permettre de localiser la personne où elle est censée pouvoir être touchée, mais surtout le lieu où elle exerce ses principales activités commerciales.

**136.** Quoiqu'il en soit selon l'article 452.1, alinéa 4b du Code de procédure civile : « si une des parties n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ». Ainsi, à défaut d'établissement, on peut toujours se rabattre sur le domicile qui selon l'article 7 l'ordonnance n° 62.003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence se trouve au lieu de sa résidence principale.<sup>171</sup>

**137.** En conclusion, l'ordonnance n°62-041, texte de référence concernant le droit international ne possède pas de dispositions spécifiques concernant l'élément d'extranéité, des éléments de réponse se trouvent dans des textes éparpillés. Comme il a été dit précédemment,

---

<sup>170</sup> Article 121 de la loi n° 2003 – 042 du 15 juillet 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif : « Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic ».

<sup>171</sup> Article 7 de l'ordonnance n° 62.003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence : « le domicile de toute personne physique se trouve au lieu de sa résidence principale »

le choix de la CVIM pour connaître l'internationalité de l'acte n'est pas le fruit d'un hasard : c'est en raison de l'absence de dispositions et de jurisprudence concernant l'internationalité d'un contrat relatives au droit international privé malgache. Ce qui fait qu'au moins en matière de contrats de vente internationale de marchandises, la question est réglée. À moins d'exclusion volontaire de la CVIM par les parties, dès que le contrat en question remplit les conditions d'applicabilité de la CVIM, celle-ci s'applique automatiquement. On peut ainsi au moins être sûr du critère d'établissement, pour qualifier un contrat de vente de marchandise d'international au moins lorsqu'un Malgache conclut ce contrat avec une partie se trouvant dans les 81 autres pays ayant ratifié la CVIM<sup>172</sup>. Pour le reste, il va falloir s'intéresser aux différents textes éparpillés dont le principal est le code de procédure civile pour trouver quelques éclaircissements.

**138.** Le problème de l'extranéité du contrat au vu du droit malgache n'est donc pas totalement résolu étant donné que la CVIM n'est pas un système de droit exhaustif, et ne se conçoit que dans un contexte de droit international privé préexistant. Ce qui est loin d'être le cas pour Madagascar, vu que l'ordonnance n° 62-041 du 19 septembre 1962 ne répond qu'à une dizaine de questions de droit privé international<sup>173</sup>. Alors que de telle convention devrait former avec le droit national de conflit des lois un droit complémentaire et indissociable. On a pu constater que la CVIM elle-même fait appel implicitement ou expressément à la loi nationale de chaque pays membre pour son champ d'application<sup>174</sup>, son domaine<sup>175</sup> et surtout ses propres lacunes<sup>176</sup>.

**139.** En dehors de la vente internationale de marchandises, les juges malgaches vont ainsi se trouver devant toutes les possibilités existantes en matière de critère d'internationalité qui sont notamment le critère économique et le critère juridique. Ce qui laisse une grande place au pouvoir d'appréciation du juge malgache. Le risque qu'un contrat purement interne soit qualifié d'international ou l'inverse pourrait donc être observé avec toutes les conséquences que de telle qualification pourrait produire.

---

<sup>172</sup> J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p. 7.

<sup>173</sup> Soit 14 articles en tout, article 20 à 34 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>174</sup> Article 1 alinéa 1b de la CVIM.

<sup>175</sup> Article 4 de la CVIM.

<sup>176</sup> Article 7 de la CVIM.

**140.** Il est toutefois à signaler que Madagascar n'est pas le seul pays qui est muet quant à cette notion d'internationale, plusieurs autres États<sup>177</sup> n'ont pas non plus délimité cette notion. Des conventions internationales ont même choisi intentionnellement de ne pas donner la définition de l'internationalité par crainte de « l'enfermer dans le carcan contraignant d'une définition juridique définitive, au risque de laisser un juge désarmé face à un conflit de lois effectif »<sup>178</sup>. Les experts chargés de préparer la Convention de La Haye de 1986 ont été clairs en arguant : « Il semble dès lors dangereux de limiter le champ d'application de la Convention en donnant une définition du caractère international de la vente, car cela pourrait aboutir à la non-application dans un cas donné des règles conventionnelles, alors même que le juge ou l'arbitre est confronté à un problème de conflit de lois ».<sup>179</sup>

**141.** L'article 452.1 du Code de procédure civile malgache<sup>180</sup> contrairement à la CVIM pose plusieurs critères alternatifs pour qualifier l'arbitrage d'international.

**142.** Dans son alinéa 1<sup>er</sup>, il retient le critère d'établissement des parties. En ses termes : « Un arbitrage est international dans l'un des cas suivants : 1- si les parties à une convention d'arbitrage ont au moment de la conclusion de ladite convention leur établissement dans des États différents ». Le premier élément d'extranéité retenu par ce texte est donc l'établissement des parties.

**143.** Ce qui n'est pas le cas du deuxième alinéa de cet article qui est un peu plus complexe parce que cette fois, il donne plusieurs choix : le lieu d'arbitrage, le lieu d'exécution du contrat, le lieu dont l'objet du litige a de lien le plus étroit, le choix des parties et le critère économique.

**144.** Concernant le lieu d'arbitrage, l'article 452.1, alinéa 2a accepte l'internationalité de l'arbitrage : « Si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a. le lieu de l'arbitrage : s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ». De par cette disposition, contrairement au droit français<sup>181</sup>, les parties peuvent internationaliser une convention normalement nationale

---

<sup>177</sup> La Suisse par exemple, V. Sylvain MARCHAND, *op.cit.*, n°25.

<sup>178</sup> S. MARCHAND, *op.cit.*, n°26.

<sup>179</sup> Conférence de la Haye de droit international privé, p. 52.

<sup>180</sup> Issu de la loi n° 2001-022 du 9 avril 2003.

<sup>181</sup> Article 1504 du Code de procédure civile français : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

d'arbitrage par leur seule volonté en choisissant un lieu d'arbitrage dans un autre pays que les parties ont leur établissement.

**145.** Le troisième critère est le lieu d'exécution du contrat. Selon l'alinéa 2b de l'article précité, l'arbitrage est international lorsque l'exécution de la partie substantielle des obligations issues du contrat se trouve dans un pays autre que celui de l'établissement des parties<sup>182</sup>.

**146.** Ensuite, l'article continue en édictant que l'élément d'extranéité peut être « le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit »<sup>183</sup>.

**147.** L'alinéa suivant de l'article susmentionné poursuit ses énonciations. En ses termes, l'arbitrage est international « si les parties se sont convenues que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ». Cet alinéa prête assez à confusion en ce sens que sans aller directement jusqu'à dire que les parties peuvent tout simplement conventionnellement choisir un arbitrage international, il sous-entend pourtant l'idée. En effet, en laissant les parties « convenir » que l'objet de la convention d'arbitrage ait ou non des liens avec plus d'un pays, même si ce n'est pas tout à fait la même chose que la possibilité de convenir d'un arbitrage international alors que celui-ci peut ne pas l'être revient quand même à donner aux parties une large attitude quant à ce choix. Il suffit que les parties conviennent que l'objet de convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays pour que l'arbitrage devienne automatiquement international. Peu importe la pertinence du lien. On n'a même pas utilisé ici, le terme classique du « lien le plus étroit ». Et en plus, il appartient aux parties de convenir de l'existence du lien en question. Comme il est déjà le cas dans la possibilité pour les parties de choisir le lieu d'arbitrage pour l'internationalisation de celui-ci<sup>184</sup>, il aurait été plus simple de suivre cet esprit et accepter purement et simplement qu'un arbitrage national pourrait devenir international par la seule volonté des parties.

**148.** Enfin, l'alinéa 4 du même article est nettement plus clair en précisant : « d'une manière générale, si l'arbitrage concerne le commerce international notamment lorsqu'il s'établit entre les parties des transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière ». On revient ici au réputé critère économique internationalement connu. Sauf

---

<sup>182</sup> Article 452.1, alinéa 2b du Code de procédure civile malgache: « tout lieu où doit être exécuté une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ».

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> V. article 452.1, alinéa 2a du Code de procédure civile malgache précité .

qu'il a fallu pour le législateur malgache combiner dans un même article la jurisprudence Matter<sup>185</sup> et Mardelé et Dambricourt<sup>186</sup>. L'arbitrage est international lorsqu'il concerne le commerce international ; là, il s'agit de l'arrêt Mardelé et Dambricourt. Mais en plus en donnant l'exemple par le biais du terme « notamment », l'article poursuit avec l'arrêt Matter qui rappelons-le, exige « un mouvement de flux et de reflux par-dessus la frontière ». Sans reprendre les mêmes termes, le législateur a voulu bel et bien dire la même chose dans les termes « transferts d'intérêt de service de fonds ou de capitaux par-dessus une frontière ».

## **Section 2 : L'intérêt de distinction entre le contrat interne et le contrat international**

**149.** Même s'il s'avère qu'il n'existe pas de définition absolue et universelle du contrat international<sup>187</sup>, la délimitation qu'on s'est efforcé d'effectuer précédemment nous permet quand même de distinguer un contrat interne d'un contrat international. Pourquoi faut-il distinguer ces deux types de contrats ? Plusieurs réponses peuvent être apportées à cette question, mais pour ce qui intéresse cette étude, la première raison est que cela permet d'asseoir la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur contrat, corollairement de savoir la juridiction compétente pour un éventuel litige (§1) ; d'appliquer les règles de conflits de lois (§2) et enfin de délimiter le champ d'application des conventions internationales y afférentes (§3).

### **§1 : Le caractère international du contrat : condition de la faculté des parties de choisir la loi applicable**

**150.** Il est nécessaire de séparer le contrat international du contrat national parce que si dans le premier il est loisible aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat, tel n'est pas en principe le cas pour le second (A). Connaître la loi applicable permet de connaître également la juridiction compétente au cas où un litige surviendrait (B).

#### **A- Le contrat international : base de *l'electio juris***

**151.** Un contrat interne n'a pas vocation à être régi par plusieurs lois, par contre, le contrat international, lui, est exposé à l'emprise de plusieurs lois. Un contrat étant une convention dans laquelle les parties doivent répondre de leurs engagements, celles-ci ont besoin

---

<sup>185</sup> Civ., 17 mai 1927, *op.cit.*

<sup>186</sup> Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, *op.cit.*

<sup>187</sup> H. SYNDET, note sous Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984. 603, spéc. 609 ; P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », *Mélanges P. Tercier, Schulthess*, 2008, p. 872, spéc. n° 4.

de connaître le cadre juridique dans lequel leur accord s'insère et au regard duquel leur comportement est déterminé. Or, lorsque plusieurs systèmes juridiques sont susceptibles de régir le contrat, les parties ne pouvant pas connaître les règles de droit de tous les pays s'exposent alors à une insécurité. Il est ainsi primordial de sortir de cette incertitude et d'identifier le système vis-à-vis duquel elles vont confronter leur accord. La meilleure manière d'y parvenir est de donner aux parties la faculté de choisir la loi qui va régir leur contrat. La faculté de choisir la *lex contractus* permet aux acteurs du commerce international d'accéder à la prévisibilité. Les parties peuvent savoir avec certitude en quoi consistent leurs engagements.

**152.** La première utilité du choix de la loi applicable est ainsi la sécurité juridique qu'il procure. Les parties ne seront pas à la merci de différentes lois qui ont vocation à s'appliquer. Imaginons un contrat de vente très courant actuellement à Madagascar, entre un vendeur de vêtements et chaussures à Antananarivo et un Chinois ayant sa société en Chine. Ce contrat est susceptible d'être soumis à deux lois, la loi malgache et la loi chinoise. Le système juridique hérité du droit romano-germanique de Madagascar est probablement différent du système chinois, les règles applicables peuvent donc être différentes. Déjà, il est rare qu'un vendeur de vêtements malgache sache parler chinois. Comment peut-il comprendre et avoir la connaissance exacte du droit de contrat de vente chinois si jamais c'est la loi chinoise qui est applicable ? C'est pour pallier à de telle imprévisibilité que le droit international permet aux parties de choisir de commun accord elles-mêmes la loi qui sera applicable à leur contrat de telle sorte qu'aucune des parties ne soit prise aux dépourvues. Comme le dit si bien la doctrine « peu nous importe la loi, pourvu que nous sachions à laquelle obéir<sup>188</sup> ».

**153.** Inversement, donner de telle faculté de choisir la loi applicable dans un contrat interne reviendrait à nier le caractère obligatoire de la loi<sup>189</sup>. Rappelons la définition de la règle de droit ainsi que ses caractères pour expliquer que permettre aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat quand celui-ci est purement interne va à l'encontre de l'essence même du droit. La règle de droit est communément définie comme l'ensemble des règles établies par une autorité compétente dont l'inobservation est sanctionnée par cette autorité. La règle de droit

---

<sup>188</sup> Rapport Julliot de la Morandière, *Documents Septième Session*, 1951, p. 22-23.

<sup>189</sup> V. article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n°62-041 : « les lois acquièrent force exécutoire en vertu de la promulgation qui en est faite dans les formes constitutionnelles » ; et l'article 3 de la même ordonnance « les lois ne deviennent obligatoires, qu'un jour franc après l'arrivée du Journal officiel, constatée à la sous-préfecture par l'apposition d'un timbre à date ».

est générale, abstraite, obligatoire et permanente<sup>190</sup>. Même si le contrat est la loi des parties<sup>191</sup>. Cette prérogative est donnée par la loi objective, d'où la limite : elle ne peut pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>192</sup>. Ainsi, le contrat ne peut pas aller à l'encontre des règles impératives qui sont obligatoires. Permettre aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat national permettrait à ces parties d'échapper aux règles impératives qui sont pourtant obligatoires de ce pays. La logique même de l'existence d'un droit impératif implique que l'élection de droit n'ait pas sa place en droit interne.

**154.** C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles certains États refusent l'internationalisation d'un contrat purement national. Et pour ceux qui l'autorisent, ils l'autorisent uniquement dans le contexte de conflit de lois et surtout ils posent une grande condition selon laquelle ce choix ne peut pas porter atteinte aux dispositions impératives du pays auquel le contrat est rattaché<sup>193</sup>.

**155.** En conséquence, on peut conclure que l'internationalité du contrat et loi d'autonomie vont de pair<sup>194</sup>, le contrat interne n'a pas par essence à échapper au système juridique auquel il est rattaché. L'examen de la validité d'une clause d'élection de droit suppose donc la qualification du contrat comme contrat interne ou international. La clause est en principe valide dans un contrat international et ne l'est pas dans un contexte national.

## **B- Le contrat international : base de compétence du tribunal**

On va voir successivement le principe (1) et le tempérament (2) concernant ce choix de la juridiction compétente corollaire à la liberté de choix de la *lex contractus*.

---

<sup>190</sup> J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, 2020, p. 11-18.

<sup>191</sup> Article 123 de la LTGO. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-ERNEYRE, *Droit civil*, 17<sup>e</sup> éd., Sirey 2020, p. 531 et s.

<sup>192</sup> Article 9 de l'ordonnance n° 62-041 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>193</sup> V. par exemple l'article 3, alinéa 3 du règlement Rome I « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet de déroger par accord ».

<sup>194</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.7.

## 1- Le principe

**156.** La juridiction compétente pour connaître un litige dépend de la loi applicable à ce litige<sup>195</sup>. Un contrat interne est un contrat dont tous les critères de rattachement désignent le droit du *for*. Ainsi, la juridiction normalement compétente est la juridiction du *for*. Lorsque le juge ne décèle aucun élément d'extranéité dans le contrat, les litiges nés de ce contrat ne devraient pas échapper à la juridiction nationale<sup>196</sup>. Le principe est le même que pour la faculté de choisir la loi applicable au contrat.

**157.** Une fois que le contrat est qualifié d'international, la liberté de choisir la juridiction compétente pour connaître l'affaire est reconnue aux parties. À défaut de choix, il appartient au juge de chercher la juridiction compétente au vu du contrat. L'internationalité constitue la condition déterminante pour que les parties puissent définir les tribunaux compétents pour connaître des litiges pouvant les opposer.

**158.** Ce choix se fait par ce qu'on appelle les clauses de compétence ou clauses attributives de juridiction ou clause d'élection de *for*. Pour que ces clauses d'élection de *for* soient valables, il faut en principe prouver l'internationalité du litige. La jurisprudence française en la matière est claire en décidant que l'application de telles clauses est « subordonnée à la reconnaissance du caractère international de la situation », compte tenu de « l'opération » envisagée par les parties<sup>197</sup>. Le droit malgache de son côté est muet lorsqu'il s'agit de compétence des tribunaux étatiques, mais donne une solution différente du droit français en ce qui concerne la compétence du tribunal arbitral. Les parties peuvent choisir le lieu de l'arbitrage et rendre un arbitrage national international selon ce choix<sup>198</sup>.

**159.** Dès que le contrat est international, l'admission de ces clauses jouit d'un régime favorable<sup>199</sup>. Sur le plan international, leur licéité est admise par principe et sans qu'elles soient limitées à la désignation d'un tribunal présentant un lien objectif avec la situation<sup>200</sup>. Cette

---

<sup>195</sup> V. par exemple, Cour Suprême, 16 novembre 2001, Décision n° 192 : « Attendu que par application des articles 14 et 15, les avantages de la corrélation entre la loi applicable et le Tribunal saisi sont évidents... ».

<sup>196</sup> Sauf l'acceptation de l'internationalisation d'un contrat interne par la loi nationale.

<sup>197</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, no 02- 12.959, *Bull. civ.* I, n° 352 ; *D.* 2005. 2626, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *JDI* 2006. 169, note J.- M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP* 2006. 413, note M. Audit ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, n° 56, p. 24, obs. M.- L. Niboyet ; *RTD com.* 2006. 252, obs. Ph. Delebecque.

<sup>198</sup> Article 452.1, alinéa 2a du code de procédure civile.

<sup>199</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 13.

<sup>200</sup> Article 1, alinéa 2 du Code de procédure civile : « Tout étranger même non résident à Madagascar peut être cité devant les tribunaux malagasy [...] sauf clause ou convention contraire » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, n° 84-

position, qui va en sens inverse du droit interne, s'explique essentiellement par deux raisons. D'abord, ceux qui se lancent dans des contrats internationaux sont considérés comme plus avertis et sont plus à même de comprendre la portée de leurs contrats, rendant moins nécessaire leur protection contre leurs propres clauses. Ensuite, la concurrence des compétences entre les juridictions des États différents rend plus utiles ces clauses attributives de compétence. Prenons l'exemple d'une intervention forcée dans un procès, un intervenant forcé, assigné devant un tribunal malgache, pourra faire valoir la clause de compétence désignant une juridiction étrangère<sup>201</sup> alors qu'en droit interne, il ne pourra pas se retrancher derrière une clause de compétence désignant un autre tribunal malgache<sup>202</sup>.

## 2- Le tempérament : l'arbitrage international

**160.** Si le droit français suit le principe et que la règle est la même aussi bien pour les tribunaux étatiques que pour les tribunaux arbitraux<sup>203</sup>, tel n'est pas le cas pour le droit malgache. En droit français, la qualification d'arbitrage international ne relève pas de la volonté des parties<sup>204</sup>, les parties ne peuvent pas soumettre un litige national à un arbitrage international et inversement. En droit malgache, quand l'article 452.1, alinéa 2a du Code de procédure civile dispose que l'arbitrage est international : « si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a. le lieu de l'arbitrage : s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ». Cet article donne la possibilité aux parties à un litige purement interne, la faculté de le soumettre à un arbitrage international. Ainsi pour le droit malgache, l'internationalité de contrat n'est pas une condition de l'internationalité d'arbitrage. Aussi bien un contrat interne qu'un contrat international peuvent relever d'un arbitrage international si telle est la volonté des parties.

---

16.338, *Bull. civ.* I, n° 354 ; *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note H. Gaudemet- Tallon ; *D.* 1986. IR 265, obs. B. Audit ; *GADIP*, n° 72.

<sup>201</sup> Com. 30 mars 1993, n° 90- 18.448, *Bull. civ.* IV, n° 122 ; *JCP* 1993. I. 3723, obs. L. Cadet ; *JCP* 1993. II. 22182, note Ph. Guez ; *DMF* 1993. 294, note Y. Tassel ; *Rev. crit. DIP* 1993. 680, note H. Gaudemet-Tallon ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 12 mai 2004, n° 01- 13.903, *Bull. civ.* I, n° 129 ; *RTD civ.* 2004. 549, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2004, no 1274, p. 24, obs. R. Perrot ; *RGDA* 2005. 191, note V. Heuzé ; *Dr. et patr.* 2004, n° 131, p. 103, obs. P. Mousseron.

<sup>202</sup> Article 361 du Code de procédure civile.

<sup>203</sup> Article 1504 du Code de procédure civile français : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

<sup>204</sup> *Civ. 1<sup>re</sup>*, 26 janv. 2011, *op.cit.*

## **§2 : Le caractère international : condition d'application des règles de conflit de lois**

**161.** Les règles de conflit de lois ne sont en principe applicables que lorsqu'on est en face d'un contrat ayant un caractère international (A). Différentes situations peuvent avoir lieu quant à l'application de ces règles (B).

### **A- L'existence de conflit de lois**

**162.** Tel qu'on l'a déjà vu, lorsque le contrat est de nature purement interne, il est soumis à un système juridique unique : celui du pays auquel il est rattaché. A contrario, lorsque le contrat est international, il est susceptible de relever de lois de différents Etats : d'où le conflit de lois et le conflit de juridictions. Le conflit de lois existe, lorsqu'un élément d'extranéité est présent dans un litige. L'existence de cet élément d'extranéité produit comme effet la vocation concurrente de différentes lois à régir la même question de droit. Cet élément peut être la nationalité d'un individu, le lieu de son domicile ou le lieu d'exécution du contrat... À partir de là découle un lien avec un autre ordre juridique que celui du *for*. Le juge peut alors être face à une situation internationale où une loi autre que la *lex fori* trouverait à s'appliquer : d'où la naissance d'un conflit de lois.

**163.** Par conséquent, le juge va avoir recours à la règle de conflit pour déterminer la loi sur le fondement de laquelle il devra résoudre le litige. L'internationalité du contrat oblige le juge à passer par l'étape de règle de conflit. Dans un contrat interne, le juge va directement juger l'affaire selon sa loi. Alors qu'en présence d'un contrat international, avant de juger le fond de l'affaire, il est obligé de passer par une autre étape préalable qu'est la règle de conflit de lois. Avant de dire qui a raison et qui a tort, il doit d'abord connaître sous quelle loi il faut juger l'affaire. En effet, une demande peut être fondée lorsqu'on la juge selon une loi, mais ne l'est pas lorsqu'on la juge selon une autre loi. C'est pourquoi il est important de passer d'abord par la règle de conflit de lois avant de juger le fond du litige. Un contrat qui présente un lien d'internationalité va pousser le juge à utiliser ses règles de conflit pour déterminer quelle loi sera applicable au contrat. L'internationalité conditionne ainsi l'application des règles de conflit de lois.

### **B- La preuve de l'existence d'un conflit de lois**

**164.** Dans un procès pouvant mettre en cause les intérêts du commerce international, le juge se trouve devant plusieurs hypothèses : il est fréquent que les parties invoquent elles-mêmes expressément (1) ou implicitement la présence d'un élément d'extranéité (2). Mais il

se peut également qu'il existe un élément d'extranéité sans que son existence soit signalée dans le dossier de la procédure (3).

### 1- L'invocation expresse d'un conflit de lois

**165.** Lorsque les parties se retrouvent à un procès mettant en jeu un litige international, le conflit de lois est souvent expressément invoqué par l'une des parties. Dans ce cas, le juge est tenu d'abord de vérifier l'existence de l'élément d'extranéité. Si tel est le cas, il devra se saisir de la question de conflit de lois, c'est-à-dire chercher quelle est la loi applicable à ce contrat avant de voir s'il est compétent ou non pour juger l'affaire au fond. En cas de désignation erronée de la loi étrangère applicable par l'une des parties il appartient au juge de corriger ce choix<sup>205</sup> en affirmant la compétence de la loi effectivement désignée par la règle de conflit<sup>206</sup>. Ainsi, lorsque l'existence d'un élément d'extranéité générateur d'un conflit de lois est expressément portée à la connaissance du juge, ce dernier est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit.

**166.** Cette obligation concerne aussi bien l'hypothèse où l'une des parties invoque l'applicabilité d'une loi étrangère déterminée pour fonder sa propre prétention que celle où elle invoque l'extranéité de certains faits pour contester le bien-fondé ou la recevabilité de la prétention adverse fondée sur la loi du *for*<sup>207</sup>. Dès lors qu'une demande d'application d'une loi étrangère est formulée devant le juge, celui-ci doit se saisir du conflit de lois et le trancher. En effet, selon la jurisprudence française « il incombe au juge français saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit »<sup>208</sup>. Et l'absence de contestation en la matière ne peut dispenser le juge de ce devoir<sup>209</sup>. En effet, l'existence d'un conflit de lois est une demande comme une autre, le juge est tenu de statuer sous peine de déni de justice. L'article 11 de l'ordonnance n°62-041 s'applique ici « aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit ; en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer des principes généraux du droit et, le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition

---

<sup>205</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2003, n° 00-12.872, *Bull. civ. I*, n° 251 ; RDC 2004/3, p. 769, obs. D. Bureau ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, n° 03-11.136, *Rev. crit. DIP* 2005. 465, note P. Lagarde ; RDC 2005/4, p. 1185, obs. D. Bureau.

<sup>206</sup> Par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1992, n° 91-10.931, *Rev. crit. DIP* 1993. 34, note F. Améli ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2003, n° 00-12.872, *Bull. civ. I*, n° 251 ; RDC 2004/3, p. 769, obs. D. Bureau ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, n° 03-11.136, *Rev. crit. DIP* 2005. 465, note P. Lagarde.

<sup>207</sup> Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 60.

<sup>208</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2009, n° 07-13.088 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2015, n° 14-10.373.

<sup>209</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, n° 00-12.872 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, n° 03-11.136.

que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs »<sup>210</sup>.

## 2- L'existence d'un élément d'extranéité incident

**167.** Il arrive que les parties n'aient pas expressément signalé l'existence d'un élément d'extranéité. Mais lors de l'examen du dossier, le juge s'aperçoit de l'existence d'un élément d'extranéité pertinent générateur de conflits de lois. Les parties se contentent d'argumenter sur le fondement de la loi du juge saisi ou bien elles n'indiquent pas du tout le fondement juridique de leurs prétentions. Alors que la présence d'un élément d'extranéité est susceptible de déclencher l'applicabilité d'une loi étrangère. L'exemple classique est l'obligation pour les parties de mentionner son domicile dans le dossier. Comme on l'a vu, l'établissement est l'un des principaux éléments de rattachements retenus par plusieurs règles de droit international privé de différents pays, dont Madagascar. Ce domicile faisant partie des indications qui figurent dans l'assignation ou la requête, le juge en a donc nécessairement connaissance même si les parties ne les avaient pas évoqués au cours des débats<sup>211</sup>. La question se pose alors de savoir si le juge du fond a l'obligation de relever d'office celui-ci et de trancher le conflit de lois.

**168.** Le droit malgache ne donnant aucune réponse, on va voir ce qui est du droit français. Le droit positif français a connu plusieurs revirements jurisprudentiels avant d'arriver à l'état actuel.

**169.** En 1959, l'arrêt Bisbal<sup>212</sup> a considéré qu'en cas de silence des parties, le juge avait la faculté d'appliquer la règle de conflit. En ses termes, « les règles françaises de conflits de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère, et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française, laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé ». Cette solution a été longtemps suivie par d'autres décisions<sup>213</sup>. La décision de

---

<sup>210</sup> V. par exemple, Cour de cassation, 28 mai 2019, Décision n° 339.

<sup>211</sup> Article 117 du Code de procédure civile malgache ; articles 57, 59 du Code de procédure civile française.

<sup>212</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, Bisbal, *Bull.civ.* n°236, p.199.

<sup>213</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 1967, *Rev. crit. DIP* 1968. 74, note H. Batiffol ; 9 mars 1983, *JCP* 1984. II. 20295, note P. Courbe. ; 24 janv. 1984, Thinet, *Rev. crit. DIP* 1985. 89, note P. Lagarde.

soulever ou non cette faculté laissée à l'appréciation souveraine du juge, elle ne peut pas être utilisée comme moyens de cassation<sup>214</sup>.

**170.** En 1988, les arrêts Rebouh et Schule<sup>215</sup> ont opté pour une solution opposée de la jurisprudence Bisbal, en décidant que le juge est obligé d'appliquer d'office toutes règles de conflit sans égard à la loi désignée. Dans ces arrêts, les éléments d'extranéité figuraient dans le dossier : la nationalité de la mère dans l'arrêt Rebouh<sup>216</sup> et le domicile étranger du défunt dans l'arrêt Schule<sup>217</sup> étaient indiqués dans les pièces de procédure. Mais les juges du fond ne les avaient pas relevés. Ces décisions ont été annulées par la Cour de cassation en raison du fait que les juges n'ont pas recherché « d'office, quelle suite devait être donnée à l'action » en application de la loi étrangère. Ces arrêts font une obligation pour les juges de soulever l'élément d'extranéité incident.

**171.** Par crainte que ce principe de l'existence d'une obligation à la charge du juge entraîne : « le risque d'une augmentation du nombre de pourvois en cassation, éventuellement dilatoires, venant frapper les décisions des juges du fond qui auraient appliqué la loi du *for* sans s'interroger sur la compétence éventuelle d'une loi étrangère»<sup>218</sup>, dans un arrêt du 4 décembre 1990, arrêt Coveco<sup>219</sup>, la Cour de cassation a eu un mouvement de recul et a rejeté le pourvoi fondé sur la non-application d'office par les juges du fond de la règle de conflit incidente désignant la loi étrangère, au motif que les parties n'avaient invoqué que la loi du *for* « en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où la société Coveco avait la libre disposition de ses droits ».

**172.** Ce qui implique que la règle de conflit devait être appliquée d'office dans deux cas : lorsqu'elle concerne une matière dans laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits et lorsqu'elle est issue d'une convention internationale. Cet arrêt effectuait un retour à la jurisprudence Bisbal avec seulement deux exceptions. La règle de conflit de lois était en

---

<sup>214</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 1961, Bertoncini, *Rev. crit. DIP* 1962. 124, note H. Batiffol.

<sup>215</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, Rebouh ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p.368.

<sup>216</sup> Il était question de l'action en recherche de paternité naturelle intentée par une mère de nationalité algérienne, selon le droit français, alors qu'aux termes de l'article 311-14 du Code civil français, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère.

<sup>217</sup> À propos d'une succession mobilière d'un Suisse qui a consenti à sa maîtresse une donation déguisée. Après son décès, sa fille a demandé l'annulation de cette donation qui a été accordée par application du droit français, alors que les successions mobilières sont régies par la loi du domicile du défunt qui est en Suisse.

<sup>218</sup> F.MELIN, *Droit international privé*, Gualino, 10<sup>e</sup> éd. 2020.

<sup>219</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, Coveco, *JDI* 1991, p.371, note D. Bureau, *Rev. crit. DIP* 1991, p.58, note M.L. Niboyet.

principe facultative à l'égard du juge, sauf dans deux cas : elle devenait obligatoire lorsqu'elle était d'origine conventionnelle ou lorsque les parties n'avaient pas la libre disposition de leurs droits. D'où la distinction entre les droits indisponibles pour lesquels, la Cour de cassation impose l'application des règles de conflit et les droits disponibles pour lesquels, leur application reste facultative pour les juges.

**173.** En 1999,<sup>220</sup> la Cour de cassation ne retient plus par rapport au principe posé par l'arrêt Coveco que le critère de l'indisponibilité des droits. Dès qu'on se trouve dans un litige où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, les juges ont l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit. L'obligation ou la faculté dépend ainsi de la nature des droits litigieux : indisponibles ou disponibles.

**174.** Toutefois, en 2006<sup>221</sup>, la Cour de cassation a imposé la règle de conflit en matière successorale alors qu'en principe les droits patrimoniaux sont en principe disponibles.

### **3- L'inexistence de l'élément d'extranéité dans le dossier**

**175.** Dans ce dernier cas, le contrat présente un élément d'extranéité, mais ni les parties ni le dossier n'indiquent pas cet élément : l'élément d'extranéité n'est donc simplement pas porté devant le juge. Cet élément d'extranéité n'a pas été porté, même incidemment par le biais des éléments du dossier, à la connaissance du juge. Le juge est-il quand même tenu de le soulever ? Le principe selon lequel le juge ne peut juger *ultra-petita* interdit bien évidemment au juge de le faire<sup>222</sup>. Le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé, mais seulement ce qui lui est demandé. « Il incombe aux parties et à elles seules de délimiter l'objet du litige : les parties ont seules le pouvoir de déterminer ce qu'elles veulent voir protégé par le juge »<sup>223</sup>. Et soulever d'office l'élément d'extranéité qui ne lui est pas soumis porte atteinte à ce principe. Mais en plus, l'application d'une loi étrangère alors que celle-ci n'est pas portée à la connaissance du juge méconnaîtrait la vocation naturelle de la loi du *for* à régir les rapports de droit interne. Ce, parce qu'à partir du moment que l'existence d'un élément d'extranéité n'est pas portée à la connaissance du juge, le contrat est censé être un contrat interne.

---

<sup>220</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, Société Mutuelle du Mans et M. Belaid, GADIP, n° 77 et 78.

<sup>221</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, *JDI* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>222</sup> Selon l'adage « *ne eat judex ultra petita partum* » (que le juge n'aille pas au-delà des demandes des parties »).

<sup>223</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, 35<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020, p.362, N ; CAYROL, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., 2020, p.222. ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, 2016, p.42.

### **§3 : Le caractère international : condition d'application des conventions internationales**

**176.** Des conventions internationales ont été mises en œuvre afin d'uniformiser autant que possible les règles de droit international. Ces conventions subordonnent leur application à l'existence d'un contrat international. L'internationalité joue ainsi un rôle non négligeable dans la définition du domaine général d'application des textes supranationaux<sup>224</sup>. L'internationalité du litige est donc une de leurs conditions d'application. À titre d'exemple, rappelons l'article 1 de la CVIM qui dispose que « la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents a) lorsque ces États sont des États contractants ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant ». Ainsi, les contrats de vente internes échappent à l'application de la CVIM et d'autres conventions internationales sur le droit international privé.

Le premier fondement de la *lex contractus* étant l'internationalité de l'acte, on va dans le deuxième chapitre analyser le second fondement.

---

<sup>224</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 12.

## CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

**177.** Le principe de l'autonomie de la volonté selon laquelle le contrat est fondé sur la volonté des parties<sup>225</sup> s'est imposé d'une manière flagrante quasiment dans le monde entier<sup>226</sup>. Ce principe se trouve à la base de tout contrat aussi bien dans l'ordre interne que sur le plan international<sup>227</sup>. Le principe donnant l'opportunité à « toutes les dynamiques [...], favorisant, directement ou indirectement, une exacerbation de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé des contrats (choix uniquement motivé par la permissivité de la loi choisie, manipulations normatives encore plus audacieuses, comme le dépeçage de validation ou le gel volontaire de la loi choisie...), au service d'un libéralisme contractuel quasi absolu »<sup>228</sup> fait que le principe fait l'objet d'importantes controverses doctrinales<sup>229</sup> dont le déclin inévitable de son caractère absolu ne manque d'être observé<sup>230</sup>. Quoique présent dans les contrats internes<sup>231</sup>, l'application du principe n'est pas exactement pareille dans les contrats internationaux.

**178.** En effet, la nature de la liberté reconnue aux parties n'est pas la même selon qu'on se trouve dans un contrat interne ou dans un contrat international. Si dans le droit interne, la volonté a pour but de « créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit »<sup>232</sup>, dans le droit international privé, la volonté vise notamment à sélectionner le droit objectif qui formera le

---

<sup>225</sup> La théorie de l'autonomie de la volonté s'est élaborée autour de la philosophie du droit naturel au XVIIe siècle par Grotius, par le libéralisme politique vanté par Rousseau au XVIIIe siècle et sous l'influence du libéralisme économique au XIXe siècle. Cette théorie a inspiré les rédacteurs du Code civil français de 1804.

<sup>226</sup> W.J.KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats, Consécration mondiale, risques d'exacerbation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux*, LGDJ 2019, p.2.

<sup>227</sup> « Prosaiquement, le concept exprime la faculté laissée à toute personne qui en est capable de nouer une relation juridique avec une autre indépendamment de certaines contraintes », I.F. KAMDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit*, 40(3), 1999, p.645.

<sup>228</sup> W.J. KASSIR, *op.cit.*, p.2.

<sup>229</sup> Deux courants s'y opposent: l'un comme quoi l'autonomie de la volonté est toujours un principe, v. E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Auguste-Durand, 1853 ; l'autre pour lequel il n'y a jamais eu d'autonomie de la volonté comme fondement du droit des contrats, v. L. JHERING, *Esprit du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., t.1, p.51 ; LACORDAIRE, « Sermon à la chaire de Notre-Dame », *52e Conférence de Notre-Dame de Paris*, 1848.

<sup>230</sup> Dégagé en 1912 dans sa thèse, GOUNOT identifiait le principe tout en montrant son inévitable déclin, E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté*, Thèse, Université de Dijon, 1912.

<sup>231</sup> V. exemple l'article 2 alinéa 2 de la LTGO « L'acte juridique est une manifestation expresse ou tacite d'une ou de plusieurs volontés ayant pour but de créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit » ; l'article 67 de la LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties » ; l'article 124 de la LTGO : « Le contrat comporte, outre les clauses qui y sont exprimées, celles qui découlent de la loi, de l'équité et de l'usage, à moins que les parties n'aient convenu d'y déroger ».

<sup>232</sup> Article 2, alinéa 2 de la LTGO.

régime du contrat<sup>233</sup>. La volonté des parties a ainsi dans le contexte international, pour effet d'écarter d'autres lois susceptibles d'être appliquées au contrat<sup>234</sup>. Ici, les parties choisissent l'ensemble des règles auxquelles leur contrat sera soumis. L'autonomie de la volonté en droit international a ainsi pour objet de permettre aux contractants de désigner la loi applicable au contrat comportant un élément d'extranéité.

**179.** Au même titre que l'internationalité de l'acte, l'autonomie de la volonté constitue le fondement à la faculté pour les contractants concernés par une situation juridique présentant des liens avec plusieurs États de désigner le droit applicable à cette situation. Il permet de désigner le droit d'un État afin que le contrat soit régi par les règles matérielles de ce droit désigné. Le principe même selon lequel les parties ont la faculté de choisir la loi applicable à leur contrat ayant un caractère international est la manifestation de la liberté contractuelle qui puise sa source dans le principe de l'autonomie de la volonté. Plutôt que de laisser le juge choisir la loi applicable au contrat, l'autonomie de la volonté suppose que les parties sont les mieux à même de choisir cette loi applicable. Telle était déjà la pensée de SAVIGNY lorsqu'il écrivait à propos de la loi applicable aux droits réels : « le droit applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'emprise d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée »<sup>235</sup>. La manière la plus importante de déterminer la loi applicable à un contrat est de laisser les contractants choisir eux-mêmes cette loi, c'est ce qu'on appelle « loi d'autonomie »<sup>236</sup>.

**180.** L'expression « autonomie de la volonté » vise en conséquence, dans le droit international privé, la faculté pour les contractants de faire régir leur accord par la loi de leur

---

<sup>233</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz 2020, p. 272. ; Ch. GUETTIER, Ph.LE TOURNEAU, C.BLOCH, A.GIUDICELLI, J.JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, 2020, p.2240.

<sup>234</sup> V. M.FOUQUET, « Le choix de la loi dans les contrats internationaux », *Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) – UMR CNRS 6262/Université de Rennes 1*, 2019, p.2.

<sup>235</sup> F.C VON SAVIGNY : « system des heutigen römischen Rechts », traduction Guenoux, Paris, *firmin Didot Frères*, 1851, p.110.

<sup>236</sup> C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359 ( 2013), spéc. p. 328 et s.

choix. Cette liberté de choix de la *lex contractus* constitue indéniablement le socle du droit des contrats internationaux<sup>237</sup>.

Mais comment ce principe de l'autonomie de la volonté a-t-il été consacré en matière de la *lex contractus* (Section 2) ? Comment s'exerce-t-il (Section 3) ? Pour répondre à ces questions, il est primordial de connaître d'abord les controverses doctrinales qui animent ce principe « utile et légitime »<sup>238</sup> du droit du commerce international (Section 1).

## **Section 1 : Les controverses doctrinales autour de la faculté de choisir la *lex contractus***

L'autonomie de la volonté existe-t-elle réellement ? Comment déterminer la portée et les limites de ce principe ? Telles sont les questions qui se sont posées au fil des années. Ce qui a fait que la consécration du principe a été précédée d'un long débat doctrinal mettant en présence différentes thèses (§1) qui ont chacune connu des critiques plus ou moins importantes (§2).

### **§1 : Les différents courants doctrinaux**

**181.** Il est constant que le contrat ne se conçoit pas sans une dose minimale de volonté, « le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties »<sup>239</sup>. Toutefois, en matière de la faculté de choisir la loi applicable au contrat international, la place de cette volonté diffère d'une théorie à une autre. Le débat se place notamment sur l'opposition entre la loi et la liberté. H. BATIFFOL a exprimé cette opposition dans les termes suivants : « ceux qui luttent pour le respect de l'accord des parties en dehors de toute loi applicable considèrent ... qu'ils défendent une des positions essentielles, sinon la plus décisive, de la liberté individuelle. Ceux qui combattent en sens opposé estiment qu'il en va de l'autorité de la loi, c'est-à-dire de son existence même. C'est donc bien le conflit dit de la loi et de la liberté, qui est sous-jacent »<sup>240</sup>. H. LACORDAIRE disait : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »<sup>241</sup>. Le recours à la loi peut donc être une nécessité pour mettre en œuvre la liberté individuelle. En droit international privé,

---

<sup>237</sup> V. en ce sens par exemple l'introduction Introduction aux Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux I.2 « c'est notamment pour cette raison que le principe de l'« autonomie de la volonté », utilisé à des fins de détermination de la loi applicable, s'est développé et a prospéré.

<sup>238</sup> W.J. KASSIR, *op.cit.*, p.2.

<sup>239</sup> Article 67 de la LTGO.

<sup>240</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p.89.

<sup>241</sup> H. LACORDAIRE, *op.cit.* ; v. aussi F. NIETZSCHE : « La théorie du libre arbitre est une invention des classe dirigeantes », *Humain, trop humain*, 2<sup>e</sup> partie, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1902, p.220 (traduction de H. Albert).

E. JAYME y voit comme le « conflit qui s'exprime ... dans la relation entre d'une part, la liberté de l'individu de choisir la loi applicable et, d'autre part, les limites posées à ce choix par les règles impératives de l'Etat avec lequel le litige présente un lien étroit »<sup>242</sup>. De ces différentes controverses ressortent trois principales théories : la thèse subjectiviste (A), la thèse objectiviste (B) et la thèse de la localisation objective (C).

### **A- La théorie subjectiviste**

Il est important de poser le contenu de la thèse subjectiviste (1) ainsi que ses conséquences (2).

#### **1- Le contenu du subjectivisme**

**182.** Le subjectivisme fait de la volonté des parties le noyau de leur contrat<sup>243</sup>. La volonté des parties est considérée comme toute puissante et autosuffisante<sup>244</sup>. C'est en quelque sorte le pendant de la philosophie de J.-J. ROUSSEAU qui affirme que l'homme est naturellement bon et qu'il faut laisser faire les choses<sup>245</sup>. Selon ce principe, l'homme est un être libre : il ne peut pas être soumis à des obligations autres que celles qu'il a voulues. C'est la version internationale du principe selon lequel le contrat est la loi des parties de l'article 123 de LTGO.

**183.** L'autonomie de la volonté est ainsi conçue comme la possibilité offerte aux parties à un contrat de choisir elles-mêmes le droit qu'elles voudraient régir leurs relations contractuelles. Ce sont les contractants qui choisissent la loi du pays qu'ils veulent appliquer à leur contrat.

**184.** Selon WEISS<sup>246</sup>, une telle conception permet aux parties de participer concurremment avec le législateur à la création de la loi<sup>247</sup>. Celui-ci affirme que, lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, « tout est, en principe, du domaine des volontés<sup>248</sup> ». Et partant, la loi qui doit

---

<sup>242</sup> E. JAYME, « identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 16, 1927, p. 5.

<sup>243</sup> V. F. LAURENT, *Le droit civil international*, t. II, p. 386 et s. ; t. VII, p. 512 et s., 1880- 1882 : « la volonté des parties est tout ; ce sont elles qui font la loi » ; SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., 1925.

<sup>244</sup> V. LAURENT, *op.cit.*, p. 512.

<sup>245</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

<sup>246</sup> Qui est présenté comme le père de la théorie.

<sup>247</sup> A. WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1886.

<sup>248</sup> A. WEISS, *op. cit.*, note 7, p. 129.

régir ces actes devrait être celle qui a été choisie par les contractants grâce à leur « libre arbitre<sup>249</sup> ».

**185.** SURVILLE partage cette conception de WEISS tout en ajoutant une autre conception. Si WEISS fait de la volonté des parties un concurrent de la loi et ne s'exerce qu'en l'absence de loi impérative, SURVILLE lui, établit que l'autonomie de la volonté n'a de limite que l'ordre public international<sup>250</sup>.

## 2- Les conséquences du subjectivisme

**186.** La théorie subjectiviste part de l'idée qu'il n'y pas de loi internationale, ce sont les lois des parties qui vont régir les contrats internationaux<sup>251</sup>. De nombreuses conséquences résultent de cette idée.

**187.** D'abord, comme c'est la volonté des parties qui est la plus importante, les parties devraient pouvoir choisir toute loi, quelle qu'elle soit, peu importe que la loi choisie ait ou non un lien avec le contrat. Les liens qui rattachent le contrat à un pays ne sont pas pris en compte. Seul le choix est pris en considération. Les parties pourraient ainsi choisir une loi neutre.

**188.** Ensuite, lorsqu'elles choisissent une loi d'un État, elles pourraient ne pas appliquer l'ensemble de la loi choisie, mais prendre uniquement quelques dispositions de cette loi. Elles pourraient choisir les dispositions qui leur sont favorables et ne pas appliquer celles qui leur sont incommodes : les lois étatiques constitueraient dès lors de véritables « magasins à clauses », où les parties pourraient puiser les dispositions qui les intéressent à leur gré<sup>252</sup>. Le dépeçage atteindrait ainsi son paroxysme. La loi étatique choisie serait incorporée et deviendrait de simples stipulations contractuelles<sup>253</sup>.

**189.** On peut même aller plus loin et dire que lorsque les parties désignent une loi qui a comme effet d'annuler leur contrat ou une des clauses du contrat, cette désignation ne devrait pas être prise en considération. Ce, parce que logiquement, il ne peut pas y avoir de contrat conclu pour être annulé. Le choix qui a comme conséquence l'annulation du contrat ne pourrait pas être l'expression de la volonté des parties.

---

<sup>249</sup> A. WEISS, *op.cit.*, p. 128.

<sup>250</sup> J.F. SURVILLE, « De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé », *Journal de droit international privé*, 1889, 535 et s.

<sup>251</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.170.

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> *Ibid.*

**190.** En outre, les parties pourraient aussi décider de rester sous l'empire de la loi qu'elles ont choisie nonobstant la modification dont cette loi pourrait faire l'objet. Elles pourraient choisir de ne pas se soumettre aux dispositions nouvelles de la loi choisie applicable aux contrats en cours<sup>254</sup>. En d'autres termes, elles pourraient cristalliser la loi qu'elles ont choisie dans l'état où elle se trouve au moment de leur choix.

**191.** Enfin, les parties pourraient choisir un droit non étatique ou laisser leur contrat hors de tout droit<sup>255</sup> c'est-à-dire qu'elles choisissent de ne soumettre leur contrat à aucun ordre juridique.

## **B- La conception objectiviste**

**192.** La théorie objectiviste est née après le constat d'une partie d'internationalistes<sup>256</sup> des conséquences extrêmes de la thèse subjectiviste. Les objectivistes n'admettaient pas la puissance et l'autosuffisance de la volonté des parties. La volonté des parties ne pouvait pas se placer au-dessus des lois ni même à leur niveau. Elle ne pouvait pas suppléer à la loi. Elle ne pouvait pas s'ériger en une loi spéciale qui dérogerait à la loi étatique générale<sup>257</sup>. De simples particuliers ne sauraient<sup>257</sup> pas avoir la faculté de supprimer les règles impératives des lois susceptibles de s'appliquer à un contrat et les remplacer par des règles purement supplétives. Les objectivistes sont foncièrement contre l'idée de laisser un contrat hors du contrôle de toute loi étatique. Une loi étatique étant pour eux une balise contre l'injustice. D'où le rejet du précepte « qui dit contractuel, dit juste »<sup>258</sup>. Ce, aussi bien sur le plan international que sur le plan interne : le contrat n'est pas une affaire purement privée, c'est avant tout un fait social.

---

<sup>254</sup> Req. 19 oct. 1938, *Gaz. Pal.* 1938. 2.886, *Rev. crit. DIP* 1939. 127.

<sup>255</sup> V. CE du 29 janvier 1909, 17614, *Recueil Lebon* ; T. Seine 16 nov. 1938 et Paris, 24 avr. 1940, *S.* 1942. 2. 29, note J.- P. Niboyet.

<sup>256</sup> PILLET, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1894, 717, 718. ; « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1895, 939 ; *Principes de droit international privé*, 1903, p.440 ; *Traité de droit international privé*, t.II, Paris, 1924, p.190 ; M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927 ; NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, vol. 16 ; HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN Joly, 1990.

<sup>257</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.171.

<sup>258</sup> J.-F. SPITZ, « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007.281.

**193.** Quoi que contre l'idée du subjectivisme pur, ces opposants admettent qu'une certaine place est faite à la volonté des parties<sup>259</sup>. La volonté des parties pourrait prendre le relais lorsque les règles de la loi choisie ne contiennent que des règles supplétives. C'est la situation où les parties peuvent les écarter pour viser une autre loi<sup>260</sup>. Les contractants peuvent toujours ainsi puiser dans cette loi choisie. Mais, contrairement à ce que la thèse subjectiviste prônait, la loi choisie n'est pas considérée comme des stipulations contractuelles : elle est canalisée par les règles d'ordre public de la *lex contractus* déterminées objectivement<sup>261</sup>.

**194.** Dans ces conditions, la liberté des parties n'est pas plus grande dans l'ordre international que dans l'ordre interne : si le contrat international était objectivement régi par telle loi étatique, les parties seraient tenues de respecter les mêmes exigences que si leur contrat avait été purement interne. Le choix de la loi par les parties n'a aucun effet sur la détermination de la *lex contractus* ; il jouait un rôle uniquement sur le plan matériel<sup>262</sup>. NIBOYET, opposant farouche du subjectivisme disait qu'« il n'y a pas de théorie de l'autonomie de la volonté, parce qu'il n'y a pas d'autonomie du tout ». Le choix de la loi ne constitue qu'une « simple liberté des conventions » prise « pour une pseudo- autonomie »<sup>263</sup>.

### **C- La thèse de la localisation objective**

**195.** N'étant pas d'accord ni avec la thèse subjectiviste ni avec celle objectiviste, BATIFFOL se positionne en médiateur<sup>264</sup>. Il a proposé la théorie de la localisation objective qui se trouve au milieu de ces deux courants.

**196.** BATIFFOL est contre l'idée selon laquelle les parties peuvent librement choisir la loi applicable à leur contrat<sup>265</sup>. Il est ainsi, contre la thèse subjectiviste et se rapproche de la conception objectiviste. Cette théorie refuse que le choix de la loi applicable au contrat soit laissé à la libre appréciation des contractants.

---

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> V. BROCHER : « Cette autonomie émane de la loi. Hâtons- nous de le dire : celle- ci doit l'accorder aussi grande que possible, mais elle ne la tient pas moins, en principe, en sa puissance ; c'est elle qui fixe les limites dans lesquelles la liberté concédée peut se déployer », *Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris, t. II, 1883, p. 67.

<sup>261</sup>

<sup>262</sup> J.- M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP 1993- 1995*, Pedone, 1996, p. 23.

<sup>263</sup> NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, p. 112.

<sup>264</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.

<sup>265</sup> *Ibid.*

**197.** Cependant, sa théorie s'éloigne de la thèse objectiviste en ce sens qu'elle réfute que le régime des contrats soit affecté par différents facteurs de rattachements. En effet, le fait que certaines doctrines objectivistes classent les questions contractuelles en de multiples catégories, affectées de facteurs de rattachement différents n'est pas pour BATIFFOL une solution adéquate. Au contraire, pour lui, le contrat doit, dans sa substance, n'obéir qu'à une seule loi<sup>266</sup>.

**198.** Ensuite, et c'est là que la théorie montre son souci de médiation, elle n'écarter pas totalement la volonté des parties, mais elle n'est pas non plus enfermée dans les limites des règles impératives d'une loi objectivement déterminée. Cette volonté doit avoir un objet propre. La théorie garde la volonté des parties, mais non dans le sens que le courant subjectiviste l'entend. La volonté des parties ne va plus servir à choisir expressément la loi applicable au contrat, mais à choisir seulement un certain aspect du contrat qui va permettre de « localiser » ce contrat dans l'espace<sup>267</sup>. Les parties vont ainsi pouvoir choisir par exemple le lieu de la conclusion du contrat, le lieu de l'exécution, la monnaie utilisée pour les transactions, la langue du contrat... Bref, tous les éléments qui permettent d'identifier l'endroit où serait rattaché le contrat. De ce fait, les parties placent leur contrat dans un milieu juridique et social précis ; elles « localisent » leur contrat<sup>268</sup>. À titre d'illustration, nous allons prendre le cas de deux contractants, un Français et un Malgache, domiciliés tous les deux à Madagascar qui concluent un contrat de bail commercial sur un immeuble sis en Italie. Selon la théorie de la localisation objective, les contractants ne peuvent pas directement choisir la loi d'un État déterminé pour régir leur contrat. Ils ne peuvent pas par exemple s'accorder sur le fait que ce contrat sera régi par la loi française. Ce qu'ils peuvent faire c'est de choisir l'endroit où ils vont conclure le contrat, par exemple à Madagascar, l'endroit où le contrat sera exécuté : en Italie, le paiement se fera en euro et le contrat sera rédigé en langue française... Ainsi, ils permettent par ces différents choix de localiser l'endroit où ce contrat sera rattaché. De cette localisation du contrat, le juge peut alors déduire la loi qui le régira : la loi malgache ou la loi française ou la loi italienne.

**199.** De cette manière, la volonté contractuelle tient quand même une place non négligeable dans la détermination de la *lex contractus* mais contrairement au choix exprès de la loi applicable, le rôle de la volonté des parties n'est qu'indirect. La volonté ne sert qu'à

---

<sup>266</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.172.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> *Ibid.*

localiser le contrat, le choix de la loi applicable appartiendra au juge à partir de cette localisation donnée par les parties<sup>269</sup>. La localisation n'étant que la façon dont ces parties ont eu d'organiser leur opération contractuelle, elle a la nature d'un élément de fait<sup>270</sup>. En conséquence, elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

**200.** À partir de l'exemple qu'on a pris, on a pu constater que les parties se retrouvent dans une incertitude puisqu'aussi bien la loi malgache (lieu de la conclusion du contrat, lieu de domicile d'une des parties, la nationalité des parties), la loi française ( la langue et la monnaie utilisée, la nationalité d'une des parties) que la loi italienne (lieu de l'exécution du contrat, lieu de la situation de l'immeuble, la monnaie utilisée) peuvent être choisies comme la localisation objective de ce contrat.

**201.** Afin d'atténuer l'incertitude d'une telle appréciation, BATIFFOL propose de classer les indices de localisation entre eux et de recourir aux présomptions<sup>271</sup>. La plus générale de celles qu'il proposait est que le contrat se localise dans le pays où l'obligation caractéristique du contrat doit être exécutée<sup>272</sup>.

**202.** En résumé, la théorie de la localisation objective tout en permettant aux parties une marge de liberté en les laissant décider de la localisation de leur contrat, assure la primauté des lois.

## **§2 : Les critiques respectives de chaque thèse**

Les trois thèses ont reçu chacune des critiques aussi bien la thèse subjectiviste (A), la thèse objectiviste (B) que celle de la localisation objective (C).

### **A- Les critiques à l'encontre de la théorie subjectiviste**

**203.** Le principe dans le subjectivisme est que le contrat serait la chose des parties<sup>273</sup>. Le contrat n'est réglé qu'en fonction de ce qui a été voulu par les parties. La difficulté va se

---

<sup>269</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.172.

<sup>270</sup> *Ibid.*

<sup>271</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.172 ; BATIFFOL, « Droit international et philosophie », *Revue Philosophique de la France et de l'étranger* 1958, p.508-513.

<sup>272</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.172.

<sup>273</sup> V.H.MUIR-WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » ; S. BOSTANJI « Approche critique de la clause *d'electio juris* », *RJL* 2009, n°4. ; J.-P.NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, t.16, p.5 ; J.-C. POMMIER, Principe d'autonomie et li du contrat en droit international privé, n°16.

poser lorsque les parties au contrat n'ont rien prévu quant à la loi applicable. La volonté toute puissante des contractants n'a rien prévu, qu'est-ce qu'il faut faire ? En cas de litige, il faut bien que le juge tranche sous peine de déni de justice<sup>274</sup>. Dans l'application pure du subjectivisme, on pourrait admettre dans ce cas, un contrat flottant au-dessus de lois. Ce qui n'est pas concevable en réalité puisqu'en cas de litige, il faut bien départager les contractants qui n'auront pas pu tout prévoir. Les adeptes du subjectivisme vont bien évidemment s'en remettre à un choix de loi fictif : à un choix que les parties n'ont pas vraiment fait<sup>275</sup>.

### **B- Les critiques vis-à-vis de la thèse objectiviste**

**204.** Lorsqu'on écarte la volonté des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat, on se retrouve devant plusieurs lois susceptibles d'être appliquées. Dans l'exemple qu'on a pris précédemment avec un contrat de bail commercial conclu entre un Malgache et un Français domiciliés à Madagascar sur un immeuble sis en Italie, trois lois sont susceptibles de régir ce contrat. En l'absence de la faculté pour les parties de choisir leur *lex contractus*, quel facteur va primer les autres pour rattacher ce contrat à une loi d'un pays déterminé ? Est-ce le lieu de conclusion, la nationalité des parties, le domicile des parties, le lieu d'exécution ou des rattachements variant selon les circonstances ou selon les types de contrats ? Pour que cette thèse objectiviste réponde entièrement au souci des internationalistes, il faudrait retenir un ou des facteurs de rattachement objectifs.

**205.** Or, pour beaucoup des objectivistes, les différents éléments du contrat obéissent aux rattachements différents : le consentement, le régime de l'objet du contrat, la responsabilité contractuelle... L'existence d'hésitation quant à la détermination d'une manière objective de la *lex contractus*, de ces éléments de rattachement objectifs laisse trop de place à l'incertitude.

### **C- Les critiques à l'égard de la conception de la localisation objective**

**206.** Dans son souci de médiation, la théorie présente aussi quelques faiblesses. En effet, la clause de choix de loi insérée par les parties dans leur contrat est prise en compte comme un indice de localisation. Ce qui signifie qu'il est permis d'écarter un indice lorsque la loi choisie n'a aucun rapport avec les autres indices. Le juge jouit ainsi en plus d'un large pouvoir d'appréciation, un « pouvoir rectificateur » de la clause de choix de loi<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Article 11 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>275</sup> *Infra* 186 et s.

<sup>276</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.173.

**207.** Ensuite, BATIFFOL admet aussi qu'il y a localisation du contrat dans un pays donné lorsque les parties ont utilisé un contrat- type conçu selon la législation de ce pays et qu'elles ont donné compétence aux tribunaux de ce pays ou à une institution arbitrale qui s'y trouve. Or, il est parfaitement possible que les parties choisissent un contrat-type existant dans un pays et donnent compétence aux tribunaux de ce pays sans que le contrat ait de lien physique avec ce pays. Par exemple, deux Malgaches domiciliés en Allemagne concluent un contrat portant sur un immeuble qui se trouve en Belgique, choisissent un contrat-type français et choisissent comme juridiction compétente, la juridiction française. À part cette conjonction qui semble suffisante pour localiser le contrat, l'opération contractuelle n'a aucun lien physique ou économique avec la France. En raison de ces conciliations qui, l'une, rend le choix exprès incertain et, l'autre, verse vers une localisation purement subjective, la théorie de BATIFFOL n'a pas réussi à totalement convaincre<sup>277</sup>.

## **Section 2 : La consécration de l'autonomie de la volonté dans l'état actuel de la *lex contractus***

Aucune de ces théories n'a réussi à convaincre totalement les internationalistes d'où l'application d'un système dualiste pour de nombreux pays (§1) avec toutefois la prééminence de la volonté des parties (§2). La question n'est pas tout à fait résolue en droit malgache.

### **§1 : Le système dualiste en droit positif ?**

Comment est-on arrivé à l'application de ce système dualiste dans la majorité des États et quelle est la particularité du droit positif malgache (A) ? Quel est son contenu (B) ?

#### **A- Le processus de choix du dualisme et la particularité du droit malgache**

Le dualisme est le système le plus répandu dans le monde (1), force est pourtant de constater que Madagascar ne semble pas avoir adhéré à ce système (2).

#### **1- Le dualisme, système mondialement répandu**

**208.** Pendant plusieurs décennies, de nombreux pays se sont inspirés de la théorie de la localisation sans se rallier complètement à l'ensemble de la théorie. À titre d'illustration, nous allons prendre l'exemple du droit positif français.

---

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

**209.** La Cour de cassation française a d'abord appliqué la théorie de la localisation. En effet, dans de nombreuses décisions, celle-ci incitait les juges du fond à rechercher « la commune intention des parties » d'après « l'ensemble des circonstances », afin d'en déduire la loi applicable au contrat<sup>278</sup>. Lorsque la loi applicable est déduite de l'ensemble des circonstances, cela implique que ces circonstances servent d'éléments de localisation de la loi applicable.

**210.** Ensuite, la Cour de cassation s'écarte un peu de la théorie de localisation en admettant qu'interprétant souverainement la volonté des parties, les juges du fond pouvaient en déduire qu'elles « avaient entendu faire régir leur convention par la loi française »<sup>279</sup>. Implicitement, on prenait en considération la loi choisie par les parties. Quoique tacite, il s'agit d'un choix direct de la loi applicable<sup>280</sup>. Elle consacre ce choix chaque fois qu'elle réserve le cas d'un accord exprès des parties sur la loi applicable<sup>281</sup> et chaque fois qu'elle laisse les juges du fond donner effet à un tel accord<sup>282</sup>. Quand la clause était claire, les juges français n'hésitaient pas à lui donner effet même si cela entraîne l'annulation du contrat<sup>283</sup>.

**211.** Au fil des années, on a fini par renoncer à l'idée qu'une théorie unique pouvait fonder la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Le droit positif de plusieurs pays à l'instar du droit français ne donne plus d'adhésion totale ni au subjectivisme, ni à l'objectivisme, ni à la localisation objective. Il préfère emprunter à chacun des éléments qu'il reformule en leur réservant des domaines différents. Et progressivement depuis le milieu

---

<sup>278</sup> V. notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1971, *Nassar*, *JDI* 1972. 51, note Ph. Kahn ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1977, *Vetrocemento Armato*, n° 75- 15.058, *Rev. crit. DIP* 1978. 119, note H. Batiffol ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1989, *Promocomex*, n° 87- 15.352, *Rev. crit. DIP* 1990. 732, note P. Courbe ; *JDI* 1993. 113, note C. J. Ferry ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1994, *De Marchi* ; Com. 12 oct. 1999, n° 97- 17.119 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2003, n° 01- 11.387.

<sup>279</sup> Civ. 28 juin 1966, *Rev. crit. DIP* 1967. 334, note H. Batiffol ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1978, n° 76- 10.466, *Staudenmayer*, *Rev. crit. DIP* 1978. 689, note V. Delaporte.

<sup>280</sup> Soc. 16 nov. 1993, n° 90- 16.030 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2005, n° 02- 20.539.

<sup>281</sup> Civ. 24 avr. 1952, *Rev. crit. DIP* 1952. 502, note H. Motulsky, *JDI* 1952. 1234 ; S. 1952. 1. 185, note H. Batiffol ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1974, *Rev. crit. DIP* 1976. 91, note H. Batiffol ; *JDI* 1975. 314, note Ph. Fouchard ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1981, n° 79- 15.656, *Bull. civ. I*, n° 326 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, n° 81- 13.771, *Bull. civ. I*, n° 223.

<sup>282</sup> Com. 19 janv. 1976, n° 74- 13.885, *Rev. crit. DIP* 1977. 503, note H. Batiffol ; *JDI* 1977. 651, note A. Lyon- Caen ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1999, n° 96- 17.269, *JCP* 2000, n° 255, note T. Vignal ; Defrénois 1999. 523, obs. M. Revillard.

<sup>283</sup> Civ. 28 juin 1966, *op.cit.*

du XXe siècle, le droit positif de différents pays en est venu à pratiquer un système dualiste, mêlant subjectivisme et objectivisme<sup>284</sup>.

## **2- La réticence du législateur malgache à l'application du système dualiste**

**212.** Le droit malgache étant de tradition romano-germanique ayant tendance à suivre la France aurait pu suivre exactement le même chemin. Mais l'état de la jurisprudence malgache est tel qu'il est quasi impossible de sortir un quelconque processus de choix. Toutefois, à la lecture de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041, la question peut se poser si le législateur malgache a suivi cette tendance française à la dualité du système. En effet, l'article 30 semble donner une prééminence à la volonté des parties et ne dispose pas expressément comme le fait le droit français ce qu'il faut faire en l'absence de choix des parties. Au contraire, le législateur semble ne s'appuyer que sur la volonté des parties, que ce soit en présence ou en l'absence de choix<sup>285</sup>.

**213.** La recherche faite sur l'état de la jurisprudence malgache n'a pas pu permettre de sortir l'application du système dualiste. Au contraire, la Cour de cassation malgache dans un arrêt de 2016<sup>286</sup> a montré une préférence à la volonté des parties même en l'absence de choix. La Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel en ce que cette dernière a « rejeté l'application de la loi française au profit de la loi malagasy alors que, les époux, de nationalité française, ont voulu se placer sous l'emprise de la loi française en se mariant par devant l'officier de l'état civil français ». Ici, la Cour de cassation semble conclure qu'en se mariant devant l'officier d'état civil français, sans faire un choix de la loi applicable, les époux ont montré la volonté d'appliquer la loi française. L'arrêt s'appuie aussi bien sur l'article 30 que sur l'article 28 de l'ordonnance n° 62-041. En ses termes, « Attendu qu'il est sans conteste que le divorce est une question d'état de personne, et le mariage constitue un contrat liant les époux », « qu'en se mariant en France sous l'emprise de la loi française et en contractant mariage en vertu de leur nationalité française, les époux nécessairement, et par le parallélisme de formes ont opté pour la loi française pour leur divorce ». Cet arrêt montre implicitement que même en l'absence de choix, la volonté des parties caractérisée par le fait de se marier devant l'officier d'état civil français est privilégiée.

---

<sup>284</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.160 ; J.-B. JACOB, « De la normalité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice*, 2022.45.

<sup>285</sup> *Infra* n° 588 et s.

<sup>286</sup> Cour de cassation, 26 juillet 2016, Décision n° 284.

**214.** Quoi qu'il en soit, il est certain qu'en aucun moment le législateur malgache ne fait référence au rattachement objectif. Il est légitime d'estimer que ce silence vaut rejet de la thèse objective. La seule certitude du droit malgache est l'énoncé de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041. Cet article s'arrête à la volonté des parties : le juge recherche et applique la loi sur laquelle les parties ont entendu se placer. En l'absence de choix, ni le législateur malgache ni la jurisprudence malgache ne se positionne expressément en faveur d'un rattachement objectif.

**215.** Sauf à s'appuyer sur la célèbre jurisprudence de 2007<sup>287</sup> permettant au juge malgache de se référer au droit français lorsque le droit malgache est lacunaire ou moins explicite, le droit positif malgache ne semble pas faire partie des nombreux pays utilisant le système dualiste. Il paraît plutôt donner une importance sinon absolue du moins capitale à la volonté des parties. La loi applicable au contrat international serait uniquement l'affaire de l'autonomie de la volonté.

## **B- Le contenu du système dualiste**

Pour la bonne analyse du système dualiste, on va voir d'abord ce qui se passe en droit positif national (1) avant de s'attarder sur ce que disposent les conventions internationales relatives à la question (2).

### **1- Le système du droit national**

**216.** En droit malgache, le subjectivisme demeure puisque les parties ont toujours la liberté de choisir la *lex contractus*, tel est l'énoncé de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 relative aux dispositions générales du droit interne et du droit international privé prévoyant qu'« en matière d'obligations contractuelles et quasi contractuelles, ainsi que de régimes matrimoniaux contractuels, la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ». Ainsi le principe reste bel et bien la liberté de choix des parties. Il s'agit de l'application véritable de la loi d'autonomie, la clause de choix de loi n'est pas du tout un simple indice de localisation prôné par la thèse de BATIFFOL.

**217.** Dès qu'on pose la liberté de choix comme principe, le juge devant rechercher et appliquer « la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer », il faudrait admettre que ces parties puissent assumer le risque que leur choix soit peu avisé et que la loi choisie annule leur contrat. Dans cette vision, on s'éloigne du subjectivisme pur, puisqu'on a

---

<sup>287</sup> Cour Suprême, 04 mai 2007, *op.cit.*

vu que dans le subjectivisme pur, on devait se contenter d'un choix fictif pour ne pas annuler le contrat si jamais la loi choisie produit de telle conséquence. Il fallait absolument sauver le contrat, parce que l'annulation d'un contrat ne pouvait pas être la volonté des parties qui l'ont conclu. Logiquement, personne ne conclut un contrat pour que celui-ci soit annulé. La volonté étant toute puissante, on néglige l'existence de la loi impérative pouvant annuler ce contrat.

**218.** Ce qui n'est pas le cas dans le subjectivisme du droit positif malgache. Ici, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur contrat. On tire toutes les conséquences nées de ce choix. Si jamais cette loi choisie annule le contrat, celui-ci sera annulé.<sup>288</sup> L'admission de la liberté de choix conserve ainsi sa neutralité quant à l'issue du litige. Le choix concerne la question de conflit de lois : quelle est la loi applicable au contrat ? Mais, il n'entre pas dans les règles à caractère substantiel. Peu importe la teneur de la loi choisie, seul le choix de la loi est du domaine de la volonté des parties. C'est pour cette raison qu'on appelle ce subjectivisme, sous ce rapport un « subjectivisme modéré »<sup>289</sup>.

**219.** Si les parties choisissent une loi applicable à leur contrat, le juge va appliquer cette loi, mais en l'absence de choix, au lieu de chercher une volonté hypothétique des parties, de nombreuses législations ont préféré se référer aux facteurs de rattachements objectifs : c'est la raison pour laquelle on parle du système dualiste. Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, l'objectivisme devient la source principale d'inspiration. Ainsi, le juge va pouvoir choisir la loi applicable tout en permettant aux parties de connaître facilement la loi qui sera applicable à leur contrat, à défaut de choix exprès. C'est ainsi un mélange de subjectivisme et d'objectivisme<sup>290</sup>.

**220.** Il est toutefois à remarquer que si la loi malgache pose le principe de la loi d'autonomie, elle ne prévoit de dispositions expresses concernant le cas où les parties n'ont pas choisi de loi applicable. Elle ne donne aucun facteur objectif de rattachement. Il semble même que le législateur malgache rattache le contrat à la volonté des parties même en l'absence de choix.

---

<sup>288</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.160 ; J.-M. JACQUET, *Contrats-Détermination de la loi du contrat en fonction du choix des parties*, Répertoire de droit international, 2022, n°63 et s.

<sup>289</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 2014, n° 698.

<sup>290</sup> F. JAULT-SESEKE, *Contrat de travail international*, Répertoire de droit international, n° 84 et s.

**221.** À titre comparatif, le droit français applique le système dualiste, en exposant clairement dans un arrêt du 6 juillet 1959 : « la loi applicable au contrat en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée, qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient au juge du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »<sup>291</sup>.

**222.** De nombreuses conventions internationales telles que la Convention de La Haye sur la vente d'objets mobiliers corporels<sup>292</sup> La Convention de La Haye sur les contrats d'intermédiaire et la représentation<sup>293</sup> et le règlement Rome I<sup>294</sup> appliquent également ce système.

## **2- Le système dualiste dans les conventions internationales**

**223.** Dans le souci d'uniformisation, les conventions internationales relatives au droit international privé utilisent souvent les formules classiques du système dualiste : les parties choisissent la loi applicable à leur contrat, à défaut de choix il sera fait application de la loi selon les facteurs de rattachements objectifs du contrat<sup>295</sup>. Ces facteurs objectifs peuvent être le lieu de la conclusion du contrat, le lieu d'exécution du contrat, la résidence habituelle des parties... Le principe est donc d'abord la loi choisie par les parties, ensuite, à défaut de choix des parties, elles donnent des éléments objectifs sur lesquels le contrat peut être rattaché. De la conjonction de ces deux considérations, résulte la loi applicable au contrat. Cette loi pouvant être aussi bien la loi du *for* que la loi étrangère.

**224.** En plus, dans la formulation de ces dispositions, il n'a jamais été question, comme argué dans la thèse subjectiviste pure, que le choix de la *lex contractus* soit retenu seulement s'il valide le contrat. Le choix est retenu, quelle que soit l'issue du litige.

---

<sup>291</sup> Civ. 6 juillet 1959, Fourrures Renel, *Rev.crit.*, 1959, n°708, note Batiffol ; *GADIP*, n ° 35.

<sup>292</sup> Article 2, § 1 de la Convention de La Haye sur la vente d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 : « la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes » et article 3, alinéa 1 « à défaut de loi déclarée applicable par les parties, (...), la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande ».

<sup>293</sup> La Convention de La Haye sur les contrats d'intermédiaire et la représentation du 14 mai 1978.

<sup>294</sup> Article 3, §1 du règlement Rome I : « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » et article 4, §1 « à défaut de choix exercé conformément à l'article 3 (...), la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit : a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

<sup>295</sup> Exemple, Article 3, alinéa 1 de la Convention de La Haye de 1955 ; Article 4, §1 du règlement Rome I.

**225.** À côté de ces règles de conflits de lois, il y a les conventions internationales qui prévoient directement les règles substantielles et délimitent simplement son champ d'application, tel est le cas de la CVIM. Dans ce cas, ces conventions ne manqueront pas de préciser qu'à défaut de disposition régissant le contrat ou une partie du contrat, il convient de recourir aux régimes du droit national<sup>296</sup>. Or, ces régimes nationaux ne sont pas identiques en tous points et qu'il serait excessivement contraignant d'imposer aux parties à un contrat international de se conformer à toutes les règles nationales en matière de contrats. Il faut donc choisir un de ces régimes, pour ne pas étouffer la relation internationale privée que constitue le contrat international. Les ordres juridiques peuvent ainsi édicter des règles de rattachement permettant d'identifier la seule loi applicable en tant que *lex contractus*.

**226.** Ces règles retiennent fréquemment que la *lex contractus* sera soit celle que les contractants ont choisie eux-mêmes, soit, à défaut, celle qui est désignée par des rattachements objectifs. D'après ces ordres juridiques, les liens les plus significatifs entre les questions d'ordre contractuel et les législations nationales peuvent procéder, avant tout, du libre choix des parties. Il s'agit alors pour l'ordre juridique du juge saisi d'autoriser ou d'habiliter les parties à choisir la loi applicable à leur contrat : l'admission de la loi d'autonomie revient à dire licite l'accord sur la loi applicable<sup>297</sup>.

**227.** L'ordre juridique du juge saisi peut aussi moduler l'autorisation ainsi accordée, en restreignant éventuellement les lois éligibles, ou la portée de la loi choisie, ce qui se produit pour des contrats conclus entre des parties réputées de force inégale et emporte une perte de neutralité dans le règlement du conflit de lois<sup>298</sup>.

## **§2 : La prééminence de la loi d'autonomie**

La loi d'autonomie est un principe qui est quasi universel (A), d'où l'importance de savoir la portée de cette place privilégiée donnée à cette autonomie (B).

---

<sup>296</sup> Exemple, article 7, alinéa 2 de la CVIM : « Les questions concernant les matières régies par la présente convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé ».

<sup>297</sup> F. DEBY- GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, LGDJ, 1973, n° 320 s.

<sup>298</sup> *Infra* n° 549.

## **A- La loi d'autonomie : un principe mondialement reconnu**

**228.** En matière de conflit de lois, le principe d'autonomie de la volonté est reconnu à l'échelle mondiale<sup>299</sup>. L'autonomie de la volonté fait partie des principes directeurs qui guident les législations aussi bien en matière de droit interne<sup>300</sup> que celle du droit international<sup>301</sup>. Dans de différents États, la volonté des parties constitue le principal facteur de rattachement de la loi applicable à des contrats comportant des éléments d'extranéité<sup>302</sup>. C'est ce que le droit malgache semble prévoir<sup>303</sup>. En matière contractuelle, le principe d'autonomie occupe un rang prioritaire, de sorte que les facteurs de rattachement « objectifs » tel le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat ne s'applique dans les pays employant le système dualiste qu'à défaut de choix, c'est-à-dire lorsque les parties n'ont pas désigné elles-mêmes la loi applicable ou dans l'hypothèse où leur choix est invalide ou inopérant<sup>304</sup>.

**229.** L'article 30 de l'ordonnance n°62-041 pose cette prééminence en disposant qu'« en matière d'obligations contractuelles [...] la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ». Ainsi le principe reste bel et bien la liberté de choix des parties. Il s'agit de l'application véritable de la loi d'autonomie. La loi n'a même pas pris le soin de prévoir expressément le cas où les parties n'ont pas prévu de loi applicable. C'est dire de l'importance donnée à l'autonomie de la volonté en matière du droit des contrats internationaux dans le droit positif malgache.

**230.** En Europe, pour les États membres de l'Union européenne, la liberté des parties de choisir le droit applicable est consacrée par le règlement Rome I<sup>305</sup>, qui le considère comme « l'une des pierres angulaires du système des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles »<sup>306</sup>. L'article 3, paragraphe 1, du règlement dispose que le contrat « est régi par la loi choisie par les parties ».

**231.** La même formule se retrouve dans d'autres législations telles que dans l'article 116 de la loi suisse sur le droit international privé ou l'article 1210 du Code civil russe qui

---

<sup>299</sup> W.J.KASSIR, *op.cit.*, p.2.

<sup>300</sup> V. par exemple l'article 123 de la LTGO.

<sup>301</sup> V. l'article 30 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>302</sup> Exemple, article 116 loi suisse sur le droit international privé ou article 1210 du Code civil russe.

<sup>303</sup> *Infra* n° 588.

<sup>304</sup> C'est le cas du droit français.

<sup>305</sup> V. l'article 3 du règlement Rome I.

<sup>306</sup> V. le considérant n° 11 du règlement Rome I.

énonce au paragraphe 1 que : « les parties au contrat peuvent, au moment de la conclusion ou postérieurement, convenir du droit applicable à leurs droits et obligations issus du contrat. »<sup>307</sup>

**232.** Le principe d'autonomie en matière contractuelle est également admis aux États-Unis<sup>308</sup> où l'article 1-301 de l'*Uniform Commercial Code*<sup>309</sup> énonce que: « when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern their rights and duties ». Et le même constat vaut pour le Canada<sup>310</sup> et d'autres systèmes juridiques empreints de la *common law* telle que l'Australie<sup>311</sup> ou l'Afrique du Sud<sup>312</sup>.

**233.** En Chine, le principe d'autonomie avait longtemps un champ d'application incertain<sup>313</sup>. Mais l'adoption de la loi de 2010 sur « l'application des lois aux relations civiles comportant des éléments d'extranéité »<sup>314</sup> marque un tournant décisif. En effet, l'article 41 de cette loi dispose que les « parties peuvent, d'un commun accord, choisir la loi applicable au contrat ».

**234.** La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, conclue à Mexico le 17 mars 1994 par les États membres de l'Organisation des États américains<sup>315</sup>, reconnaît également le principe de l'autonomie à son article 7, paragraphe 1, dans les mêmes termes que l'article 3, paragraphe 1, du règlement de Rome I.

---

<sup>307</sup> Traduction française dans la *Revue critique de droit international privé*, 2002, p.182 .

<sup>308</sup> S. SYMEONIDES, « party autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective », dans K. BoeleWoelki, et al. (dir. Publ.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 513 et s. ; E.F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 4<sup>e</sup> éd., 2004, ch.18, p. 946 et s.

<sup>309</sup> Adopté par la quasi-totalité des États fédérés.

<sup>310</sup> Article 3111 du Code civil québécois : « l'acte juridique ... est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. »

<sup>311</sup> Supreme Court de New South Wales dans l'affaire *Ace Insurance Ltd v. Moose Entreprise Pty Ltd*, NSWSC 724 ; *Nygh's Conflict of Laws in Australia*, 8<sup>e</sup> éd. 2009.

<sup>312</sup> C.FORSYTH, *Private International Law. The Modern Roman-Dutch Law Including, the Juridictions of the High Court*, 5e éd., 2012, p. 321 et s.

<sup>313</sup> V. DONGGEN XU, « le droit international en Chine : une perspective comparative » *Recueil des cours*, tome 270, 1997, p. 107.

<sup>314</sup> Décret présidentiel du 28 octobre 2010, traduction française par Ch. Weizuo, N. Nord et L. Bertrand, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2011, p 189 ; Ch. WEIZUO, « la nouvelle codification du droit international privé chinois », *Recueil des cours*, tome 359, 2012.

<sup>315</sup> Voir le texte français, *Rev. crit. int. pr.*, 1995, p. 173 ; D. P. F. ARROYO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. int. pr.*, 1995, p. 178 et s. ; M. M. ALBORNOZ ET J. FOYER « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I », *Journal du droit international*, 2012, p. 3 et s.

## **B- La portée de la prééminence de loi d'autonomie**

La loi d'autonomie n'est pas un principe absolu, son application est limitée uniquement aux règles de conflit de lois (1) et par l'ordre public international (2).

### **1- Une application limitée aux règles de conflit de lois**

**235.** Dans sa version actuelle, l'application de la loi d'autonomie n'est plus absolue. La volonté des parties n'est plus toute puissante au point de réduire la loi aux simples stipulations contractuelles. La loi d'autonomie se limite à la réglementation des règles de conflit de lois. Elle ne concerne pas les règles matérielles applicables au contrat. L'autonomie de la volonté permet uniquement de choisir la loi applicable au contrat. Le choix des parties constitue ainsi un moyen utilisé pour rattacher le contrat à une loi déterminée. Le facteur de rattachement dépend de la loi d'autonomie. Et de ce choix dépend les règles substantielles qu'on va appliquer au contrat. Prenons un exemple, deux contractants concluent un contrat de crédit international, ce contrat choisit la loi française applicable à ce contrat. De cette loi choisie dépendent la validité et le régime de ce contrat de crédit selon le Code monétaire et financier français. Et l'interprétation de ces règles visées par la loi d'autonomie se fait par rapport à la conception en vigueur dans l'ordre juridique édictant la règle de rattachement subjectif.

**236.** En tant que règle de conflit de lois, l'autorité de celle-ci peut varier selon que les droits litigieux sont disponibles ou indisponibles<sup>316</sup>. En effet, il appartient au juge saisi de l'application de ce droit choisi de procéder à sa mise en œuvre et d'en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit<sup>317</sup>. Lorsque la loi choisie fait référence à une clause prohibée, le juge saisi peut ne pas donner effet à cette clause<sup>318</sup>.

**237.** La mise en œuvre de la loi choisie peut se heurter à l'exception de l'ordre public international. C'est le cas lorsqu'elle porte atteinte aux valeurs fondamentales ou aux principes essentiels du juge saisi.

---

<sup>316</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, n° 96-16.361, *GADIP*, n° 77 ; v. sur les droits disponibles et indisponibles en droit international privé, H. FULCHIRON, « La part du flou dans le droit », *RTD civ.*, 2022.333 ; M. FARGE, « Droit de la famille, Détermination du droit applicable », *Dalloz action*, 2020, n°512.241 et s.

<sup>317</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 sept. 2002, *Bull. civ. I*, n° 202, *Rev. crit. DIP* 2003. 86, note H. Muir Watt ; *JDI* 2003. 107, note H. Péroz.

<sup>318</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP* 2000. 737, note J.- M. Jacquet.

## 2- Une application limitée par les règles impératives internationales

**238.** La thèse objectiviste avec son souci de protection des règles impératives a fait en sorte de ralentir le déploiement de la loi d'autonomie. Ce qui a permis de tempérer la liberté de choix des parties par rapport à l'autorité des lois étatiques<sup>319</sup> avec comme corollaire la distinction entre les règles impératives et les règles supplétives et a conduit à une classification des règles impératives<sup>320</sup>.

**239.** L'emprise de la loi et de l'ordre public sur le contrat a pris une telle proportion que la doctrine a proposé un postulat selon lequel l'impérativité des règles connaît plusieurs degrés<sup>321</sup>. Seules certaines d'entre elles sont « internationalement impératives »<sup>322</sup>. Et ces règles « internationalement impératives » ont vocation à s'appliquer même si une autre loi était appelée à régir la situation concernée dans son ensemble en raison des intérêts politiques, sociaux ou économiques défendus par l'État qui les édicte. Tel est le cas des règles sur le contrôle des changes ou sur l'importation et l'exportation ou des règles établies pour les contrats impliquant des parties faibles dans lesquelles le choix de loi est possible, mais la loi choisie ne doit pas priver la partie faible de la protection de la loi qui la protège<sup>323</sup>. Ces règles ont chacune un champ d'application dans l'espace qui lui est propre, lié aux intérêts spécifiques qu'elles défendent<sup>324</sup>. La loi choisie par les parties peut ainsi être limitée par le juge saisi lorsque des dispositions entrent dans le champ d'application de ces dispositions internationalement impératives<sup>325</sup>. Ces lois sont constituées des dispositions particulièrement importantes pour le juge du *for*. *Celles-ci* nécessitent par conséquent, la limitation de la loi d'autonomie<sup>326</sup>.

---

<sup>319</sup> K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1957. 579, 1958.53 ; Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966. 1, spéc. p. 13.

<sup>320</sup> L. D'AVOUT, « Les lois de police », in T. Azzi ; O. BOSKOVIC, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 91 et s.

<sup>321</sup> K. NEUMAYER, *op.cit.* ; PH.FRANCESKAKIS, *op.cit.*

<sup>322</sup> K. NEUMAYER, *op.cit.*

<sup>323</sup> *Infra* n° 549 et s.

<sup>324</sup> P. DE VAREILLES- SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207.

<sup>325</sup> P. MAYER, « La légitimité de l'application de lois de police du *for*, par dérogation à la loi normalement compétente », *Répertoire de droit international*, 2009, n°24.

<sup>326</sup> P. MAYER, « Les lois de police », *Journée du cinquantenaire du Comité français de droit international privé*, *Trav. Com. fr. DIP*, CNRS, 1988, p. 105 et s., spéc. p. 108 : « le complément nécessaire sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié ».

**240.** En outre, le lien de rattachement propre à la règle impérative internationalement, en cas d'absence de choix par les parties peut ne pas coïncider avec le rattachement objectif retenu pour la *lex contractus*<sup>327</sup>.

**241.** Une fois prouvée la prééminence de la loi d'autonomie, quoique limitée par d'autres considérations, il est important de se focaliser dans l'exercice de cette liberté de choix.

### **Section 3 : L'exercice de l'autonomie de la volonté**

Quelles sont les modalités de choix des parties (§1) et quelle est l'étendue de ce choix (§2) ?

#### **§1 : Les modalités de choix**

Le contrat portant choix de la loi applicable par les parties est à distinguer du contrat principal de ces mêmes parties(A). Ce contrat peut prendre différentes formes (B) et peut intervenir à différents moments (C).

#### **A- La distinction entre le contrat de choix et le contrat substantiel**

**242.** Une fois le principe de la loi d'autonomie acquis, les contractants vont pouvoir résoudre eux-mêmes le conflit de lois dont leur contrat international peut engendrer via le choix de la loi applicable. Concrètement, ce choix se fait par un contrat, plus précisément par une clause appelée clause d'*electio juris*. En conséquence, on se retrouve devant deux accords de volontés distincts : un accord de volonté sur tout le contenu du contrat portant notamment sur les obligations des parties et un accord de volonté sur le droit de l'État qui est applicable à ce contenu. Les objets de ces deux contrats sont ainsi différents, l'objet de l'un est la création des obligations contractuelles dans son aspect substantiel : il s'agit du contrat principal, tandis que l'autre contrat a pour objet la désignation de la loi compétente pour régir ce contrat substantiel : il s'agit du contrat de choix. En d'autres termes, en plus du contrat substantiel, objet de la liberté de choix, les parties vont se mettre d'accord sur le choix de la loi applicable à ce contrat. Le contrat de choix est dans ce cas tout aussi important que le contrat principal lui-même. Il n'est pas une simple clause comme les autres clauses du contrat principal parce que si tel était le cas, il devrait être régi par la *lex contractus* au même titre que celles-ci<sup>328</sup>. Sans dispositions

---

<sup>327</sup> *Infra* n° 636 et s.

<sup>328</sup> J.-M. JACQUET, op.cit., n°99. J. FOYER, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Loussouarn, *Dalloz*, 1994, p.169 et s.

expresses, on peut procéder à un raisonnement par analogie par rapport aux règles de l'arbitrage. L'article 455.1 du Code de procédure civile dispose qu'« une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ». Le contrat de choix est également distinct du contrat principal.

**243.** Ce qui peut être source de divergence entre la position des unilatéralistes qui associent la volonté des parties de contracter à la volonté des parties de se placer sous le régime d'une loi et celle du droit positif qui estime que la volonté de contracter n'est pas systématiquement assortie de celle de se soumettre à la loi choisie<sup>329</sup>. En revanche, dès que les parties ont décidé de choisir une loi, la soumission à cette loi est applicable même si cette loi entraîne l'annulation du contrat substantiel<sup>330</sup>. Le contrat de choix et le contrat principal sont vus de manière dissociée. Ce, pour éviter entre autres que le contrat de choix soit annulé dans le cas où le contrat principal est annulé. C'est ce qui est prévu implicitement par les Principes de La Haye lorsque son article 7 édicte que : « le choix de la loi applicable ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable »<sup>331</sup>.

**244.** La difficulté peut se poser quant à la loi qui doit gouverner le contrat de choix. On sait que le contrat de base est régi par la loi choisie, mais quand est-il du contrat de choix ? Est-ce que sa licéité dépend également de la loi d'autonomie ? Répondre affirmativement à cette question serait assez illogique étant donné que la loi choisie n'est applicable que parce que ce contrat de choix est licite. Par conséquent, la réponse la plus simple est de le faire régir par la loi du juge saisi. Cela permettrait d'éviter le cercle vicieux qui pourrait se former si on fait régir le contrat de choix par la loi que ce contrat a lui-même choisie<sup>332</sup>. La loi du *for* est plus à même de décider de la licéité de cet accord de choix. Ce qui signifie que même si le contrat de base est annulé en vertu de la loi choisie, cette annulation en elle-même ne peut pas entraîner l'annulation du contrat de choix de loi, suffisamment distinct du contrat de base pour ne pas être automatiquement emporté par l'annulation de ce dernier

---

<sup>329</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.191.

<sup>330</sup> *Ibid.*

<sup>331</sup> Les Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, 19 mars 2015.

<sup>332</sup> T.VIGNAL, *op.cit.*, p. 272.

## **B- La forme du choix**

**245.** L'article 30 de l'ordonnance n°62-041 se contente de poser le principe de la liberté contractuelle sans apporter plus de précision quant à son exercice. On se demande par exemple si l'expression de la volonté dans le choix de loi applicable suit le principe de consensualisme ou nécessite une certaine formalité. Le choix doit se manifester par écrit ou peut être verbal ? Il doit être exprès ou peut-il être tacite ? À toutes ces questions, le droit malgache n'a aucune réponse. Afin de mener à bien cette étude, nous allons chercher des réponses dans d'autres systèmes juridiques notamment le droit français.

### **1- Le choix exprès et le choix tacite**

**246.** Le règlement Rome I édicte un début de réponse sur lequel le droit malgache peut s'inspirer : le choix doit être « exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »<sup>333</sup>. Ces dispositions posent ainsi comme principe que le contrat de choix peut être exprès comme il peut être tacite. Il est tacite lorsqu'il résulte des termes du contrat de façon certaine ou bien des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat<sup>334</sup>. On induit la volonté tacite des parties à partir des termes du contrat, du comportement des parties et toutes autres circonstances entourant la conclusion du contrat susceptibles d'impliquer avec certitude la volonté de conclure ce contrat de choix.

**247.** Les contrats ainsi que les circonstances entourant sa conclusion pouvant varier d'une situation à un autre, on ne peut pas sortir une liste exhaustive des indices pertinents pour dire que telle ou telle circonstance équivaut à un accord tacite. Par contre, on peut sortir quelques illustrations à partir de la jurisprudence française. Il y a accord tacite de choix de la loi d'un système juridique lorsque les parties ont choisi un contrat type particulier régi par ce système juridique<sup>335</sup>. On peut également induire le choix tacite de loi par les parties lorsque ces dernières font expressément référence dans le contrat aux articles déterminés d'un texte d'un

---

<sup>333</sup> Article 3, §1 du règlement Rome I ; à comparer avec l'article 2, alinéa 2 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 édictant que le choix « doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat » et de celle plus large de l'article 7, alinéa 1 de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 indiquant que « l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble » ; V. H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 », *JCl. Droit international*, fasc. 552-15.

<sup>334</sup> V.D. BUREAU, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *Rev. Crit. DIP*, 2022, p. 410 ; Civ.1<sup>re</sup>, 29 sept. 2021, n°20-18.954, *JCP* 2022, 148, obs. C. Nourissat.

<sup>335</sup> Les polices d'assurance de la Lloyd's renvoient par exemple tacitement au droit anglais.

pays déterminé<sup>336</sup>. La situation se présente fréquemment à Madagascar où les parties ont une préférence particulière au Code civil français. D'ailleurs, il arrive de nombreuses fois qu'un contrat de droit interne contienne des dispositions du Code civil français. Ce, principalement pour trois raisons. Premièrement, le Code civil français a été applicable à Madagascar pendant la colonisation et après la colonisation avec les accords de coopération signés entre Madagascar et la France<sup>337</sup>. L'habitude ayant la peau dure, on a continué d'appliquer le Code civil français comme si la LTGO n'existait pas<sup>338</sup>. Dans un arrêt du 11 septembre 2001, la Cour suprême de Madagascar a décidé que « s'agissant d'une vente du 25 août 1969 et d'un mandat du 27 décembre 1968, ce sont les dispositions de la loi sur la Théorie Générale des Obligations qui devraient s'appliquer [...] Mais attendu que les demandeurs actuels se sont eux-mêmes prévalu de l'article 2003 du Code civil français à l'appui de leur demande [...] ils ne sauraient reprocher à la Cour d'appel de leur faire application des dispositions du même Code »<sup>339</sup>. Deuxièmement, n'ayant pas de Code civil, il n'y a pas mal de profanes qui croient qu'il s'agit du Code civil malgache et non du Code civil français. Troisièmement, sur la base du fameux arrêt de 2007, les professionnels et praticiens de droit utilisent indifféremment le droit français et le droit malgache. Ce, aussi bien en matière de textes que de jurisprudence. Les juges utilisent par exemple des termes suivants pour appliquer le droit français : « Attendu qu'il est à relever ensuite que faute de dispositions légales expresses malgaches en la matière, ce sont les articles du Code civil français qui sont applicables »<sup>340</sup> ou plus simplement « alors que selon les termes de l'article 1583 du Code civil français qui reste toujours applicable à Madagascar ... »<sup>341</sup>. Ainsi, si la référence au droit français permettait d'appliquer le droit français, nombreux sont les contrats qui relèvent du droit français sans passer par un choix exprès. Ce qui n'est pas plus mal parce que de toutes les manières, appliquer le droit malgache revient la plupart du temps à appliquer le droit français.

---

<sup>336</sup> Soc. 31 mai 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 683, note P. Lagarde ; V.M. GIULIANO ET P. LAGARDE : Rapp. JOCE n° C 282, 31 oct. 1980, p. 17 ; B. AUDIT et L.D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. Economica, 2013, n°903 ; G. LARDEUX, *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier 2016, p.143.

<sup>337</sup> Convention Franco-Malgache du 4 juin 1973.

<sup>338</sup> V. par exemple les termes utilisés par les juges : « Sur le premier moyen de cassation pris de la violation des articles 2228 et suivants du Code civil français applicable à Madagascar en vertu de l'accord de coopération franco-malagasy », Cour de cassation, 03 février 2017, Décision n° 33.

<sup>339</sup> Cour Suprême, 11 septembre 2001, Décision n° 152.

<sup>340</sup> Cour Suprême, 05 octobre 2007, Décision n° 236.

<sup>341</sup> Cour de cassation, 24 mars 2020, Décision n° 128.

**248.** Il est à noter que pour constituer un choix tacite de *lex contractus*, la référence « doit être significative d'un choix de loi et non pas être faite à un autre titre »<sup>342</sup>. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'une loi de police dont les parties prennent acte. Dans ce cas, la mention de ces articles dans le contrat, qui s'imposent indépendamment de la *lex contractus*, ne manifeste pas la volonté de soumettre le contrat à l'ordre juridique dont ils sont issus<sup>343</sup>. En plus, avec la possibilité de l'incorporation et du dépeçage, ce souci se retrouve accentué. En effet, il n'est pas exclu que sans avoir l'intention de faire régir leur contrat par une loi déterminée, les parties aient seulement voulu incorporer à celui-ci les règles matérielles qu'elles ont citées ou bien qu'elles n'aient visé la loi que pour les points où elle est expressément mentionnée dans l'hypothèse d'un dépeçage<sup>344</sup>. La référence à un texte présente ainsi un caractère équivoque. D'où l'importance du fait que les références à un système juridique apparaissent à plusieurs reprises porte sur des aspects essentiels de l'opération contractuelle et à condition bien sûr que les références à un droit donné soient adéquates<sup>345</sup>.

**249.** En sens inverse, l'indication du lieu d'exécution, la langue utilisée dans la rédaction du contrat, la monnaie de compte ne sont pas en soi un indice pertinent pour induire le choix de la *lex contractus*<sup>346</sup>. Le choix de la loi applicable ne présente pas toujours un lien avec le lieu de l'exécution du contrat.

**250.** La langue de rédaction du contrat ne peut non plus constituer un indice pertinent de choix puisqu'il s'agit le plus souvent d'une langue qu'on a l'habitude d'employer dans le monde du commerce international telle que le français à Madagascar. Rares sont les contrats mêmes de droit interne rédigés en malgache à Madagascar. La majorité des contrats conclus à Madagascar sont rédigés en langue française.

**251.** Enfin, la monnaie de compte n'est pas non plus concluante, car elle est guidée davantage par des considérations économiques que par un choix juridique. Dans un contrat entre un Malgache et un Français, on préfère utiliser l'Euro non parce qu'on veut que le contrat soit régi par le droit français, mais surtout parce que l'Euro est plus stable par rapport à l'Ariary.

**252.** À côté de toutes ces stipulations contractuelles pouvant ou non servir d'indices pour induire le choix tacite de loi applicable par les parties, on a la clause de compétence

---

<sup>342</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.195.

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

<sup>344</sup> B. AUDIT et L.D'AVOUT, *op.cit.*, n°903

<sup>345</sup> CA Paris, 10 nov. 1993 : *JCP G* 1994, II, 22314, note B. Audit ; *JDI* 1994, p. 678, note J.-M. Jacquet.

<sup>346</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.196.

juridictionnelle<sup>347</sup>. Peut-on induire le choix de la *lex contractus* du choix de la juridiction compétente ? En désignant, de manière exclusive, un tribunal d'un pays ou un siège de l'arbitrage dans un pays par le biais d'une clause compromissoire, les parties ont-elles voulu choisir la loi de ce pays comme loi de leur contrat ?

**253.** Il est assez logique de se dire que si les parties ont choisi le tribunal d'un pays déterminé c'est qu'elles auraient un intérêt particulier par rapport à ce pays-là donc corollairement à sa loi. Ce, notamment en vertu de l'adage « *qui elicit judicem elicit jus* ». Elles auraient pu penser que la juridiction choisie va appliquer automatiquement sa loi sans se référer aux règles de droit international privé. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence de nombreux pays tels que l'Allemagne et de l'Angleterre préfère présumer le choix de la loi du contrat à partir du choix de la juridiction compétente<sup>348</sup>.

**254.** Dans sa théorie de la localisation objective, rappelons-le, BATIFFOL voyait dans la clause de compétence un indice important de localisation. La Commission européenne dans le cadre de la transformation de la Convention de Rome avait proposé de présumer le choix de loi de la clause de compétence, mais la proposition n'a pas été retenue<sup>349</sup>. Le droit français a suivi cette tendance et préfère ne pas induire du choix de tribunal compétent le choix de la loi<sup>350</sup>. Quoiqu'important dans la recherche de la loi applicable, la clause de compétence ne saurait à elle seule être suffisante pour induire *la lex contractus*. Le considérant 12 du règlement Rome I est clair en prévoyant que la clause de compétence est « l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de loi a été clairement énoncé » c'est-à-dire qu'elle peut être utilisée dans la recherche de ce choix, mais uniquement s'il ressort ce choix de façon certaine. La clause de compétence constitue ainsi un indice parmi d'autres<sup>351</sup>, qui n'est certain que si elle est accompagnée d'autres éléments pertinents.

---

<sup>347</sup> M. SCHERER, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », in S. Corneloup et N. Joubert ( dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 253.

<sup>348</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.196.

<sup>349</sup> Cette proposition a été remplacée par le considérant 12 du règlement Rome I qui prévoit que : « Un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ».

<sup>350</sup> V. T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP*, 2010-2012, n° 11.

<sup>351</sup> V. Com. 8 juin 2010, n° 08- 16.298, 08- 16.485, *Dr. et patr.* 2010, n° 198, p. 114, obs. M.- E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 309- 310, p. 42, obs. J. Morel- Maroger ; *JCP E* 2011, n° 1182, § 14, obs. J. Stoufflet ; *RD banc. fin.* 2011, comm. 50, obs. A. Cerles.

**255.** Le droit malgache semble aller dans ce sens puisque dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation prend en considération le lien entre la loi applicable et la juridiction saisie sans en faire un critère absolu. Dans l'un de ses attendus, les juges malgaches ont pris en compte cet élément en argumentant que : « Attendu que par application des articles 14 et 15, les avantages de la corrélation entre la loi applicable et le Tribunal saisi sont évidents [...] Déclare la Juridiction Malgache territorialement incompétente »<sup>352</sup>.

**256.** Contrairement au choix de juridiction compétente, la clause compromissoire fixant le siège de l'arbitrage dans tel ou tel pays, ne devrait pas en principe être prise en compte dans la recherche de la *lex contractus*. Ce, parce que l'arbitrage est considéré comme une justice qui n'a pas de *for*. Le lieu du siège de l'arbitrage n'a en principe rien avoir avec le fond du litige<sup>353</sup>. C'est une question purement procédurale qui a plus de lien avec les logistiques et le sort de l'application de la sentence arbitrale que le fond du droit<sup>354</sup>. Pourtant, certains États voient dans la clause fixant le siège d'un arbitrage un indice quant à la détermination d'un choix tacite de la loi applicable<sup>355</sup>. Si l'article 452.1, 2<sup>o</sup>a) du Code de procédure civile malgache prend en compte le seul lieu de l'arbitrage pour qualifier d'international une convention d'arbitrage, il ne serait pas étonnant si les juges malgaches déduisent du lieu de l'arbitrage la loi tacitement applicable.

## **2- Les circonstances de la cause et le choix hypothétique**

**257.** L'article 3-1 du règlement Rome I édicte que le choix peut également résulter « des circonstances de la cause ». Les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, son exécution et sa rupture peuvent être prises en considération dans la détermination de la loi applicable. Il se peut que sans choisir expressément la loi applicable au contrat, les parties aient entendu mettre ce contrat sous l'égide d'une loi d'un pays déterminé. Ce choix résulte de leurs comportements face à l'existence de ce contrat. C'est ce qui semble sortir de l'interprétation de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 lorsque le législateur malgache exige que les juges recherchent et appliquent la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer.

**258.** Pour ce faire, on peut se référer aussi bien à la phase précontractuelle par exemple dans les documents de négociation ; la phase contractuelle à l'instar des échanges lors

---

<sup>352</sup> Cour Suprême, 16 novembre 2001, Décision n° 192.

<sup>353</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.197.

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

<sup>355</sup> *Ibid.*

de la conclusion ou pendant l'exécution du contrat ou à la phase postcontractuelle telle que les correspondances en cas d'inexécution du contrat. Elles peuvent même être des circonstances qui ont entouré les contrats que les parties ont déjà conclus auparavant. L'illustration parfaite est le cas des contrats-cadres<sup>356</sup>, les parties ont fait un choix exprès de la loi applicable dans le contrat-cadre, mais ne disent rien dans les contrats ultérieurs qui se trouvent être la continuité de ce contrat-cadre. Une station-service conclut par exemple un contrat d'approvisionnement de carburant avec une société étrangère, les parties décident de la loi applicable dans le contrat-cadre, mais ne prévoient rien dans chaque contrat d'application de ce contrat-cadre. Comme c'est le contrat-cadre qui régit d'une manière générale la relation de la station-service et son fournisseur, le juge peut très bien déduire que le choix de la loi dans le contrat-cadre s'applique à chacun des contrats d'application qui vont suivre. La jurisprudence française fait la distinction entre les contrats considérés comme accessoires au contrat principal, auquel cas l'accessoire suit le principal<sup>357</sup> et les contrats-liés où chaque contrat garde son indépendance auquel cas chaque contrat est soumis à sa propre loi<sup>358</sup>. Dans tous les cas, ce qui est important c'est de s'assurer de l'existence d'une volonté commune de mettre le contrat sous une même loi<sup>359</sup>. C'est la commune intention des parties qui détermine les engagements réciproques des parties<sup>360</sup>. D'où l'importance de s'assurer que ces circonstances sortent de manière certaine l'intention des deux parties quant à la *lex contractus*.

**259.** Le rôle du juge se trouve ici être difficile puisque le comportement des parties peut être équivoque. Par exemple, le fait de choisir une loi applicable dans un contrat et non dans un autre contrat peut aussi bien signifier la volonté de soumettre le deuxième contrat à la même loi que le premier ou au contraire signifier la volonté de ne pas utiliser cette loi. Dans ce cas, il ne serait pas inutile que le juge malgache fasse recours à un raisonnement par analogie et tire des conséquences du silence des parties comme en matière de l'acceptation. L'article 81, alinéa 2 de la LTGO dispose que « le silence ne vaut acceptation de l'offre que dans les cas où, à raison des circonstances, et notamment des relations d'affaires existant entre les parties, cette offre n'appelle pas d'acceptation expresse ». Ainsi, dans le cas où les parties seraient en relation

---

<sup>356</sup> V. F. LECLERC, « Le contrat-cadre en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP*, 2002-2004, p.3.

<sup>357</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 12 janv. 1994, *Bull.civ.*, I,n° 13 ; *Rev. Crit. DIP*, 1994, p.92, note H. Muir Watt ; *JDI*, 1995, p.134, note S. Dion-Loye.

<sup>358</sup> Com., 8 juin 2010, n°08-16298 et n°08-16485, inédit.

<sup>359</sup> V. par exemple, Com., 8 avril 2021, n°19-21.716. S. PERUZZETO, « problème de la disparité entre la loi applicable au contrat-cadre de distribution et aux contrats d'application », *Répertoire de droit international*, 1999, n° 126 et s.

<sup>360</sup> Article 125 de la LTGO.

d'affaires continue, cette permanence de la relation pourrait constituer les circonstances entourant le contrat. Les parties ont par exemple l'habitude de se référer à la loi malgache, mais ne l'ont pas expressément prévu dans un contrat. Le juge pourrait conclure en l'application de la loi malgache eu égard à leurs habitudes.

**260.** On a vu que la situation est telle qu'il est difficile de prévoir une délimitation entre les circonstances de la cause pouvant induire la volonté des parties et un choix hypothétique qui n'est pas admis notamment en droit français, droit qui sert de référence au droit malgache<sup>361</sup>. Cette difficulté surgit en raison notamment de la confusion laissée par la formulation de l'article 3-1 du règlement Rome I lui-même, lorsque celui-ci édicte que le choix peut résulter « des circonstances de la cause ». Qu'entend-on exactement par circonstances de la cause ? N'est-ce pas une ouverture vers un choix imaginaire ?

**261.** En effet, si on se retourne vers une définition du choix hypothétique, celui-ci consiste à déterminer d'après précisément les circonstances de la cause quel choix les parties auraient dû faire, si elles avaient exprimé cette volonté. Le droit allemand admet le choix hypothétique des parties contrairement au droit français<sup>362</sup>. En droit français, il s'agit d'établir la volonté réelle des parties à partir des circonstances de la cause et non d'imaginer la volonté qu'auraient dû avoir ces parties. La volonté doit exister même si elle n'a pas été formulée ouvertement<sup>363</sup>. Dans la formulation de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 il faut que ce soit « la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ». Il ne peut pas s'agir d'une volonté simplement imaginaire. Sinon, il ne s'agit plus de la loi choisie par les parties, mais de la loi imaginée par le juge. Ici, le droit malgache rejoint le droit français, la volonté « doit être réelle, doit pouvoir se déduire d'éléments concordants et concluants du contrat, ou bien des circonstances de la cause<sup>364</sup> ». Ce qui implique que les circonstances de la cause ne peuvent en principe pas s'agir d'un élément isolé<sup>365</sup>. Le choix doit reposer sur un faisceau d'indices certains qui ne laissent place à « aucun doute »<sup>366</sup>. Tel que la Cour de cassation du 26 juillet 2016<sup>367</sup> a

---

<sup>361</sup> « Choix de la loi applicable au contrat du commerce international », Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Rev. Crit. DIP* 2010.83 ; L. CLEMENT-WILZ, « Le modèle de la Cour de justice de l'Union européenne en question », *Revue de l'Union européenne* 2019.288 ; P. LAGARDE, « De la loi applicable à un contrat de cautionnement », *Rev. crit. DIP* 1991.745.

<sup>362</sup> V. l'arrêt du BGH, 22 sept. 1961, *Rev. crit. DIP* 1962, p. 621, note Meger.

<sup>363</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 17, n ° 3 : « un véritable choix de la loi encore qu'il ne soit pas expressément déclaré dans le contrat ».

<sup>364</sup> Rapport Giuliano- Lagarde , *op.cit.*, p. 15.

<sup>365</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, *op.cit.*, p. 18.

<sup>366</sup>Rapport Giuliano et Lagarde, *op.cit.*

<sup>367</sup> Cour de cassation, 26 juillet 2016, *op.cit.*

fait en s'appuyant sur la nationalité des parties ainsi que sur le lieu de la célébration du mariage pour décider l'application de la loi française sans que les parties fassent un choix exprès. C'est donc un choix tacite, silencieux, mais certain qui est requis, et non un choix seulement supposé, virtuellement contenu dans un texte ou dans une conduite<sup>368</sup>.

**262.** Face à ce risque de confusion, le juge français ne fait pas très souvent référence à ces « circonstances de la cause » afin d'éviter une quelconque dérive vers un choix imaginaire. Lorsqu'il se trouve face à l'impossibilité d'établir la volonté réelle des parties, il va souvent sortir du rattachement subjectif pour recourir aux rattachements objectifs, utilisés en l'absence de choix des parties<sup>369</sup>.

### 3- Le choix écrit et le choix verbal

**263.** D'une part, le principe en droit des contrats étant le *solo consensu*, il est évident que l'absence d'écrit ne porte pas atteinte à la validité du contrat de choix. « L'inobservation des formes prescrites par la loi n'entraîne la nullité de l'acte juridique, à défaut de dispositions la prévoyant expressément, que s'il s'agit de formes substantielles »<sup>370</sup>. Le principe est ainsi que l'inobservation des conditions de formes n'est pas une cause d'annulation du contrat sauf dispositions expresses de la loi. La volonté des parties suffit à rendre le contrat efficace<sup>371</sup>.

**264.** D'autre part, on sait que les actes juridiques se prouvent par écrit. L'article 293 de la LTGO prévoit que la créance supérieure à 10 000 francs soit 2 000 Ariary se prouve par écrit<sup>372</sup>. Et l'article 294 ajoute qu'« il ne peut être prouvé par témoins contre ou outre le contenu d'un contrat écrit ». Combiner le principe de formation du contrat *solo consensu* avec le principe de la preuve littérale n'est pas aisé. Ces deux principes amènent à conclure que le contrat de choix verbal est valable, mais en raison de difficulté de prouver son existence, il est préférable d'avoir un contrat écrit. La difficulté réside ici non dans la validité du contrat, mais dans la preuve de l'existence de l'accord<sup>373</sup>.

---

<sup>368</sup> M. SCHERER, *op. cit.*, p. 253.

<sup>369</sup> *Infra* n° 636 et s.

<sup>370</sup> Article 95 de la LTGO.

<sup>371</sup> Article 67 de la LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties ».

<sup>372</sup> L'article 293 de la LTGO édicte que « Toutes les créances exigibles entre les mêmes parties qui ne sont pas justifiées par un écrit et dont chacune est inférieure à 10.000 francs [...] pourront être prouvées par témoins ». A contrario, les créances supérieures à 10 000 francs se prouvent par écrit.

<sup>373</sup> High Court of London, 22 mai 2005, *RDAI/IJBL* 2005. 788.

## C- Le moment du choix

À quel moment le choix de la *lex contractus* se fait-il ? (1). Peut-on modifier le choix initial ? (2)

### 1- Le choix concomitant ou ultérieur à la conclusion du contrat substantiel

**265.** L'article 3, alinéa 2 du règlement Rome I dispose que les parties peuvent choisir « à tout moment » la loi applicable à leur contrat<sup>374</sup>. Ce qui est logique partant de l'idée que le contrat de choix est distinct du contrat substantiel. En conséquence, les parties ne sont pas tenues de conclure le contrat de choix en même que le contrat principal. Le moment de la conclusion de ces deux contrats peut être dissocié, car ce sont deux contrats différents.

**266.** En effet, il se peut que les parties aient omis de prévoir la loi applicable au moment de la conclusion du contrat de base, dans ce cas elles peuvent le faire ultérieurement. Ce choix ultérieur est parfaitement valable au même titre que deux contractants peuvent conclure deux contrats à deux moments différents.

**267.** Il est à noter que même si le choix intervient postérieurement à la conclusion du contrat principal, cela ne signifie nullement qu'avant cela le contrat se trouve sans loi. Cela implique seulement que le contrat est régi par les règles régissant la détermination de la loi applicable en l'absence de choix<sup>375</sup>.

### 2- Le choix modificatif du choix initial

**268.** Lorsque le règlement Rome I dispose que le choix peut se faire à « tout moment », cela implique qu'il peut également être modifié en cours d'exécution du contrat. La modification du choix est tout ainsi licite<sup>376</sup>. Dans tous les cas, l'alinéa 3 de l'article 123 de la LTGO permet aux parties de modifier le contrat d'un commun accord. Sous réserve de consentement mutuel, le choix peut être modifié en cours d'exécution du contrat.

**269.** Diverses raisons peuvent expliquer la modification du contrat de choix. Par exemple, les parties se rendent compte en cours d'exécution du contrat que la loi qu'elles ont choisie annule finalement leur contrat de base. On a évoqué auparavant que la loi choisie reste applicable même si elle annule le contrat principal. Par conséquent, si elles se rendent compte

---

<sup>374</sup> M. TOMASZEWSKI, « La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit », *Rev. crit. DIP* 1972. 567.

<sup>375</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.199.

<sup>376</sup> Article 3, alinéa 2 du règlement Rome I.

à temps de cette éventualité, elles ont parfaitement la faculté de modifier ce choix. Les parties peuvent vouloir changer leur choix de *lex contractus* également lorsque la loi choisie subit une réforme si la réforme prévoit l'application immédiate de la loi nouvelle sur le contrat en cours<sup>377</sup>. Dans ce cas, les parties peuvent décider de procéder à une modification de leur contrat de choix pour faire échapper leur contrat de base à cette nouvelle loi<sup>378</sup>.

**270.** La doctrine<sup>379</sup> et la jurisprudence européenne<sup>380</sup> sont en majorité favorables à cette solution. Ce, en mettant comme base juridique le prolongement nécessaire du principe d'autonomie. En effet, si la volonté des parties peut créer un droit entre autres le choix de la loi applicable, elle est également habilitée à modifier ce choix. Les parties peuvent ainsi modifier ce qu'elles ont créé de la même façon qu'un contrat interne<sup>381</sup>. Avec ce pouvoir modificateur, les parties ont la possibilité d'adapter leur choix à l'évolution des circonstances ou de combler une lacune qu'elles n'auraient pas pu s'en rendre compte au moment de la conclusion du contrat. Cette modification est d'autant plus importante que le droit malgache ne permet pas la révision pour imprévision. La seule manière de sortir du contrat est l'accord des parties. En cas de changement de circonstances, afin d'éviter l'application de l'article 128 de la LTGO<sup>382</sup>, la modification du contrat de choix peut servir de rempart en choisissant une loi plus souple.

**271.** Néanmoins, quelques difficultés subsistent. D'une part, il y a la question de la forme de la nouvelle clause. On a vu que le contrat de choix initial peut être exprès comme il peut être tacite. Est-ce que comme le choix initial, le choix modificatif peut également être tacite ou doit toujours être exprès ? « Il est naturel que cette modification soit soumise aux mêmes règles que le choix initial », <sup>383</sup> dirait-on. Toutefois, la Cour de cassation française <sup>384</sup> ne

---

<sup>377</sup> Étant entendu que l'alinéa 4 de l'article 8 de l'ordonnance n°62-041 prévoit que les lois antérieures ont vocation à régir les contrats en cours sauf dérogation expresse du législateur.

<sup>378</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janv. 1975, *Rev. crit. DIP* 1976, 338, note H. Batiffol.

<sup>379</sup>E. MEGER, « Du consentement en matière d'*electio juris* et de clause compromissoire, à propos de l'arrêt du BGH du 25 mai 1970 », *Rev. crit. DIP* 1971, 37 s. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op.cit.* n° 592.

<sup>380</sup> V. Civ., 12 mai 1930, S. 1931, 1, p. 129, note J.-P. Niboyet. ; Com., 18 nov. 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 83, note H. Batiffol. ; Com.9 janv. 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 487, note Jambu-Merlin. T. civ. Seine, 9 juill. 1963, *JCP G* 1963, II, 13434, note P. Level.

<sup>381</sup> V. Article 123, alinéa 4 de la LTGO.

<sup>382</sup> Article 128 de la LTGO : « Le contrat conserve force obligatoire même si des circonstances exceptionnelles ont rompu l'équivalence des prestations ».

<sup>383</sup> Rapport Giuliano et Lagarde, *op.cit.* p. 18. ; H. GAUDEMET-TALLON, *op.cit.* n° 48.

<sup>384</sup> Civ. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 2000 : *Gaz. Pal.* 2000, note M.-L. Niboyet : quand il y a eu choix initial exprès, le fait qu'une partie, dans une instance en référé, ne demande pas l'application de la loi étrangère choisie ne démontre pas qu'elle ait consenti de manière certaine à une modification de la *lex contractus* en faveur de la *lex fori*

semble pas du même avis, au contraire celle-ci semble de l'avis que la clause qui modifie le choix initial doit être expresse.

**272.** Quoi qu'il en soit, on serait tenté de suivre la logique selon laquelle, en l'absence de dispositions contraires, les conditions de forme des contrats de choix devraient être les mêmes qu'il s'agisse du premier contrat ou du contrat qui le modifie. Même s'il était mieux pour la preuve de la modification de la loi applicable que celle-ci soit faite expressément. On resterait ainsi sur les termes de l'article 3 alinéa 2 du règlement Rome I selon lequel le contrat de choix peut être exprès ou résulter d'un choix certain<sup>385</sup>.

**273.** Quant aux effets du changement de loi applicable, la question se pose de savoir si en raison de modification du contrat de choix, le contrat principal initialement valable peut être anéanti. En ce qui concerne la forme, le règlement Rome I dispose que « toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers »<sup>386</sup>. Tandis que pour la validité au fond, le règlement Rome I est muet. Serait-ce pour signifier que le changement de la loi applicable emporte le changement des conditions de fond ? Ainsi, un contrat valable sous l'ancienne loi applicable peut être anéanti s'il ne remplit pas les conditions de fond prévues par la nouvelle loi applicable ? Nous estimons qu'une réponse affirmative ne serait pas injustifiée puisque si les rédacteurs du règlement Rome I ont pris la peine de spécifier pour les conditions de forme, cela veut dire que pour les conditions de fond, le choix modificatif produit tous ses effets. Comme le nouveau choix peut valider un contrat initialement nul<sup>387</sup>, il peut également rendre nul un contrat initialement valable.

**274.** C'est en suivant de tels raisonnements d'ailleurs qu'on peut déduire le moment auquel le contrat de choix s'applique. À quel moment le contrat modificatif s'applique-t-il ? Est-ce qu'il rétroagit au moment de la formation du contrat principal ou s'applique-t-il à partir de sa conclusion ? Une partie de la doctrine se montre favorable à la non-rétroactivité<sup>388</sup> tandis

---

<sup>385</sup> Soc. 4 déc. 2012, n° 11-22.166, *Bull. civ.* V, n° 317, R. Weissmann, *RJS* 2013, n° 2, p. 90 ; *RJ com.* 2013. 222, note P. Berlioz : un employeur met en œuvre la procédure française de licenciement économique et que le salarié accepte l'application du droit français à la détermination de ses droits, le choix peut être considéré comme certain, quoique limité à la rupture du contrat de travail qui se trouve, pour le reste, soumis au droit allemand

<sup>386</sup> Article 3,§2 du règlement Rome I; V. H. GAUDEMET-TALLON, *op.cit.*, fasc. 552-15.

<sup>387</sup> C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles les parties décident de modifier le contrat de choix.

<sup>388</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd. Dalloz 2013, n°578 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op.cit.* n° 908.

qu'une autre partie défend la rétroactivité<sup>389</sup>. Ceux qui sont favorables à l'application immédiate du choix modificatif invoquent « l'analogie avec ce qui est prévu quant à la validité formelle du contrat » tandis que ceux qui sont favorables à la rétroactivité se fondent sur la lecture a contrario de l'article 3, §2 du règlement Rome I. En effet, à partir de dispositions expresses du règlement Rome I à propos de validité de forme du contrat principal selon lesquelles « toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers », on peut en déduire que la loi nouvellement applicable rétroagit au moment de la formation du contrat principal. Ce, bien évidemment, uniquement lorsque les parties n'ont pas expressément prévu la non-rétroactivité de ce nouveau contrat de choix<sup>390</sup>. Dans ce cas, il sera fait un dépeçage temporel de leur contrat, par analogie au dépeçage du contrat au fond. Les parties vont pouvoir fixer elles-mêmes à partir de quel moment le contrat modificatif du choix va s'appliquer.

**275.** Concernant les effets du changement du contrat de choix vis-à-vis des tiers, le principe est prévu par l'article 3, §2 susmentionné, la modification du contrat de choix ne peut pas porter atteinte aux droits qu'auraient pu acquérir avec l'ancienne loi applicable les tiers. C'est le cas notamment par exemple lorsque l'engagement d'une caution se trouve aggravé par le changement de loi, la caution reste engagée selon la loi applicable au moment de son engagement<sup>391</sup>.

## **§2 : L'étendue de la liberté de choix**

**276.** On a pu constater que les parties jouissent d'une grande liberté dans l'exercice de leur choix, néanmoins cette liberté n'étant certainement pas absolue, des questions relatives à son étendue se posent : les parties doivent-elles choisir impérativement une loi étatique ? Ou bien ont-elles la possibilité de se référer aux normes non étatiques ? (A) Peuvent-elles choisir une loi qui n'a aucun lien avec le contrat ? (E) Peuvent-elles dépecer le contrat ? (B) Qu'en est-il du contrat sans loi ? (C) Peuvent-elles cristalliser le droit applicable ? (D).

### **A- L'application d'un droit non étatique ?**

On va d'abord voir le principe (1) avant d'expliquer les tempéraments (2).

---

<sup>389</sup> T. VIGNAL, *op.cit.*, n°438.

<sup>390</sup> J. FOYER, *op.cit.* n° 114.

<sup>391</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.200.

## 1- Le principe

**277.** Aucune disposition explicite dans le règlement Rome I ne prévoit la question de savoir si en application de la liberté de choix, les parties peuvent décider de choisir des normes non étatiques ou si elles peuvent choisir d'exclure l'application de toute loi nationale<sup>392</sup>. Certes, le considérant 13 du préambule du règlement donne une solution d'ouverture en prévoyant : « le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Mais, le droit français contrairement au droit malgache est clair : seul le droit étatique peut remplir la fonction de *lex contractus*<sup>393</sup>. Le choix des parties ne peut pas porter sur un droit non étatique, la loi applicable au contrat doit être impérativement un droit étatique. Comme le droit malgache est muet sur la question, nous estimons que les juges malgaches vont suivre la solution du droit français.

**278.** Quoiqu'il en soit, exiger l'application d'une loi étatique ne signifie pas pour autant que les normes non étatiques ne jouent aucun rôle dans la *lex contractus*. Selon P. LAGARDE<sup>394</sup>, la Convention de Rome « ne s'est placée que dans la perspective d'un choix par les parties d'une loi étatique ». Mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le choix des parties porte sur une loi non étatique, un tel choix serait régi « au sens de la Convention, par la loi applicable à défaut de choix et c'est à cette loi qu'il appartiendrait de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties »<sup>395</sup>. Ainsi selon lui, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue de se référer à une loi non étatique, mais plutôt d'une possibilité de s'en référer, mais uniquement dans les limites concédées à la liberté contractuelle par la *lex contractus*. Cela signifie que la référence aux normes d'origines privées telles que les « usages du commerce international » ou la *lex mercatoria* ou les principes Unidroit<sup>396</sup> est possible. Cependant, ces normes n'auront qu'une valeur contractuelle et resteront dans la dépendance de la loi étatique normalement applicable au contrat<sup>397</sup>. Pour P. LAGARDE il ne s'agit que des règles supplétives.

---

<sup>392</sup> Pour une hypothèse de clause *d'exclusio juris*, V. CA Angers, 18 mai 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 501, note V. HEUZE.

<sup>393</sup> V. par exemple, Civ.1<sup>re</sup>, 17 mai 2017, n° 16-17.327, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 431, note D. SINDRES.

<sup>394</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 300 ; F. RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » : *Cah. dr. eur.* 1988, p. 318. – J.-Cl. Europe Traité, Fasc. 3200.

<sup>395</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 300.

<sup>396</sup> Les principes élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé.

<sup>397</sup> M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, coll. Domat Droit privé, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 166, p. 145.

**279.** Dans tous les cas, à la lecture du considérant 13 du règlement Rome I les règles non étatiques auxquelles les parties se seraient référées ne s'appliquent que par incorporation au contrat. En plus, ces règles ne peuvent en aucun cas écarter l'application des dispositions impératives de la loi étatique choisie ou objectivement applicable au contrat<sup>398</sup>. Il n'y a donc de réel « choix de loi » que lorsque les parties placent leur contrat sous l'empire d'un ordre juridique étatique donné. L'incorporation des règles non étatiques dans le contrat ne constitue pas un véritable choix de la loi applicable. Il s'agit des clauses contractuelles parmi tant d'autres<sup>399</sup>. Un contrat qui comporte exclusivement la référence aux Principes Unidroit par exemple, sans référence à une loi étatique, serait, du point de vue des juges, un contrat ne comportant aucune clause d'*electio juris*. Dans ce cas, le juge aura à procéder à une recherche de la loi applicable en l'absence de choix.

**280.** Il est à noter cependant que le nécessaire choix d'une loi étatique ne vaut que lorsque le litige en matière contractuelle est porté devant les juridictions étatiques, les arbitres internationaux peuvent parfaitement valider le choix de dispositions qui ne seraient pas empruntées à une loi étatique<sup>400</sup>.

## **2- Les tempéraments**

Ces tempéraments concernent les conventions internationales (a), les principes généraux du droit, les principes de droit international, les principes du commerce international (b) et la *lex mercatoria* (c).

### **a- Les conventions internationales**

**281.** Nonobstant l'impossibilité de choisir un droit non étatique, le choix portant sur les conventions de droit uniforme telles que la CVIM, est tout à fait valable. En effet, les parties peuvent expressément choisir les dispositions d'une convention internationale comme loi du contrat. Par ailleurs, une convention s'applique lorsque ses conditions d'application objectives sont réunies, soit parce que les parties ont choisi la convention soit parce qu'elle est intégrée à la loi du contrat choisie par les parties. En matière de contrat de ventes internationales de marchandises par exemple, la CVIM s'applique lorsque les parties l'ont choisi comme *lex*

---

<sup>398</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, fasc. 552-15.

<sup>399</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Dalloz* 2013.2037.

<sup>400</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales » *Dalloz* 2007.Chron.96, spéci.101 ; B. GOLDMAN, « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 219 à 243.

*contractus* mais également lorsque les parties ont choisi la loi des pays membres de la CVIM tels que Madagascar en ce sens que les dispositions de la CVIM constituent les règles de droit malgache en matière de ventes internationales de marchandises<sup>401</sup>.

**282.** La Cour de cassation française a eu l'occasion de rappeler que le choix de la loi française par les parties à un contrat international de vente de marchandises en connaissance du caractère international de ce contrat entraîne automatiquement la soumission de ce contrat à la CVIM<sup>402</sup>. Ainsi, selon cette jurisprudence française, dès que les conditions pour l'application d'une convention internationale de droit uniforme sont remplies, même si les parties n'ont pas expressément choisi la convention, mais ont choisi la loi d'un pays ayant ratifié ladite convention, celle-ci s'applique de plein droit. Sans jurisprudence similaire, l'interprétation de l'article 1 de la CVIM mène à la même solution pour le droit malgache<sup>403</sup>.

#### **b- Les principes généraux du droit, les principes de droit international, les principes du commerce international<sup>404</sup>**

**283.** On ne va pas entrer dans le détail des controverses doctrinales concernant la définition de ces principes et de leurs liens avec le droit international puisque tel n'est pas l'objet de cette étude,<sup>405</sup> mais d'une manière générale, il s'agit des principes qui par son contenu concernent les relations économiques internationales. Ce qui englobe les règles extraites des grands systèmes juridiques étatiques, de conventions internationales ou de la jurisprudence des tribunaux internationaux<sup>406</sup>. La publication de l'Institut international pour l'unification du droit privé des « Principes pour les contrats commerciaux internationaux » est l'œuvre la plus

---

<sup>401</sup> V. Article 1 de la CVIM : « La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents: a) Lorsque ces États sont des États contractants; ou b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant » ; J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p. 7.

<sup>402</sup> Com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 88, note H.M.W.

<sup>403</sup> V. J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p.7.

<sup>404</sup> Pour les distinctions, V. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit international privé*, Thèse Paris II, 1992.

<sup>405</sup> P. LAGARDE, « approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berhold Goldman, Litec*, 1982, p.125 à 150 ; B. GOLDMAN, note sous l'arrêt Valenciana, CA Paris, 13 juill. 1989, *JDI* 1990, 430 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 113, note Oppetit ; *JDI* 1992, p. 177, note B. Goldman ; B. OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'État ». L'arbitrage Framatome et autres c/ AEOI, *JDI* 1984, p. 37 s ; Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » : *JDI* 1989, p. 305. ; M. VIRALLY, « Un tiers droit ? réflexions théoriques in Le droit des relations économiques internationales », *Mélanges Goldman Litec* 1982, p. 373 et s. ; E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Etudes offertes à P. Bellet Litec* 1991, p. 203.

<sup>406</sup> B. GOLDMAN, note sous l'arrêt Valenciana, *op.cit.*

importante en matière de ces principes<sup>407</sup>. Cette publication quoique dépourvue de force obligatoire intrinsèque constitue une source d'inspiration de nombreux États. Ils s'appliquent lorsque les parties s'y sont expressément référées.

### *c- La lex mercatoria*

**284.** Indépendamment des controverses doctrinales portant sur la reconnaissance ou non de la *lex mercatoria* comme ordre juridique<sup>408</sup>, la détermination même de la *lex mercatoria* est difficile. Ses composantes sont tellement fluctuantes qu'il est difficile de savoir qu'on est ou pas en présence de la *lex mercatoria*. En effet, les conventions internationales de droit uniforme, certaines règles nationales propres au commerce international, les usages du commerce international sont parfois présentés comme des composantes de la *lex mercatoria*<sup>409</sup>.

**285.** La difficulté consiste notamment à différencier les principes généraux du droit et les usages du commerce international<sup>410</sup>. Dans une conception étroite, on réserve le terme d'usages aux pratiques habituellement suivies dans une branche donnée du commerce<sup>411</sup>. Dans un sens plus large, les notions de principes généraux du droit et d'usages du commerce international tendent à se confondre dans la mesure où l'usage qui gagnerait en généralité pourrait devenir une véritable règle du commerce international<sup>412</sup>.

**286.** Mais quoi qu'il en soit, malgré les controverses doctrinales et la difficulté à définir précisément la notion, la *lex mercatoria* est bel et bien utilisée dans l'arbitrage

---

<sup>407</sup> V. A. GIARDINA, « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux » : *JDI* 1995, 547 et s. ; C. KESSEDJIAN, « Les principes posées par l'UNIDROIT. Un exercice de rénovation des sources du droit du commerce international », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641 et s. ; FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RID comp.* 1998, p. 463 et s.

<sup>408</sup> V. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* » : *Arch. de phil. du dr.* 1964, p. 177 et s. ; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives », *Travaux Comité fr. DIP* 1977-1979, p. 221 ; *JDI* 1979, p. 475. ; V. F. OSMAN, « Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational », *LGDJ* 1992. ; W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit. DIP* 1982, p. 467 et s. ; M. MANN, « *Lex facit arbitrum*, International Arbitration Liber amicorum for Domke », *The Hague, Martinus Nijhoff*, 1967.

<sup>409</sup> B. GOLDMAN, *op.cit.*

<sup>410</sup> E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Mélanges Pierre Bellet, Litec* 1991, p.203.

<sup>411</sup> B. OPPETIT, *op.cit.* ; Ph. KAHN, *op.cit.*

<sup>412</sup> B. GOLDMAN, *op.cit.* ; Y. DERAIS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122; Ph. FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales*, p. 67 s. ; E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *RID comp.* 1989, p. 163.

international<sup>413</sup>. L'article 461.4 du Code de procédure civile confirme cette réalité en conférant à l'arbitre toute liberté dans le choix des règles appropriées en disposant que : « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction »<sup>414</sup>. La doctrine dominante accorde à l'arbitre toute liberté dans le choix des règles appropriées<sup>415</sup>. Ces règles s'entendent aussi bien de la loi étatique, des principes généraux du droit que de la *lex mercatoria*<sup>416</sup>.

**287.** La jurisprudence française admet, elle aussi que la *lex mercatoria* constitue des règles de droit sur lesquelles les arbitres peuvent fonder leur sentence<sup>417</sup>. Celle-ci approuve l'application par les arbitres de « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales » pour écarter le recours en annulation de la sentence reprochant aux arbitres d'avoir méconnu leur mission<sup>418</sup>. Tel est par exemple le cas de la jurisprudence en matière de crédit documentaire, qui a admis l'applicabilité directe des usages du commerce international pour fixer le montant des intérêts, alors que les parties ne s'y étaient pas référées dans leur contrat. Les juges n'ont même pas pris la peine de consulter la loi applicable pour définir le rôle de ces usages<sup>419</sup>.

## **B- Le dépeçage du contrat**

**288.** Aux termes de l'article 3, §1, dernier alinéa du règlement Rome I, les parties peuvent « désigner la loi applicable... à une partie seulement de leur contrat ». Autrement dit, les parties peuvent pratiquer un « dépeçage » de leur contrat, en le faisant régir,

---

<sup>413</sup> F. OSMAN, *op.cit* ; B. FAUVARQUE-COSSON, *op.cit.*; B. GOLDMAN, *op.cit.*

<sup>414</sup> L'article 461 du Code de procédure civile dispose que l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du litige. Toute désignation de la loi ou du système et qu'à défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ».

<sup>415</sup> A comparer avec l'article 458.2 du Code de procédure civile « Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions du présent titre, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ».

<sup>416</sup> V. M. DE BOISSESON, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », *éd. Joly* 1997, n° 660 et s.

<sup>417</sup> CA Paris, 12 juin 1980, note Fougerolle, *JDI* 1982, p. 231, 2<sup>e</sup> esp., note Oppetit ; *Rev. arb.* 1981, p. 292, 2<sup>e</sup> arrêt, note Couchez. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, *JDI* 1982, p. 931, 3<sup>e</sup> esp., note B. Oppetit ; *D.* 1983, *jurispr.* p. 238, note J. Robert ; *JCP G* 1982, IV, p. 79 ; *JCP G* 1983, II, 19971, 2<sup>e</sup> esp., note P. Level. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, Norsolor, *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 680, note Ph. Kahn ; *D.* 1985, *jurispr.* p. 101, note J. Robert ; B. GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* », *Rev. arb.* 1983, p. 379.

<sup>418</sup> V. CA Paris, 13 juill. 1989, Valenciana, *op.cit.*

<sup>419</sup> V. CA Paris, 21 sept. 1989 : *JDI* 1990, p. 116, note P. Ancel.

distributivement, par différentes lois<sup>420</sup>. Le dépeçage quoique peu fréquent,<sup>421</sup> existe dans certains secteurs, tels que ceux du transport, de la distribution, de la banque, de la finance ou du travail<sup>422</sup>. Cependant, le dépeçage est source de difficultés notamment en ce qui concerne l'interprétation de la volonté des parties. En effet, lorsque les parties font un choix partiel, différentes interprétations peuvent avoir lieu. Le choix de faire régir une partie du contrat par une loi ne signifie pas toujours la volonté de faire régir cet aspect-là par cette loi-là. Il peut s'agir par exemple d'une simple incorporation de cette loi dans le contrat en tant que stipulations contractuelles. Dans ce cas, cette loi a seulement valeur de clauses contractuelles et sera placée sous l'empire de la *lex contractus* qui sera déterminée autrement. Il peut également s'agir d'un simple indice d'un choix de loi tacite. Ce qui, comme on l'a déjà vu, nécessite d'autres éléments afin d'affermir le choix. Il est ainsi important dans le dépeçage du contrat, d'exprimer leur intention de dépeçer leur contrat de la manière la plus claire qui soit en déterminant très précisément les questions qui relèvent d'une loi et celles qui relèvent d'une autre loi.

**289.** Lorsque le règlement Rome I prévoit la possibilité de choisir une loi pour la totalité ou pour une partie seulement du contrat, cela peut avoir deux significations. La première est que les parties choisissent de faire régir une partie du contrat par une loi déterminée et laissent l'autre partie sans choix de loi. Il s'agit d'un choix partiel dans lequel, il appartient au juge de trouver un rattachement pour la partie pour laquelle les parties n'ont pas choisi une loi applicable<sup>423</sup>. Deuxièmement, il se peut que les parties choisissent différentes lois pour différentes parties du contrat<sup>424</sup>. On est alors en présence d'un choix plural. Cela veut dire que les parties font régir une partie du contrat par une loi qui les intéresse et l'écarter pour d'autres parties lorsque celle-ci ne leur convient pas. Elles peuvent par exemple, choisir la loi malgache de façon générale et l'écarter, au profit d'une autre loi, française, pour placer cet aspect du contrat sous l'empire de la loi française. Leur contrat contient ainsi deux choix de loi, la loi

---

<sup>420</sup> P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1975. 649 ; M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, Nemésis*, 1986, p. 243 ; C. PELLEGRINI, *Droits applicables au contrat international. Étude théorique et pratique du dépeçage*, Thèse Lyon III, 2013.

<sup>421</sup> À l'inverse, les parties optent parfois pour une désignation cumulative, en indiquant se conformer, en plus de la *lex contractus*, à telle disposition, souvent impérative, d'une autre loi. Pour une illustration, Colmar, 18 févr. 2004, *D.* 2004. AJ 1898, note V. Avena- Robardet ; *RJ com.* 2005. 51, obs. M. Attal.

<sup>422</sup> Soc. 4 déc. 2012, *op.cit.*, pour un dépeçage tacite, concernant la seule phase de la rupture du contrat de travail ; Soc. 8 décembre 2021, n°20-11.738.

<sup>423</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 17, n° 4.

<sup>424</sup> Expressément par l'article 2,§2b) des Principes de La Haye.

malgache et la loi française. Le dépeçage peut ainsi aboutir soit à un choix partiel complété par une loi applicable en l'absence de choix ou bien à un choix plural, chaque loi régit une partie déterminée du contrat.

**290.** Lorsque le choix porte sur une partie objectivement détachable de l'ensemble du contrat, il n'y a pas de difficulté particulière<sup>425</sup>. En revanche, lorsque le dépeçage est fait uniquement pour valider une clause interdite par la loi choisie pour le reste du contrat, des critiques apparaissent. Dans le rapport Giuliano- Lagarde, la seule limite à la liberté de choix des parties serait l'application des lois de police et l'ordre public international<sup>426</sup>. En d'autres termes, le dépeçage de convenance serait parfaitement valable. De telles visions seraient, pour d'autres auteurs, un subjectivisme pur et dur bien loin de la pratique du subjectivisme modéré accepté par la majorité de la doctrine<sup>427</sup>. Un tel choix constituerait un abus de droit dans l'exercice de la liberté de choisir la loi du contrat<sup>428</sup>.

**291.** Une autre difficulté concerne la mise en œuvre du dépeçage. Que se passerait-il si les différentes lois choisies sont contradictoires ? Le rapport Giuliano- Lagarde propose une solution en préconisant qu'il soit recouru à la loi objectivement applicable<sup>429</sup>. Dans tous les cas, les parties peuvent anticiper le risque d'incohérence en prévoyant elles-mêmes quelle serait la loi qui primera<sup>430</sup>.

**292.** Quoi qu'il en soit, la Cour de justice a essayé de limiter les conséquences du dépeçage en subordonnant l'usage de la faculté de dépeçage à l'existence d'un « objet autonome à l'intérieur du contrat »<sup>431</sup> qui peut s'entendre d'« un sous- ensemble de droits et d'obligations logiquement détachables du contrat »<sup>432</sup>.

---

<sup>425</sup> La Convention de Rome autorise même le juge à pratiquer un tel dépeçage (article 4, § 1). Il est à noter en effet que dans d'autres cas, le règlement Rome I n'autorise pas le juge à effectuer de lui-même un dépeçage, cette faculté appartient uniquement aux parties.

<sup>426</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 17, n° 4 ; v. aussi M. EKELMANS, *op.cit.*

<sup>427</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 202.

<sup>428</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 203.

<sup>429</sup> Le rapport Giuliano- Lagarde, *op.cit.*, p. 17 : « Toutefois, en cas de dépeçage, le choix doit être cohérent, c'est-à-dire concerner des éléments du contrat qui peuvent être régis par des lois différentes sans donner lieu à des résultats contradictoires [...]. Si les lois choisies ne peuvent pas se combiner d'une manière cohérente, il faut revenir à l'article 4 de la convention ».

<sup>430</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 203.

<sup>431</sup> CJCE, aff. C-138/08, 6 oct. 2009, Intercontainer Interfrigo SC (ICF), JDI 2010, comm. 5, p. 183, note C. Legros ; *Rev. crit DIP* 2010, p. 199, note P. Lagarde.

<sup>432</sup> P. MAYER, V. HEUZE, *op. cit.*, n° 748 ; M. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 897 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES- SOMMIERES, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz 2013, n°578.

### C- Le contrat sans loi

**293.** Il s'agit ici de savoir si un contrat peut exister sans reposer sur un droit<sup>433</sup>. La réponse de principe est négative<sup>434</sup>. Par ailleurs, toutes solutions qui ont comme conséquence la non-soumission d'un contrat à une loi sont condamnables. Tel est notamment le cas lorsque le choix des parties les soustrait aux dispositions impératives de la *lex contractus*, les juges assimilent ce choix en un contrat sans loi<sup>435</sup>.

**294.** Cette interdiction est à nuancer avec la jurisprudence qui permet de détacher le contrat des règles de conflit de lois pour le faire régir par des règles matérielles spécifiques. Une conception trop extensive de telle règle dériverait inéluctablement vers une nouvelle forme de contrat sans loi. On a par exemple l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 24 avril 1942 dans l'affaire des Messageries Maritimes<sup>436</sup> où elle a décidé que « la Société des Services contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devrait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé (...) en matière de règlement international, les conventions d'où résulte stipulation d'un paiement en or font la loi des parties ; (...) elles ne peuvent être mises en échec que dans les limites territoriales de l'État où est requise leur exécution si elles se heurtent à une loi d'ordre public interne ».

**295.** La cour d'appel de Paris a considéré qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire était valable « sans qu'il y ait lieu de rechercher la loi applicable », cet accord présentant « une complète autonomie (...) indépendamment de la référence à toute loi étatique »<sup>437</sup>. La Cour de cassation française a d'ailleurs affirmé qu'« en matière internationale l'accord compromissoire présente une complète autonomie »<sup>438</sup>.

---

<sup>433</sup> V. L. GANNAGE, « Le contrat sans loi en droit international privé », in *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007, p. 275 à 308 ; W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats, Consécration mondiale, risques d'exacerbation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux*, LGDJ, 2019 ; M.BENCHEKROUN « Le contrat sans loi en droit international privé », *Revue québécoise de droit international privé*, 2005 ; B.MERCADAL, « Rien de nouveau sur le contrat sans loi », *IDEF* 518, 2021 ; F.SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Revue québécoise de droit international privé*, 19-2, 2006 ; P.LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Comité français de droit international privé*, 1967

<sup>434</sup> ARAMCO c/ Gouv. de l'Arabie Saoudite, 23 août 1958, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 272 et s.

<sup>435</sup> V. Com., 4 févr. 1992, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 496, note P. Lagarde.

<sup>436</sup> CA Paris, 24 avril 1942 S. 1942, 2, p. 29, note J.-P. Niboyet.

<sup>437</sup> CA Paris, 13 déc. 1975, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507, note Oppetit ; *JDI* 1977, p. 106, note Loquin ; CA Paris, 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 675, note Mayer.

<sup>438</sup> Com. 4 juill. 1972, *JDI* 1977, 2, p. 843, note Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1984, p. 82, note Level. ; FRANCESKAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67.

**296.** Ces solutions consacrent<sup>439</sup> l'existence de règles matérielles du droit international privé du *for* susceptibles de valider l'accord des parties. Ce, indépendamment des dispositions de la *lex contractus*. Le principe est ainsi la validité de ces conventions sous réserve du respect des règles de « l'ordre public international »<sup>440</sup>.

#### **D- Le gel du droit applicable**

**297.** Au moment de la conclusion du contrat ou en cours du contrat, les parties peuvent-elles cristalliser le droit applicable ? Le règlement Rome est muet à propos de la cristallisation du droit applicable au moment de la conclusion du contrat. Le principe est que les modifications qui affecteraient la loi désignée par les parties s'imposeraient à elles dans les conditions prévues par les règles de droit transitoires de la *lex contractus*<sup>441</sup>. C'est donc au droit choisi qu'il appartient de décider s'il faut laisser survivre la loi ancienne ou appliquer immédiatement aux contrats en cours les dispositions nouvelles. Ce, même dans le cas où la modification du droit applicable résulte d'un changement de souveraineté<sup>442</sup> ou d'un bouleversement politique de l'ordre juridique désigné<sup>443</sup>.

**298.** Ainsi, pour se prémunir contre la modification de la loi du contrat les parties insèrent dans leur contrat une clause dite de « stabilisation » par laquelle elles décideraient de « geler » les dispositions de la loi applicable dans leur teneur au jour de la conclusion du contrat<sup>444</sup>.

**299.** Malgré le silence du règlement Rome I, la doctrine est hostile à leur validité, estimant que l'application d'une loi dans une teneur qui n'est plus applicable revient à l'hypothèse d'un contrat sans loi<sup>445</sup>.

---

<sup>439</sup> B. MERCADAL, « Ordre public et contrats internationaux », *DPCI* 1977, p. 457 ; MAYER, *Droit international privé* ; coll. Domat, Droit privé, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd. 1998, n° 700.

<sup>440</sup> V. B. MERCADAL, *op. cit.*

<sup>441</sup> Solutions habituellement données au conflit transitoire de droit étranger, v. *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 533-1.

<sup>442</sup> CA Paris, 10 juill. 1965, *JDI* 1966, p. 359, note Bredin ; CA Aix, 02 déc. 1965 et 24 mars 1966, *JDI* 1966, p. 108, note Bredin ; CA Lyon, 5 avr. 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 2, p. 95 ; CA Amiens, 23 mai 1970, *JDI* 1971, p. 86 ; Soc., 31 mai 1972, *JCP G* 1973, II, 17317, note G. Lyon-Caen ; *Rev. crit. DIP* 1973, p. 683, note P. Lagarde.

<sup>443</sup> Pour le maintien de la loi ancienne, pour cette raison, V. F. DEBY-GERARD, « Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux », *Revue internationale de droit comparé*, 1975. 333 ; v. *J.-Cl. Notarial Formulaire V° Régimes matrimoniaux*, Fasc. 300.

<sup>444</sup> V. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges Virally, Pedone* 1991, p. 301 et s.

<sup>445</sup> P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI* 1986, p. 33.

**300.** La jurisprudence française ne tranche pas clairement la question. Toutefois, le libéralisme du règlement Rome I à l'égard du dépeçage de la loi applicable semble aller en faveur de la validité de ces clauses. En effet, on peut remarquer que le choix par les parties d'un droit « gelé » ne présente pas de différence de nature avec le choix d'une combinaison de plusieurs droits et permet d'aboutir aux mêmes résultats<sup>446</sup>.

**301.** En outre, le règlement Rome I prévoit que les parties peuvent « à tout moment » changer la loi applicable au profit d'une loi. Ce qui signifie qu'en cas de modification de la loi applicable, les parties peuvent modifier leur choix. Elles peuvent ainsi choisir une loi qui correspond à leur choix initial. Cela n'équivaudrait-il pas à une cristallisation du droit applicable. Si on permet de modifier à tout moment le choix de la loi pourquoi refuser aux parties la faculté de cristalliser le contenu du droit applicable ?

**302.** Certes, théoriquement, les deux hypothèses sont différentes. Cependant, sur le plan pratique, l'identité des résultats ne devrait pas être totalement négligée. Dans le dessein de respecter le choix des parties et celui de l'esprit du règlement Rome I, certains auteurs suggèrent qu'en cas de changement de la teneur de la loi applicable, la clause de stabilisation ne devrait pas être annulée, mais que son effet serait limité à celui de rendre caduc le choix de la loi applicable.

### **E- Le choix d'une loi neutre**

**303.** Le règlement Rome I laisse aux parties une totale liberté quant au choix de la loi applicable sous réserve de la loi étatique. Il ne pose aucune exigence d'un lien entre le contrat et la loi choisie par les parties<sup>447</sup>. Le choix d'une loi neutre, dépourvue de tout rapport avec la résidence de chacune des parties, ou avec les lieux où se matérialisent les différents éléments du contrat est ainsi parfaitement valable. La loi même n'ayant aucun lien ni avec le contrat ni avec les contractants est valable. Ce choix peut être motivé par la convenance des parties ou à la spécificité de leur contrat<sup>448</sup>. C'est le cas par exemple lorsqu'un Malgache conclut un contrat avec un Indien pour un contrat à exécuter aux Comores, ils choisissent la loi française comme applicable. *A priori*, ni les parties ni le contrat n'ont de liens avec le droit français. Les parties

---

<sup>446</sup> P.Y. TSCHANZ, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 62, note 43.

<sup>447</sup> V. D. HASCHER, *Arbitrage du commerce international*, Répertoire de droit international, 2022, n°130 ; R. DAVID, *l'arbitrage dans le commerce international*, *Economica* 1982, n°388 ;

<sup>448</sup> Com., 10 mai 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 545.

peuvent très bien choisir la loi française parce que c'est précisément la loi que le Malgache et l'Indien connaissent et qui peut les rassembler.

## **TITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES**

**304.** À l’instar des principales conventions internationales et des textes nationaux de nombreux pays, relatifs au droit international privé, l’article 30 de l’ordonnance n°62-041 en disposant qu’« en matière d’obligations contractuelles (...), la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l’empire de laquelle les parties ont entendu se placer », consacre le principe d’autonomie de la volonté dans sa fonction de détermination du droit applicable. Le droit malgache reconnaît ainsi aux parties le pouvoir de désigner directement la loi applicable à leur contrat et de lier le juge par ce choix. Cependant, la loi d’autonomie n’étant pas l’application de la théorie subjectiviste absolue est assortie de quelques limites. D’où l’intérêt de se focaliser dans un premier temps au domaine de la *lex contractus* (Chapitre 1) pour mieux sortir ses limites (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 : LE DOMAINE DE LA *LEX CONTRACTUS***

**305.** La *lex contractus* recouvre un domaine très étendu même si d’autres lois peuvent entrer en concurrence. C’est le cas notamment de la loi personnelle qui s’applique à la capacité<sup>449</sup> ou le cas de la *lex rei sitae* qui est compétente pour déterminer les modes de transmission et de création de droits réels ainsi que le contenu des droits réels que le contrat fait naître<sup>450</sup>. Malgré ces exceptions, la *lex contractus* régit la formation et les effets du contrat international. Nonobstant le fait que la loi du contrat ne consiste pas à soumettre les différentes phases et composantes du contrat à des lois propres<sup>451</sup>, il reste intéressant d’analyser l’emprise de la *lex contractus* dans les deux phases principales du contrat : sa formation (Section 1) et ses effets (Section 2).

#### **Section 1 : La *lex contractus* dans la phase de la formation du contrat**

Afin de faciliter la lecture de cette recherche, nous allons adopter le plan classique en droit des contrats concernant les conditions de fond (§1) et les conditions de forme (§2).

##### **§1 : Les conditions de fond**

L’article 64 de la LTGO pose quatre conditions à la formation du contrat, quatre conditions tournant autour des quatre questions : est-ce que les parties ont voulu s’engager ?

---

<sup>449</sup> Article 28 de l’ordonnance n°62-041.

<sup>450</sup> Article 29 de l’ordonnance n° 62-041.

<sup>451</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, t. II, 1976, n ° 595.

(A) Sont-elles aptes à contracter ? (B) Qu'est-ce qu'elles ont voulu ? (C) Pourquoi l'ont-elles voulu ? (D)

### **A- Le consentement des parties**

**306.** Deux conditions sont nécessaires à la validité du consentement : il doit exister et il doit être intègre<sup>452</sup>. Le principe est que les questions touchant à la volonté des parties se trouvent très largement sous l'empire de la loi applicable à la substance contractuelle. Ici, c'est celle qui a été choisie par les parties conformément à l'article 30 de l'ordonnance 62-041. Quand les parties concluent le contrat, il est évident qu'elles veulent que le contrat soit valable, il est difficile de se dire que les parties concluent un contrat tout en voulant son annulation. Pourtant, en soumettant la question de consentement à la loi choisie par les parties, on peut arriver à une conséquence plutôt inattendue. En effet, la loi choisie par les parties pour leur contrat peut éventuellement conduire à l'annulation de ce contrat. Cette solution n'a pas été expressément prévue par le droit malgache, mais elle a le mérite d'être simple en plaçant toute la substance du contrat sous l'empire d'une même loi, sans dissocier la formation, qui relèverait d'une loi particulière, et les effets, qui relèveraient de la loi d'autonomie quand les parties ont choisi la loi de leur contrat<sup>453</sup>. C'est donc la loi du contrat, déterminée par les parties, qui fixera le régime de la rencontre des volontés (1) et des vices du consentement (2).

#### **1- L'existence du consentement**

**307.** C'est l'accord de deux volontés qui fait naître un contrat. Aux termes de l'article 67 de la LTGO, « le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties ». Pour qu'il y ait consentement, il est nécessaire qu'une offre rencontre une acceptation<sup>454</sup>. Or, la perception de la manifestation de la volonté que ce soit l'existence de l'offre ou celle de l'acceptation n'est pas la même dans tous les pays du monde. C'est la raison pour laquelle les conventions internationales y consacrent une partie considérable. En dehors de la LTGO, aucun autre texte de droit international privé ne donne plus d'explications quant à l'existence du consentement dans un contrat international. Aussi, a-t-on trois choix : soit on applique les dispositions de la LTGO au risque de se cantonner à la situation du droit interne au détriment des spécificités du commerce international ; soit on fait référence au droit français étant donné que le droit malgache est lacunaire conformément à la jurisprudence malgache notamment celle de 2007 ;

---

<sup>452</sup> V. Article 69 de la LTGO.

<sup>453</sup> Césure pratiquée au début du XXe siècle en Allemagne et en Suisse.

<sup>454</sup> Selon l'article 81 de la LTGO : « le contrat se forme par la rencontre des volontés des contractants se manifestant par l'acceptation d'une offre de contracter ».

soit on va recourir aux dispositions de la CVIM, seule convention relative aux contrats internationaux importante ratifiée par Madagascar. Il est certes vrai que celle-ci ne concerne que les ventes internationales de marchandises, cependant, elle a non seulement le mérite d'être très explicite en matière de formation de contrat, mais en plus, elle tient compte des particularités du commerce international et enfin, le contrat de vente reste un des principaux contrats usuels. Par conséquent, nous estimons qu'il est plus opportun de se référer à la CVIM pour essayer de délimiter cette notion. Bien évidemment, les parties par le biais de la *lex contractus* peuvent déterminer elles-mêmes les caractères que doit présenter la proposition pour constituer une offre ou le « oui » pour constituer une acceptation<sup>455</sup>.

**308.** Mais en dehors de ce cas, et dans le cas où la CVIM s'appliquerait, à quoi correspond une offre ? Dans quelles hypothèses, l'offrant peut-il se rétracter ? À quel moment peut-on dire qu'il y a acceptation ? À partir de quand sort-on du domaine de l'acceptation pour constituer une contre-proposition ? Quelle est la valeur à donner à la volonté de passer un écrit : *ad validitatem* ou *ad probationem* ? Qu'en est-il des délais de réflexion à respecter avant de pouvoir accepter l'offre et du droit de repentir ? À quel moment le contrat est-il conclu ? Et à quel lieu ?

#### **a- L'offre de contracter**

**309.** La définition et les caractères de l'offre peuvent être différents d'un pays à un autre. Pour le contrat de vente international, l'article 14, alinéa 1 de la CVIM donne une définition en prévoyant qu'« une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Lorsque les parties au contrat de vente international choisi ainsi le droit malgache, on peut recourir aux conditions de l'offre de la CVIM. Celle-ci doit être suffisamment précise et ferme. La précision de l'offre se caractérise par la désignation des marchandises, la quantité et le prix<sup>456</sup>.

**310.** Concernant la valeur juridique de l'offre, le principe est le même qu'en droit interne, l'article 80 de la LTGO « L'offre peut être révoquée jusqu'à réception de l'acceptation ». La CVIM cite deux cas où la rétractation est possible et deux cas où elle ne

---

<sup>455</sup> Com. 13 nov. 2003, n° 00- 19.325, *Rev. crit. DIP* 2004. 96, 2<sup>e</sup> esp., note B. Ancel.

<sup>456</sup> Article 14 de la CVIM : « Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer ».

l'est pas. L'offre est révocable soit lorsque la rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre<sup>457</sup> soit lorsque la rétraction parvient au destinataire avant l'expédition de l'acceptation<sup>458</sup>. Elle est irrévocable, lorsque l'offrant a précisé un délai déterminé pour l'acceptation<sup>459</sup> ou lorsqu'il est raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et qu'il agit en conséquence<sup>460</sup>.

## **b- L'acceptation**

**311.** Lorsque l'acceptation est expresse, il n'y a quasiment pas de difficulté. Il s'agit d'un « oui » non accompagné d'une contre-proposition. En effet, une réponse à une offre contenant des « additions, des limitations ou autres modifications est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre »<sup>461</sup>.

**312.** En revanche, en présence d'une acceptation tacite, le recours à la loi du contrat pour déterminer si un contrat s'est formé peut s'avérer problématique. En effet, certaines législations donnent une place importante aux silences circonstanciés<sup>462</sup> tandis que d'autres non. Lorsque la loi choisie retient par exemple le silence comme acceptation lorsqu'un usage professionnel impose à un professionnel de protester dans le cas où l'une des parties veut refuser alors que l'autre partie ignore totalement et l'existence de l'usage et l'existence d'un tel silence circonstancié. L'existence d'une acceptation sur la base d'éléments que l'une des parties pourrait légitimement croire insuffisants peut ainsi être source de difficulté. En effet, dans certains droits nationaux, le contrat est parfois considéré comme conclu à partir de très peu de choses : parce qu'une partie n'a pas réagi à une « lettre de confirmation » du contrat<sup>463</sup> ou parce qu'il y a entre les parties des relations contractuelles récurrentes du même type. Le droit malgache reconnaît le silence circonstancié lorsque les parties sont déjà en relation d'affaires<sup>464</sup>. La conclusion d'un contrat international n'étant pas à prendre à la légère, il est souhaitable de préserver, lorsqu'ils le méritent, les intérêts de la partie qui, est censée avoir contracté.

---

<sup>457</sup> Article 15, alinéa 2 de la CVIM.

<sup>458</sup> Article 16, alinéa 1 de la CVIM.

<sup>459</sup> Article 16, alinéa 2a de la CVIM.

<sup>460</sup> Article 16, alinéa 2b de la CVIM.

<sup>461</sup> Article 19, alinéa 1 de la CVIM.

<sup>462</sup> Dans le droit allemand par exemple, pour les contrats commerciaux, le silence gardé à la réception d'une lettre de confirmation, vaut acceptation de ses termes

<sup>463</sup> Paris, 14 déc. 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p.300, note H. Muir Watt.

<sup>464</sup> L'alinéa 2 de l'article 81 de la LTGO prévoit que : « le silence ne vaut acceptation de l'offre que dans les cas où, à raison des circonstances, et notamment des relations d'affaires existant entre les parties, cette offre n'appelle pas d'acceptation expresse ».

**313.** Il est toutefois important, à titre comparatif de signaler que le Règlement Rome I prévoit une solution, si les parties se trouvent dans de telles situations. Il est possible à l'une des parties de démontrer, en se référant à la loi du pays de sa résidence habituelle, qu'elle n'a pas voulu conclure de contrat. Ainsi, même si la loi choisie considère comme acceptation un silence, la partie qui, par ce silence n'a pas voulu contracter peut prouver, l'inexistence de telle pratique dans la loi nationale du pays de sa résidence habituelle. Cette application de la loi de la résidence habituelle est toutefois subordonnée à la condition, laissée à l'appréciation des juges<sup>465</sup>, qu'il ne soit « pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi [applicable au contrat] »<sup>466</sup>. L'acceptant peut donc s'appuyer sur la loi de sa résidence habituelle quand admettre la conclusion du contrat sur le fondement de la *lex contractus* apparaît « déraisonnable »<sup>467</sup>.

**314.** Il est à noter qu'au sens du règlement Rome I, cette possibilité de se référer à loi du pays de la résidence habituelle ne fonctionne qu'en sens unique c'est-à-dire qu'elle l'est seulement pour démontrer qu'il n'a pas consenti<sup>468</sup>. L'inverse n'est pas possible, lorsque la loi du contrat estime que le contrat n'est pas conclu, la partie voulant la conclusion du contrat ne peut invoquer la loi du pays de sa résidence habituelle pour affirmer qu'il y a rencontre de volontés des parties.

**315.** Tel n'est pas le cas dans le projet de Principes de La Haye sur le choix applicable en matière de contrats internationaux. Ce projet invoque également la possibilité de se référer au lieu de la résidence habituelle des parties dans son article 6, alinéa 2 en disposant : « la loi de l'État dans lequel est situé l'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti au choix de la loi applicable lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'évaluer ce consentement selon la loi prévue au paragraphe 1 » qui est la loi, objet de l'accord. Ici, la loi de l'établissement s'applique dans les deux sens : pour admettre ou refuser l'accord sur le choix de la loi<sup>469</sup>.

---

<sup>465</sup> Selon le Rapport Giuliano- Lagarde ( p. 28), toutes les circonstances de la cause doivent être considérées ( y compris les usages observés par les parties et leurs relations d'affaires antérieures).

<sup>466</sup> Article 10, §2, 2 du règlement Rome I.

<sup>467</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, n° 775.

<sup>468</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 3201, *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I »* du 17 juin 2008, n° 131.

<sup>469</sup> G. LARDEUX, *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier, 2016, p.197, n° 226.

**316.** La CVIM quant à elle, pose le principe selon lequel le silence ou l'inaction ne vaut pas acceptation<sup>470</sup>, sauf si en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, l'acceptant peut indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte se rapportant au contrat sans communication préalable à l'offrant<sup>471</sup>.

**317.** Le contrat est conclu au moment de la réception de l'acceptation par l'offrant. On parle de réception lorsque « la manifestation d'intention parvient à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle »<sup>472</sup>.

## 2- L'intégrité du consentement

**318.** On peut tirer de l'application générale de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 en l'absence de toute autre disposition spécifique régissant la question de l'intégrité du consentement dans le contrat international que l'intégrité du consentement relève de la loi régissant le fond du contrat : la *lex contractus*. La CVIM n'étant d'aucune aide puisque celle-ci est muette quant à la question, les juges malgaches, lorsqu'ils sont confrontés à de telles situations peuvent toujours s'inspirer, en vertu de l'arrêt de la Cour Suprême du 4 mai 2007<sup>473</sup> du droit français.

**319.** Dans le droit français, le recours à la *lex contractus* a été consacré par l'arrêt Silvia<sup>474</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de cassation française fait une distinction entre les vices de consentement qui relève de la *lex contractus* et les incapacités naturelles à la loi personnelle. En l'espèce, une femme de nationalité italienne avait signé deux contrats, elle demande l'annulation de ces contrats en raison de la dépression nerveuse qui aurait vicié son consentement. Quelle est la loi applicable ? Si la dépression nerveuse est un vice de consentement, c'est la loi française qui sera applicable en application de la *lex contractus*. Si la dépression nerveuse est une incapacité, c'est la loi italienne, loi personnelle de la dame qui sera applicable. On peut légitimement penser que cela relève de la catégorie de validité au fond du

---

<sup>470</sup> Article 18, alinéa 1 de la CVIM.

<sup>471</sup> Article 18, alinéa 3 de la CVIM.

<sup>472</sup> Article 24 de la CVIM.

<sup>473</sup> Cour Suprême, 4 mai 2007, *op.cit.*

<sup>474</sup> Civ. 25 juin 1957, *Rev. crit.*, 1957, p. 690 note Batiffol ; *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n°29.

contrat comme on peut penser qu'elle relève de la protection de la personne donc du régime des incapacités qu'il est possible de rattacher au statut personnel.

**320.** Il y a deux méthodes de raisonnement possibles qu'il faut combiner. On peut se référer au droit interne, celui-ci traite les vices du consentement dans les dispositions relatives au contrat, *a priori* il faudrait donc dire que cela relève plutôt de la catégorie du contrat, donc de l'application de la *lex contractus*. En droit interne français, en l'absence de protection organisée, l'acte attaqué pour altération de fait des facultés mentales ne pouvait être annulé que pour vice de consentement. Au plan international, cela équivaut au fait que cette incapacité soit régie par la loi du contrat.

**321.** Mais on peut également replacer le conflit de catégorie interne dans une perspective internationale. L'idée c'est que le juge doit ranger la question qui lui est posée dans la catégorie qui retient le rattachement qui convient le mieux à la question posée. Et d'après cette deuxième analyse, la Cour de cassation française a décidé que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle »<sup>475</sup>. Même si le contentieux est assez rare, la solution se maintient avec constance<sup>476</sup>.

**322.** On a pu ainsi constater qu'il est parfois difficile de distinguer les vices du consentement aux incapacités. Le droit français ayant une loi spécifique concernant la protection des incapables<sup>477</sup>, peut se permettre de rattacher le problème d'insanité d'esprit à cette catégorie afin d'y appliquer la loi personnelle à la place de la *lex contractus* si elle avait été un vice de consentement.

**323.** En droit malgache, aucun texte spécial ne régit le régime des incapables. La LTGO dans son article 68, alinéa 3, dans la rubrique intitulée « De la volonté en elle-même et des vices de consentement » édicte que la volonté des parties « doit émaner d'une personne saine d'esprit. L'absence de vice du consentement est présumée ». Ce qui signifie que pour le droit interne malgache l'insanité d'esprit est un vice de consentement. Sur le plan international, aucune indication n'est donnée. Devrait-on suivre le droit français, qui signalons-le, est dotée d'une loi spécifique pour la protection des incapables, ou se contenter d'appliquer le droit interne sur le plan international ? Au lieu de chercher à appliquer le droit français qui peut ne

---

<sup>475</sup> À cette époque, les déments étaient protégés uniquement par les vices du consentement. Aujourd'hui, une personne qui souffre de ce type de problème est protégée via les incapacités (loi de 1968).

<sup>476</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1997, n° 95-16.879, *Rev. crit. DIP* 1998, 84, note P. Lagarde, à propos de la vente d'une œuvre d'art.

<sup>477</sup> Loi française n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

pas être forcément maîtrisé par les juges malgaches, il serait plus intéressant de recourir au droit interne, qui est quand même assez clair en édictant expressément que le contrat doit émaner d'une personne saine d'esprit et rattacher le problème d'insanité aux vices de consentement et corollairement appliquer la *lex contractus*.

**324.** Des conventions internationales sont dotées également de dispositions quant à cette question d'intégrité de consentement, à titre d'exemple le règlement Rome I aux termes de son article 10, édicte que « l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition était valable »<sup>478</sup>.

## **B- La capacité des parties**

**325.** Une personne capable est une personne titulaire du droit subjectif et qui peut exercer ce droit notamment en accomplissant des actes sur son patrimoine. En principe, « Toute personne peut valablement contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi »<sup>479</sup>. La capacité de la personne qui conclut le contrat conditionne la validité du contrat. Il est de ce fait important de connaître la loi qui régit la capacité en matière de contrat international. On va voir séparément la capacité de la personne physique (1) et la capacité de la personne morale (2) ainsi que le cas de la représentation (3).

### **1- La capacité de la personne physique**

Il y a deux formes de capacité : la capacité de jouissance (a) et la capacité d'exercice (b).

#### **a- La loi applicable à la capacité de jouissance**

**326.** La capacité de jouissance est d'une manière générale, l'aptitude d'une personne à être titulaire de droit<sup>480</sup>. Toute personne physique étant sujet de droit est automatiquement titulaire de droit et une loi étrangère qui disposerait le contraire contreviendrait à l'ordre public international<sup>481</sup>. L'incapacité de jouissance signifie que l'individu est radicalement privé d'un droit, et personne ne peut l'exercer à sa place ou le faire en son nom<sup>482</sup>. Ce type d'incapacité

---

<sup>478</sup> V. aussi l'article 2, alinéa 3 de la Convention de La Haye, 15 juin 1955.

<sup>479</sup> Article 65 de la LTGO.

<sup>480</sup> V. RAMAROLANTO-RATIARAY et J.-B. SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache*, t. 1 : l'acte juridique, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013.

<sup>481</sup> P. GLEEN, « La capacité de la personne en droit international privé français et anglais », *Bibliothèque de droit international privé*, vol. XIX, Dalloz 1975, p.198.

<sup>482</sup> V. RAMAROLANTO-RATIARAY et J.-B. SEUBE, *op.cit.*

équivalait à une mesure de sanction ou de protection de l'individu lui-même<sup>483</sup>. Ici, un sujet de droit se voit interdire d'accomplir certains types d'actes juridiques. Cette incapacité trouve son fondement dans la nature de la relation que l'incapable entretient avec son cocontractant. Par exemple, le médecin ne peut recevoir de donation du patient dont il a soigné la dernière maladie ; le mandataire qui ne peut pas se porter contrepartie à l'acte que son mandant lui a demandé de conclure ; l'interdiction des époux de conclure des contrats entre eux.

**327.** Par conséquent, il ne peut y avoir une solution uniforme pour les différents types d'incapacité de jouissance. C'est le contexte dans lequel l'acte s'inscrit qui va gouverner la recherche de la loi applicable à ce type d'incapacité. Sans être exhaustif, on va reprendre les trois principales illustrations des cas de l'incapacité de jouissance qu'on a cités. L'incapacité du médecin de recevoir du patient qu'il a soigné de sa dernière maladie, relève non pas de la *lex contractus* mais plutôt de la loi successorale puisque l'acte concerne plus la question de succession que de contrat ou de l'aptitude d'une personne à passer l'acte. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance n°60-171 du 3 octobre 1960 relative au partage des compétences entre les juridictions de droit moderne et les juridictions de droit traditionnel qui complète l'ordonnance n°62-041 : « les successions sont régies par la loi du statut du défunt ». Concernant l'interdiction de contrepartie dans le contrat de mandat, la loi applicable est la loi régissant le contrat de mandat. Sur la question de savoir par exemple si les époux ont la capacité de conclure ou non des contrats entre eux, il faut se référer à la loi applicable aux effets de leur mariage. Et pour le droit malgache, deux articles régissent la matière. Lorsque les époux ont conclu un contrat de mariage, on fait référence à l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 qui fait entrer la question dans le domaine de la *lex contractus*. Lorsque les époux n'ont pas conclu un contrat de mariage, l'article 6 de l'ordonnance n°60-171 édicte que « dans les affaires relatives à la validité du mariage, au régime matrimonial en l'absence de contrat de mariage, aux droits et obligations des époux [...], il est statué conformément à la loi qui régit le statut du mari »<sup>484</sup>.

**328.** Bref, il n'y a pas une solution générale quant à la loi applicable à l'incapacité de jouissance.

---

<sup>483</sup> Exemple : interdiction faite au mandataire, au tuteur, aux administrateurs, aux officiers publics d'utiliser à des fins personnelles les biens qui leur sont confiés; interdiction faite au membre du personnel d'établissement accueillant des personnes âgées ou d'établissement psychiatrique qui ne peut acheter ou se rendre acquérir les biens des personnes admises dans ces établissements.

<sup>484</sup> À comparer avec l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 2016 précité qui décide : « qu'il est sans conteste que le divorce est une question d'état de personne, et le mariage constitue un contrat liant les époux ».

## **b- La loi applicable à la capacité d'exercice**

**329.** La capacité d'exercice est l'aptitude pour une personne titulaire d'un droit d'exercer elle-même ce droit<sup>485</sup>. Dans l'incapacité d'exercice, la personne a les mêmes droits que tout le monde, mais elle ne peut l'exercer elle-même. Pour conclure un contrat, cette personne doit être soit représentée soit assistée : ce sont les mineurs et les majeurs protégés. C'est de ce type d'incapacité qui présente des intérêts dans les relations contractuelles internationales.

### **- Le principe**

**330.** Pour connaître si les parties ont ou non la capacité d'exercice, la loi malgache exclut la *lex contractus*. Aux termes de l'article 28 de l'ordonnance n° 62-041 « l'état et la capacité des personnes demeurent soumis à leur loi nationale »<sup>486</sup>. Pour déterminer si une des parties est mineure ou majeure incapable, il ne faut pas se référer à la loi du contrat qu'elle a conclu. Même quand il s'agit d'un contrat immobilier, la capacité des contractants ne relève pas de *la lex rei sitae*<sup>487</sup>. L'incapacité touchant trop près la personne des contractants, il est logique que la loi qui la régit soit rattachée non au contrat, mais à la personne des contractants. Ce, afin d'éviter qu'elle ne change en fonction des actes juridiques qu'elle réalise.

**331.** On l'a vu précédemment qu'en droit français, le même raisonnement a été étendu à l'insanité d'esprit. Ainsi même pour une personne dont la déficience mentale ou psychologique n'a pas été détectée et judiciairement traitée, à la différence des incapables majeurs<sup>488</sup>, la Cour de cassation française étend le domaine de la loi nationale à cette hypothèse, jugeant, rappelons-le que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle, et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés »<sup>489</sup>.

### **- Les difficultés**

---

<sup>485</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et J.-B. SEUBE, *op.cit.*

<sup>486</sup> Cour suprême, 23 avril 1968. À comparer avec l'article 3 du Code civil français ; v. H. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Sirey, 1929. Le même rattachement prévaut dans les pays de tradition civiliste ; les pays nordiques et de *Common Law* préfèrent recourir à une certaine acception du domicile.

<sup>487</sup> Civ. 13 avr. 1932, *Château de Chambord*, GADIP, n° 14.

<sup>488</sup> Pour les incapables majeurs, leur déficience mentale est traitée judiciairement puisqu'ils sont mis soit sous tutelle, soit sous curatelle soit sous sauvegarde de la justice.

<sup>489</sup> Civ. 25 juin 1957, *op.cit.*

**332. Les difficultés relatives à la minorité.** Rattacher la question de la capacité à la loi nationale de chaque contractant peut poser problème. C'est le cas lorsque l'un cocontractant pouvait légitimement ignorer que selon la loi nationale étrangère de l'autre partie, celle-ci est incapable. Comme illustration, on peut prendre l'exemple d'un contrat conclu en France entre un Français de 20 ans résidant en France et un Malgache de 20 ans résidant à Madagascar choisissant la loi française comme applicable. Si on applique la *lex contractus*, il n'y aura pas de problème, le contrat sera valable. Par contre, lorsqu'on applique la loi personnelle de chaque contractant, le contrat est valable selon le droit français, mais ne l'est pas selon le droit malgache. Si la majorité civile est de 18 ans en France<sup>490</sup>, elle est de 21 ans à Madagascar<sup>491</sup>. Selon la loi malgache, loi nationale d'une des parties, le malgache de 20 ans est encore un mineur, donc incapable de contracter seul. Si l'affaire est portée devant le juge français, celui-ci pourrait ignorer cette incapacité, ce qui présente quand même un risque vis-à-vis de la sécurité des affaires. Le rattachement à une loi étrangère ainsi que l'âge de la majorité peuvent surprendre le cocontractant de l'incapable.

**333.** Le droit français apporte une solution à ce problème en ajoutant un correctif à ce principe. Un arrêt de 1861 appelé « Lizardi » a posé ce tempérament et décide que même si l'autre partie est incapable selon sa loi nationale, le contrat demeure valable lorsque le cocontractant français pouvait, « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi », ignorer cette incapacité<sup>492</sup>. Dans cet arrêt, il s'agit d'un contrat conclu en France entre un Français et un Mexicain de 22 ans, majeur selon la loi française, mais mineur selon sa loi nationale qui fixait la majorité à 25 ans. Le contrat échappe ainsi à l'annulation découlant de l'incapacité d'une partie en vertu de la loi étrangère applicable, lorsque le cocontractant français pouvait ignorer légitimement cette incapacité. C'est en quelque sorte l'application de la théorie de l'apparence. C'est l'apparence de la majorité qui l'emporte face à l'incapacité prévue par la loi. Cet arrêt conditionne l'exception à l'application de la loi nationale à la bonne foi du cocontractant<sup>493</sup>. En cas de mauvaise foi, la protection tombe et la loi nationale reste applicable.

Bien évidemment comme le principe étant que la bonne foi se présume, il appartient à celui qui se prévaut de son incapacité de prouver que son cocontractant connaissait cette incapacité ou aurait dû la connaître<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> Article 414 du Code civil français.

<sup>491</sup> Article 15 de l'ordonnance n° 62-041 « La majorité civile est fixée à vingt et un ans ».

<sup>492</sup> Req. 16 janv. 1861, *Lizardi*, GADIP, n° 5.

<sup>493</sup> *Ibid.*

<sup>494</sup> G. LARDEUX, *op.cit.*, p.199, n° 230.

**334.** Le règlement Rome I a repris la solution, mais limite son application aux contrats conclus entre personnes se trouvant dans un même pays lorsque la loi de ce pays considère la personne physique comme capable<sup>495</sup>. C'est ainsi l'application de la loi du lieu de la conclusion du contrat qui peut parfaitement coïncider avec la *lex contractus*. L'exception de la mauvaise foi du cocontractant subsiste parce que l'article 13 du règlement continue avec un sauf si : « le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part ».

**335. Les difficultés liées au statut de majeur protégé.** L'excuse de l'ignorance légitime trouve peu à s'appliquer lorsqu'il s'agit de l'incapacité fondée sur la minorité de l'une des parties, parce que, la prudence dans les affaires implique que le cocontractant s'informe normalement sur la loi personnelle de son partenaire étranger notamment, lorsque le contrat en question revêt une certaine importance.

Elle trouve application surtout concernant les majeurs protégés. En pratique, les difficultés ne viendront sans doute pas du contractant dont on ignorait la minorité ou qui était victime d'une incapacité naturelle ; elles se présenteront plutôt dans le cas où un contractant se trouverait placer sous un régime de protection particulier de tutelle<sup>496</sup>, de curatelle<sup>497</sup> ou de sauvegarde de justice<sup>498</sup>. Quand est-ce qu'il peut contracter seul ? Quand doit-il être représenté ou assisté ? Et qui doit le représenter ou l'assister<sup>499</sup> ?

La logique veut que ce soit la loi applicable pour déterminer la capacité des parties qui est applicable pour régir son régime juridique. Il s'agit de prolonger la compétence de la loi

---

<sup>495</sup> Article 13 du règlement Rome I.

<sup>496</sup> La tutelle est un régime de protection qui frappe les majeurs atteints d'une incapacité grave, continue et générale. Le majeur sous tutelle est placé dans la même situation que le mineur non émancipé, pour passer des actes juridiques, il doit être représenté.

<sup>497</sup> La curatelle est un régime de protection qui frappe les majeurs sans être hors d'état d'agir lui-même ont besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile. Il s'agit d'un régime de protection sans représentation, mais il a besoin de l'assistance de son curateur pour l'accomplissement de la plupart des actes de la vie civile.

<sup>498</sup> Le majeur est placé sous sauvegarde de justice lorsqu'en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles, le majeur a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile. Il a la possibilité de faire des actes juridiques sans être assisté ou représenté, mais ses actes peuvent être annulés s'il est prouvé qu'ils ont été passés sous l'emprise d'un trouble mental.

<sup>499</sup> V. par exemple, S. GLOVER- BONDEAU, « Acquisition ou cession d'un immeuble en France par un mineur de nationalité étrangère ou résidant à l'étranger », *JCP N* 2013, n° 1173.

nationale du contractant, partant de la caractérisation de son incapacité pour aller jusqu'à la détermination des organes qui vont l'accompagner dans sa vie juridique<sup>500</sup>.

**336.** Pourtant, les conventions internationales les plus récentes<sup>501</sup> ne vont pas dans ce sens. Elles vont plutôt dans le sens de la loi du pays de la résidence habituelle de l'incapable. Ce, sur la base du fait que le juge du pays de résidence habituelle de l'incapable étant en général compétent<sup>502</sup>, il est plus judicieux que ce soit la loi de ce même pays qui soit retenue pour déterminer les mesures de protection à prendre<sup>503</sup>. Ces textes prévoient en plus des dispositions protégeant ceux qui contractent avec une personne qui croient faussement contracter avec représentant de l'incapable alors qu'il ne l'est pas. Et ce, sur la base de la loi du lieu de conclusion du contrat. Lorsqu'une partie croit conclure avec un représentant de l'incapable, que celui-ci soit investi du plein pouvoir pour cette représentation alors que selon la loi nationale ce n'est pas le cas, le contrat reste valable si selon la loi du lieu de la conclusion du contrat, ce pouvoir est suffisant pour lier l'incapable<sup>504</sup>.

**337. Les difficultés liées au statut de personnes mariées.** Le cas des personnes mariées mérite des explications particulières à côté des mineurs et des majeurs protégés. Il ne s'agit pas, à proprement parler d'une incapacité, mais d'une limite à la faculté de l'un des époux de contracter seul dans certains cas. En effet, la situation conjugale et le régime matrimonial du contractant<sup>505</sup> peuvent avoir de l'incidence sur la validité ou l'efficacité d'un contrat conclu entre un des conjoints et un tiers.

---

<sup>500</sup> Lorsqu'il s'agit d'un mineur doté d'une filiation légitime, il est parfois fait application de la loi applicable aux effets du mariage de ses parents.

<sup>501</sup> Convention de La Haye, 19 octobre 1996, sur la responsabilité parentale et la protection des enfants, en vigueur en France depuis le 1<sup>er</sup> février 2011 ; Convention de La Haye, 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, en vigueur en France depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Ces conventions n'ont pas été ratifiées par Madagascar.

<sup>502</sup> Cette compétence provient parfois, s'agissant des mineurs, du règlement CE n ° 2201/ 2003, du 27 nov. 2003, dit « Bruxelles II bis »

<sup>503</sup> Dans le cas des majeurs vulnérables, la Convention de La Haye de 2000 traite du « mandat d'incapacité », qui relève lui aussi, en principe, de la loi du pays de résidence habituelle de la personne qui, encore capable, organise la prise en charge de ses intérêts lorsqu'elle ne sera plus apte à le faire elle-même ; le mandant peut toutefois choisir sa loi nationale, la loi du pays où il avait eu antérieurement sa résidence habituelle ou la loi des pays où sont situés ses biens.

<sup>504</sup> V. Article 19 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, *op.cit.*; article 17 de la Convention de La Haye du 13 janv. 2000, *op.cit.*

<sup>505</sup> M. DEVISME, « L'analyse de la situation matrimoniale de l'acquéreur ou du vendeur dans un contexte international, une démarche essentielle », *JCP N* 2013, n ° 1171.

**338.** Déjà, il n'est pas rare de se retrouver face à une loi qui prévoit l'incapacité de la femme mariée même si celle-ci se heurterait à l'exception de l'ordre public international. Mais aussi et surtout, en fonction du régime matrimonial choisi par les époux, un certain nombre d'actes ne peuvent se faire qu'avec l'accord des deux époux. C'est notamment le cas lorsque les époux se trouvent sous le régime de la communauté des biens. Et à Madagascar, c'est souvent le cas puisque la communauté des biens est le régime légal<sup>506</sup>. Ainsi, en vertu de l'article 118 de la loi n° 2007-022 sur le mariage et les régimes matrimoniaux : « chacun des époux ne peut sans le consentement de l'autre : (...) 2° aliéner ou grever de droits réels un immeuble ou un fonds de commerce ou une exploitation appartenant à la communauté ; 3° aliéner les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité, lorsque ces biens dépendent de la communauté »<sup>507</sup>. Cette question peut relever aussi bien de la loi régissant le régime matrimonial des époux<sup>508</sup> que celle régissant les effets du mariage. L'article 30 de l'ordonnance n°62-041 prévoit qu'en matière « de régimes matrimoniaux contractuels », il sera fait application de la *lex contractus*. A contrario, le régime légal de communauté des biens est exclu du domaine de la *lex contractus*. L'article 6 de l'ordonnance 60-171 prévoit que « dans les affaires relatives [...] au régime matrimonial en l'absence de contrat de mariage, il est statué conformément à la loi qui régit le statut du mari ». Ce texte a été rédigé en 1960, à l'époque où on donnait plus de privilèges au mari en tant que chef de famille<sup>509</sup>. Les textes sur le mariage et les régimes matrimoniaux ont désormais changé<sup>510</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation malgache<sup>511</sup> fait entrer dans l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 le mariage comme étant un contrat entre les époux<sup>512</sup>, la validité du

---

<sup>506</sup> Article 97 de la loi n°2007-022 du 20 août 2007 sur le mariage et les régimes matrimoniaux.

<sup>507</sup> À comparer avec le régime de droit commun français de la communauté de biens réduite aux acquêts de l'article 215 du Code civil français.

<sup>508</sup> Pour une occasion manquée, au sujet de la cession de droits sociaux, Com. 10 sept. 2013, n° 12-15.930, *Rev. sociétés* 2014. 193, note M. Menjuq.

<sup>509</sup> C'était le mari qui fixait le foyer conjugal, c'était le mari qui avait le monopole de la direction de la famille, c'était le tribunal du mari qui était compétent pour la demande en divorce...

<sup>510</sup> Aujourd'hui, le mari est toujours le chef de famille selon l'article 54 de la loi n° 2007-022 sur le mariage et les régimes matrimoniaux, mais les textes ont changé, désormais l'article 50 de cette loi prévoit que « les époux fixent d'un accord cette résidence commune » ; l'alinéa 2 de l'article 54 dispose que : « toutefois, les époux concourent ensemble à l'administration matérielle et morale de la famille et à élever les enfants. ; l'article 80 édicte que « toute demande en divorce est portée devant le Tribunal du lieu de résidence de l'un ou de l'autre des époux ou du lieu de leur dernier domicile ».

<sup>511</sup> Cour de cassation, 26 juillet 2016, *op.cit.*

<sup>512</sup> Ce qui est d'ailleurs étonnant puisque le mariage devrait faire partie de l'état des personnes et relève de l'article 28 au lieu de l'article de l'ordonnance n°62-041. Il doit demeurer soumis à la loi nationale. Admettre que la validité du mariage relève de l'article revient à dire que les parties ont le choix de la loi applicable au mariage, ce qui est contraire à l'esprit même des conditions de formation du mariage. L'exemple le plus flagrant est par rapport à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°2007-022 qui prévoit comme condition de validité du mariage la différence

mariage étant prévu par cet article 6 de l'ordonnance n°6°-171 au même titre que les régimes matrimoniaux à défaut de contrat, la question peut alors légitimement se poser si ces derniers ne devaient pas suivre l'évolution du droit de la famille malgache et la jurisprudence malgache pour ainsi enlever ce privilège donné à la loi du mari ? Le plus logique aurait été de rattacher cette question à la loi nationale des époux. L'administration des biens communs étant un des effets pécuniaires du mariage, on peut très bien rattacher la question de capacité de l'un des époux à conclure un contrat se trouvant dans la communauté avec un tiers à la loi régissant les effets du mariage, en l'occurrence, la loi nationale, étant donné que « l'état et la capacité des personnes demeurent soumis à leur loi nationale »<sup>513</sup>, parce que, quoiqu'un arrêt isolé de la Cour de cassation malgache de 2016<sup>514</sup> voie dans le mariage un contrat relevant de la *lex contractus*, le mariage est bel et bien une question de l'état des personnes.

## 2- La capacité de la personne morale

**339.** Dès qu'une entité acquiert une personnalité morale, elle acquiert automatiquement la capacité de jouissance<sup>515</sup>, c'est-à-dire qu'elle est titulaire de toutes sortes de droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, distincts de ceux des associés.

**340.** Quant à la capacité d'exercice qui s'entend de la faculté d'exercer personnellement les droits reconnus à une personne, au niveau des personnes morales, la société ne peut exercer aucun droit de la vie juridique dans la mesure où elle est une personne morale, elle ne peut donc agir qu'au moyen de ses représentants. La représentation d'une société suppose la représentation par une personne physique. Une personne morale ne peut agir que par le biais d'une personne physique. Mais, ce n'est pas tous les associés, personnes physiques, qui sont dotés du pouvoir de représenter la société. Seuls certains organes déterminés par la loi ont qualité pour représenter la société, c'est-à-dire pour agir en son nom et pour son compte. La capacité d'une personne morale concerne ainsi notamment les pouvoirs de ses dirigeants<sup>516</sup>. Et

---

de sexes des époux. Un Malgache se mariant avec un Saoudien où le mariage homosexuel est passible de peine de mort peuvent-ils ainsi choisir la loi française et rendre valable le mariage qui ne peut être valide selon aucune des lois nationales des époux ?

<sup>513</sup> Article 28 de l'ordonnance n°62-041, *op.cit.*

<sup>514</sup> Cour de cassation, 26 juillet 2016, *op.cit.*

<sup>515</sup> Sous réserve de la règle de spécialité légale et spécialité statutaire bien évidemment.

<sup>516</sup> R. CRONE, « La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères – De la théorie... à la pratique », *Trav. Com. fr. DIP 1999- 2000*, Pedone, 2002, p. 243. Il est à noter que certains groupements, bien que dépourvus de personnalité morale, peuvent être dotés de la capacité d'être titulaires de droits et obligations.

cette question ne relève pas du domaine de la *lex contractus* même si à la base de toute société se trouve le contrat de société. Elle appartient au domaine de la *lex societatis*<sup>517</sup>.

**341.** La détermination de la *lex societatis* reste problématique concernant d'une part l'identification d'un mode adéquat de rattachement des sociétés transfrontalières à un territoire national, d'autre part la position divisée de la doctrine quant à la notion de la nationalité des sociétés. Le caractère transfrontalier des sociétés actuelles accentue le conflit en raison de pluralité des systèmes de rattachement des sociétés retenus par les législations. La majorité des législations des États malgré les controverses doctrinales sur le concept même de nationalité de personne morale s'accordent à dire que la *lex societatis* est conditionnée par la nationalité de la société. Sans entrer dans le débat de l'existence ou non de la nationalité des personnes morales puisque telle n'est pas l'objet de cette étude, divers critères sont possibles pour déterminer la nationalité d'une personne morale : le principal établissement, le siège social, le contrôle...L'article 22 de l'ordonnance n°62-041 dispose que : « les personnes morales, dont le siège social est à Madagascar, jouissent de tous les droits reconnus aux Malgaches ». Ce texte signifie-t-il que le critère retenu par la loi malgache est le siège social ? Généralement, la société a la nationalité du pays dans lequel elle a établi son siège social<sup>518</sup>. C'est le critère le plus précis.

**342.** Mais il peut y avoir dissociation entre le siège réel et le siège statutaire. S'il existe une distorsion entre le siège social statutaire et le siège social réel, il revient au juge d'écarter le critère du siège statutaire pour retenir celui du siège social réel. En effet, selon l'article 21 de la loi n° 2003-036 sur les sociétés commerciales : « Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ». On peut changer la nationalité d'une société en cours de vie sociale par le transfert de son siège social dans un autre pays dans les conditions prévues pour la modification des statuts pour chaque forme de société<sup>519</sup>. La *lex societatis* suit ce transfert.

**343.** C'est la loi du pays où la société a son siège social qu'il faut consulter pour déterminer si une société a la capacité de se porter caution des dettes personnelles de son dirigeant, ou pour savoir si la personne qui signe un contrat au nom de la société par exemple,

---

<sup>517</sup> Sur la *lex societatis* v. L.B.S. YOUBO, *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse, université de Bordeaux, 2015 ; CJUE, 10 mars 2022, n° C-498/20 ; F.MELIN, « Responsabilité de la société grand-mère : juge compétent et loi applicable », *Dalloz actualité*, 2022 ; R.LIBCHABER, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux », *Revue Des Sociétés*, 1991, p.746 ; M.MENJUCQ, « L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi dont dépend la société », *Rev.crit.DIP*, 1999, p.284.

<sup>518</sup> Article 22 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>519</sup> Article 22 de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales.

un cautionnement ou une lettre de confort<sup>520</sup> est dûment investie d'un pouvoir à cette fin<sup>521</sup>. La jurisprudence française ne semble guère disposée à étendre l'excuse de l'ignorance de la *lex societatis* étrangère quand, en application de cette loi, une société est incapable de conclure le contrat litigieux ou que le signataire n'était pas investi des pouvoirs nécessaires<sup>522</sup>.

### 3- La question de la représentation

**344.** Dans les rapports internationaux, il est fréquent que les contractants se fassent représenter par un tiers c'est-à-dire pour conclure un contrat, l'une des parties peut avoir recours à un intermédiaire. Pour ce faire, cette partie conclut un contrat de représentation avec l'intermédiaire. La représentation est le fait, par une personne, le représentant dans la passation d'un acte juridique, au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté, dans des conditions telles que les effets de l'acte se réalisent directement dans la personne du représenté<sup>523</sup>. C'est dans ce contrat que le contractant fixe l'étendue de la mission du représentant. D'où la question de savoir si l'intermédiaire a bien le pouvoir d'engager celui pour le compte duquel il conclut ce contrat. Il s'agit de se demander si la partie représentée au contrat avait effectivement donné à l'intermédiaire le pouvoir de l'engager et quelle en est l'étendue. Pour résoudre ce problème de l'existence du pouvoir de représentation ainsi que celui du dépassement du pouvoir par le représentant, il faut se référer à une loi. Pour ce faire, il est utile de se placer sous deux rapports.

**345.** Dans le rapport entre le représentant et le représenté s'agissant d'un contrat, l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 est applicable : la *lex contractus*. C'est d'ailleurs à titre comparatif ce qui est prévu par l'article 5 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la

---

<sup>520</sup> Com. 21 déc. 1987, n° 85- 13.173, *Rev. crit. DIP* 1989. 344, note M.- N. Jobard- Bachellier ; *Rev. sociétés* 1988. 398, note H. Synvet ; 8 nov. 1988, n° 87- 11.234, *Rev. crit. DIP* 1989. 371, note M.- N. Jobard- Bachellier ; 9 avr. 1991, n° 89- 15.368, *Rev. sociétés* 1991. 746, note R. Libchaber ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1998, n° 96- 19.514, *Rev. crit. DIP* 1999. 284, note M. Menjucq.

<sup>521</sup> O. BOSKOVIC et G. PILLET signalent aussi le cas d'une société de droit koweïtien dont les statuts lui interdisent de conclure des contrats qui ne seraient pas compatibles avec la *Chari'a* : « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a », in S. Corneloup et N. Joubert ( dir.), *op. cit.*, p. 173 et s. ; v. aussi pour une affaire mettant en cause le droit russe des sociétés : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2000, n° 97- 22.465, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 491, note P. Lagarde. Souvent requis en matière bancaire et financière, les avis juridiques (*legal opinions*) porteront sur la vérification de la capacité d'une personne morale étrangère.

<sup>522</sup> V. notamment Com. 8 nov. 1988. Au contraire, en ce domaine, les droits belge ( article 111, § 2 du CODIP) et suisse ( article 158 de la LDIP), pour leur part, font une place à l'excuse d'ignorance de la loi étrangère. Dans le même sens, v. H. GAUDEMET- TALLON, « Autorisation de cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la *lex societatis* », *Le Code de commerce 1807- 2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 751.

<sup>523</sup> Article 132 de la LTGO.

loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. En ses termes : « la loi interne choisie par les parties régit le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire. Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ».

**346.** Dans le rapport avec les tiers, le droit malgache ne prévoit rien. La Convention susmentionnée prévoit que c'est en principe la loi du représentant a son établissement qui est applicable<sup>524</sup> sous réserve de quelques nuances<sup>525</sup>.

### **C- L'objet du contrat**

L'application de la *lex contractus* (1) n'empêche pas la concurrence des autres lois pouvant être appliquées à l'objet du contrat (2).

#### **1- L'application de principe de la *lex contractus***

**347.** L'objet faisant partie des conditions de validité du contrat, en vertu de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041, ceci relève aussi par principe de la *lex contractus*<sup>526</sup>. C'est à la loi du contrat de délimiter la liberté dont jouissent les parties dans la détermination de l'objet des prestations contractuelles ainsi que les caractères que l'objet doit remplir pour la validité du contrat. La *lex contractus* définit l'existence de l'objet : si l'objet doit exister au jour de la conclusion du contrat ou est-il possible de contracter sur une chose future ou sur une chose appartenant à autrui. La *lex contractus* peut imposer que l'objet de l'engagement soit déterminé ou déterminable, que l'objet soit possible à exécuter et qu'il soit licite et moral.

**348.** La loi malgache aux termes de l'article 88 de la LTGO pose trois conditions que doit remplir l'objet « les obligations résultant d'un contrat ont pour objet soit de fournir une prestation soit de s'abstenir d'une faculté. La prestation ou l'abstention doit être déterminée ou

---

<sup>524</sup> Article 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation: « Dans les rapports entre le représenté et le tiers, l'existence et l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire, ainsi que les effets des actes de l'intermédiaire dans l'exercice réel ou prétendu de ses pouvoirs, sont régis par la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi ».

<sup>525</sup> Article 11, §2 de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation: « Toutefois, la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire a agi est applicable si: a) le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État et que l'intermédiaire ait agi au nom du représenté; ou b) le tiers a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État; ou c) l'intermédiaire a agi en bourse ou pris part à une vente aux enchères; ou d) l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel. Lorsque l'une des parties a plusieurs établissements professionnels, le présent article se réfère à l'établissement auquel l'acte de l'intermédiaire se rattache le plus étroitement ».

<sup>526</sup> Telle est également la solution du règlement Rome I dans son article 10, § 1.

déterminable. Elle doit être possible. Elle peut être future aussi bien que présente ». Et l'article 90 ajoute deux autres conditions, il «ne doit en rien être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ». La plupart de ces conditions existent dans de nombreux ordres juridiques, seules les notions de possibilité et de licéité peuvent varier sensiblement d'un système juridique à un autre<sup>527</sup>. À titre d'illustration, la question de l'illicéité de l'objet a été soulevée à propos des clauses monétaires en droit français, la *lex contractus* a été écartée au profit de la liberté du choix de la monnaie de compte<sup>528</sup>, la Cour de cassation française a décidé qu'« il appartient aux parties (...) de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leur contrat, une clause valeur or (...) ». Cette règle a ensuite été remise en cause par la Convention de Rome qui a réintégré la question de l'illicéité dans le domaine de la *lex contractus*<sup>529</sup> de sorte que la règle matérielle française<sup>530</sup> ne s'applique plus que dans deux hypothèses : lorsque la *lex contractus* est la loi française ou lorsque celle-ci est trop restrictive et est écartée au nom de l'ordre public international<sup>531</sup>.

**349.** En effet, la monnaie de compte, dans laquelle est libellée une obligation monétaire contractuelle, relève en principe de la loi du contrat qui fixe le régime c'est-à-dire s'il y a une interdiction absolue de se référer à une devise étrangère, ou bien une tolérance plus ou moins grande. La monnaie de compte permettant de donner la mesure de l'obligation de somme d'argent, il est naturel que ce soit la loi régissant la substance du contrat qui lui est applicable<sup>532</sup>.

**350.** Le moment et le lieu d'exécution des obligations contractuelles sont également placés sous l'empire de la *lex contractus*. La plupart du temps, la *lex contractus* laisse les

---

<sup>527</sup> La loi du contrat est applicable pour décider si le paiement d'un pari est privé d'efficacité ( article 1965 du Code civil français) et la validité du contrat en vertu d'une loi étrangère, en l'espèce anglaise, qui ne connaît pas cette interdiction, ne porte pas atteinte à l'ordre public international français dans la mesure où le « mécanisme contractuel était destiné à garantir (...) la stabilité des cours » ( Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1999, n° 96- 21.794, *Bull. civ.* I, n° 94).

<sup>528</sup> Civ., 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP*, 1950, p.609, H. BATTIFOL ; *JCP*, 1950, II, 5812, J.-Ph. LEVY ; S., 1952.1.1, NIBOYET ; *D.*, 1951, p.749, HAMEL : « il appartient aux parties (...) de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelé à régir leur contrat, une clause valeur or (...) ».

<sup>529</sup> C'est en revanche la loi de la monnaie, *lex pecuniae*, qui détermine le contenu de celle-ci, P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé, op.cit.* n° 782.

<sup>530</sup> En droit français, la jurisprudence a posé une règle matérielle spécifique aux « règlements internationaux » depuis l'arrêt Messageries maritimes, imposant une licéité totale des clauses valeur- devises, y compris au détriment d'une *lex contractus* étrangère plus stricte.

<sup>531</sup> « Instrument d'évaluation destiné à établir le montant de l'obligation contractuelle, la monnaie de compte concerne la substance même du contrat » : Civ., 21 juin 1950, *op.cit.*

<sup>532</sup> C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010, n° 283 et s., pour une présentation plus nuancée.

contractants fixer le lieu et le moment où leurs obligations sont exigibles. Lorsque les parties n'ont pas fixé à l'avance le moment et le lieu d'exécution du contrat, la *lex contractus*, à travers ses dispositions supplétives, vient combler les lacunes du contrat. La loi du contrat doit être consultée afin de déterminer si les parties pouvaient s'entendre sur le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande et, le cas échéant, quel serait ce lieu à défaut de volonté contractuelle.

## 2- La concurrence d'autres lois

**351.** La question de la licéité de l'objet peut faire entrer en jeu d'autres lois à l'instar de la *lex societatis* ou de la *lex rei sitae* à côté de la *lex contractus*.

**352.** **La *lex rei sitae*.** Pour connaître si un bien est dans le commerce ou pas et identifier les prérogatives sur lesquelles portent certains contrats, il faut se référer non à la *lex contractus* mais à la *lex rei sitae*<sup>533</sup>.

**353.** **La *lex societatis*.** Tel est également le cas lorsque le contrat a pour objet les droits sociaux. Le contrat de cession ou de nantissement des droits sociaux et les conventions de vote ne sont pas régis par la *lex contractus*<sup>534</sup>. La licéité de ces contrats relève plus de la loi applicable à la société en cause qu'à la *lex contractus*. C'est ainsi la *lex societatis* qui va régir la validité de ces contrats. La *lex societatis* régit en général toutes les questions portant sur les droits sociaux tels que l'opposabilité de la cession ou les modalités d'évaluation des droits sociaux concernés<sup>535</sup>.

**354.** **La *lex loci protectionis*.** D'autres lois entrent en concurrence avec la *lex contractus* lorsque le contrat porte sur les droits de propriété intellectuelle<sup>536</sup>. Les contrats ayant pour objet la cessibilité, les conditions et la durée d'existence du droit, la détermination de son titulaire ainsi que l'opposabilité du contrat aux tiers ne peuvent pas relever entièrement de la

---

<sup>533</sup> Article 29 de l'ordonnance 62-041.

<sup>534</sup> L'exclusion prévue par l'article 1<sup>er</sup>, § 2, f) du règlement Rome I n'est pas absolue et les aspects contractuels des opérations sur les droits sociaux restent sous l'empire de la *lex contractus*; V. aussi X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998, n° 426.

<sup>535</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1972, *Sté Royal Dutch*, n° 70- 13.817, *Rev. sociétés* 1974. 127 note J.- L. Bismuth; *Rev. crit. DIP* 1973. 520, note H. Batiffol.

<sup>536</sup> V. notamment T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* oct. 2007, p. 1 et s.

*lex contractus*<sup>537</sup>. C'est la loi du pays pour lequel la protection du droit est invoquée qui régit ces questions<sup>538</sup>.

**355. La loi personnelle.** C'est par un même raisonnement que l'on peut préconiser le recours à la loi personnelle de l'individu afin de déterminer la licéité d'opérations portant sur le corps humain<sup>539</sup> étant donné que celle-ci est rattachée à la personne du contractant plus qu'au contrat.

**356. Les lois de police.** Certains contrats portent sur des intérêts dignes de protection. Des réglementations impératives peuvent dès lors faire son apparition dans ces contrats portant sur un objet faisant l'objet d'une certaine protection en raison des intérêts supérieurs qu'il peut susciter de multiples manières. Ces intérêts peuvent être moraux, économiques, politiques, culturels ou sanitaires<sup>540</sup>. Un statut particulier est par conséquent attaché à la chose objet du contrat. Ce statut a comme conséquence que des dispositions législatives empêchent ou restreignent sa mise dans le commerce. Cela peut concerner par exemple les biens culturels, les données à caractère personnel ou les animaux en voie de disparition en raison de la protection dont ils font l'objet<sup>541</sup>. Ces biens peuvent également être des objets dont la commercialisation est interdite en raison du risque que le contrat ou certaines de ses stipulations puissent être de nature à perturber le fonctionnement d'un marché tels que les stupéfiants, armes<sup>542</sup>, produits chimiques, produits de contrebande ou de contrefaçon<sup>543</sup>. Ces prohibitions qui rendent

---

<sup>537</sup>Civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, n° 11- 12.508, 11- 12.509 et 11- 12.510, encore que la titularité initiale se trouverait sans doute mieux régie par la *lex contractus* ( M. Vivant, « Droit d'auteur : déroutante territorialité », *D.* 2013. 1973 ; *D.* 2013. 2004, note T. Azzi ; M.- É. Ancel, « Reportages en quête d'auteur : de la loi applicable à la titularité initiale des droits sur une œuvre de l'esprit », *CCE* 2013, étude 11, p. 7).

<sup>538</sup> La Cour de cassation voit les dispositions françaises sur le droit moral comme des lois de police ( Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, n° 89- 19.522, 89- 19.725, *JCP E* 1991. II. 220, note J. Ginsburg et P. Sirinelli), mais le critère d'application dans l'espace de ces dispositions se distingue-t-il vraiment du facteur de rattachement de la *lex loci protectionis* ?

<sup>539</sup> A. MEZGHANI, *Méthodes de droit international privé et contrat illicite*, RCADI, vol. 303, 2003, p. 263, ce qui n'interdit pas de solliciter l'ordre public international à l'encontre de la loi personnelle dont l'application serait choquante.

<sup>540</sup> *Infra* n° 782.

<sup>541</sup> A. MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, Larcier, 2012 ; B. GRELON et C.- E. GUDIN, « Contrats et crise du Golfe », *JDI* 1991, p.633.

<sup>542</sup> G. BASTID- BURDEAU, « Le commerce international des armes : de la sécurité à la défense de l'éthique des droits de l'Homme », *JDI* 2007, p. 413.

<sup>543</sup> Pour une concentration d'entreprises de dimension communautaire qui serait considérée « incompatible avec le marché commun », règlement n° 139/ 2004, du 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 8, § 4 ; à l'inverse, absence de réaction à propos d'une corruption relative à des « représentants de la République populaire de Chine », Paris, 19 janv. 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 731, note V. Heuzé.

illicites<sup>544</sup> des opérations ou des clauses contractuelles s'expriment diversement sur le plan technique : ordre public international, lois de police ou dispositions s'imposant sous couvert d'une désignation objective de la *lex contractus*<sup>545</sup>, application directe de normes supranationales<sup>546</sup>, règles de conflit spéciales<sup>547</sup>, voire procédés méthodologiques inédits<sup>548</sup>. Les sources et les formes de l'illicéité sont donc très variées.

**357.** Les effets de l'illicéité sont également variables et dépendent de plusieurs paramètres. Il est d'abord important de préciser que pour les conditions de formation du contrat, ce sont les règles impératives existant au moment de la conclusion du contrat qui sont prises en considération. Ensuite, comme ces règles n'énoncent pas les sanctions encourues en cas de violation, il faut recourir à la *lex causae* pour régler toutes les suites civiles de l'illicéité retenue<sup>549</sup>. Puis, il faut distinguer selon l'ordre juridique auquel appartient la source de l'illicéité. Lorsque la source de l'illicéité se trouve dans l'ordre juridique du juge saisi soit sous forme d'une loi de police soit sous forme de l'exception d'ordre public international par exemple, l'illicéité sera sanctionnée dès lors que les valeurs du *for* sont atteintes<sup>550</sup>. Lorsque la source de l'illicéité se trouve dans un ordre juridique étranger, celle-ci peut être écartée dans l'ordre juridique du *for* d'atteinte à l'ordre public international<sup>551</sup>. Sinon, il faut déterminer s'il est légitime, du point de vue du *for*, de donner à la loi de police étrangère une efficacité<sup>552</sup>. Après, il faut s'assurer que le contrat en cause entre bien dans le champ d'application territorial de la

---

<sup>544</sup> Ph. KAHN, C. KESSEDJIAN ( dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996.

<sup>545</sup> V. pour les contrats d'intermédiaires, alors qu'une analyse en termes de loi de police serait plus convaincante : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1989, n° 87- 15.352, *JDI* 1992. 113, note C. Ferry ; *Rev. crit. DIP* 1990. 735, note P. Courbe ; 18 juill. 2000, n° 98- 19.602, *JDI* 2001. 97, note E. Loquin et G. Simon ; D. 2002. Somm. 1391, obs. B. Audit ; Aix- en- Provence 21 sept. 2006, *JCP* 2006. II. 10202, note F. Rizzo.

<sup>546</sup> Par exemple, application des articles 101 et 102 du TFUE.

<sup>547</sup> Par exemple, article 6 du règlement Rome II, si l'on retient que la loi qu'il désigne s'applique aussi à la caractérisation de la concurrence déloyale et des actes restreignant la libre concurrence. Selon la Cour de justice, la loi désignée par l'article 6, § 1, du règlement Rome II s'applique à l'action en cessation visée par la directive 2009/ 22/ CE et ouverte aux associations de consommateurs lorsqu'est alléguée une violation de la législation visant à protéger les intérêts de ceux- ci à l'égard de l'utilisation de clauses abusives dans des conditions générales de vente. En revanche, l'illicéité d'une clause prétendument abusive doit toujours être appréciée sur le fondement du règlement Rome I et, en particulier, au regard du régime propre aux contrats de consommation CJUE 28 juill. 2016, VKI c/ Amazon EU, aff. C- 191/ 15, pts 39- 60.

<sup>548</sup> Soc. 10 mai 2006, *Moukarim*, n° 03- 46.593, *Bull. civ. V*, n° 168 ; *JCP* 2006. II. 1405- 1408, note S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2006. 856, note E. Pataut et P. Hammje ; *JDI* 2007. 531, note J.- M. Jacquet ; *JCP S* 2006, n° 1522, note C. Willmann ; *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier.

<sup>549</sup> Comme la nullité ou la mise en œuvre de la responsabilité.

<sup>550</sup> - M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.248.

<sup>551</sup> P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994.

<sup>552</sup> T. arr. La Haye, 17 sept. 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 473 et chron. B. Audit, p. 401 ; article 9, §3 du règlement.

loi de police étrangère. Si elle constitue une règle étrangère « respectable », elle atteindra le contrat en étant « prise en considération », au titre des exigences de la loi du contrat relativement à l'objet ou à la cause<sup>553</sup>.

**358.** D'autres questions peuvent survenir lorsqu'on est en présence des législations qui subordonnent le droit d'exercer certaines activités ou la conclusion d'un certain type de contrat à l'obtention d'une autorisation judiciaire ou administrative, d'un agrément, à la jouissance d'un certain statut ou à certaines qualifications<sup>554</sup>. C'est le cas par exemple des activités couvertes par le monopole bancaire dont l'exercice est subordonné à l'obtention d'un agrément en droit malgache<sup>555</sup>. Certaines législations ont pour effet d'écartier des opérateurs étrangers non accrédités<sup>556</sup>.

**359.** Ce sont ici la nature des activités et l'objet du contrat qui justifient ces contraintes extérieures, fondées sur des considérations d'intérêt général telles que le bon fonctionnement du système bancaire, la prévention du risque systémique, la préservation d'une saine concurrence... Ce qui confère à une dimension impérative échappant à la loi du contrat à cet objet du contrat. En effet, ces contraintes et leurs sanctions<sup>557</sup> font en général parties des lois de police ou des règles de droit public, dont l'application dans l'espace est bien souvent déterminée de manière unilatérale et territoriale<sup>558</sup>.

---

<sup>553</sup> Poitiers, 29 nov. 2011, *RTD com.* 2012. 217, obs. Ph. Delebecque ; *DMF* 2012. 622, note O. Cachard ; *RDC* 2012. 1335, obs. P. Deumier, qui traite la question sous l'angle de l'objet impossible, plutôt que de la cause illicite.

<sup>554</sup> V. Concernant la cession de créances professionnelles, v. J.- F. ADELLE, « La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ? », *Banque et Droit* mai- juin 2003, p. 3 ; D. R. Martin, « Embargo sur le bordereau », *RD banc. fin.* mars-avr. 2003, p. 149) ; à comparer avec l'article 101 de la loi malgache sur les sûretés : « Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne physique ou morale peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance née de l'activité professionnelle de celui-ci et qu'il détient sur un tiers ».

<sup>555</sup> T. BONNEAU, « Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement », in *Mélanges AEDBF- France*, 1997, p. 37 ; article 27 de la loi n° 2020-011 portant loi bancaire qui prévoit que : « L'exercice des services bancaires définis par les articles 5 à 13 de la présente loi est subordonné à l'obtention d'un agrément préalable de la CSBF » ;

<sup>556</sup> On rencontre même des interdictions absolues de contracter avec une entreprise établie à l'étranger : au sujet de la location d'un bateau de marchandises avec équipage, v. article L.4454-3 du Code de transport français ; M. LAZOUZI, « De l'interdiction de conclure un contrat international : à propos d'une illustration législative récente », *RDC* 2016. 276

<sup>557</sup> Jugeant ainsi que le défaut d'agrément subordonnant l'exercice en France de l'activité bancaire n'entraîne pas, au plan civil, la nullité des contrats conclus par un établissement de crédit étranger, Plén. 4 mars 2005, n° 03- 11.725, *D.* 2005. 785, obs. B. Sousi ; *JCP* 2005. II. 10062, concl. A.- G. DE GOUTTES ; *RD banc. fin.* 2005, analyse 7, par J. Stoufflet.

<sup>558</sup> J. STOUFFLET, S. DUROX, « Participation d'un organisme financier étranger à un crédit ouvert en France », in *Mélanges AEDBF France IV*, Banque, 2004, p. 365. Pour une extraterritorialité diffuse, par mise en

## D- La cause du contrat

À côté du principe (1), il existe des tempéraments (2).

### 1- Le principe : la *lex contractus*

**360.** Concernant la cause du contrat, même en droit interne, elle constitue une notion assez controversée. La solution est voisine de la précédente question, *a priori* elle relève de la *lex contractus*. Aussi, va-t-il appartenir à celle-ci de fournir la réponse à la question de pourquoi une partie s'oblige-t-elle ? Il appartient à la *lex contractus* de déterminer si un engagement doit toujours avoir une contrepartie, ou non ainsi que la forme de cette contrepartie<sup>559</sup>. C'est la *lex contractus* qui dira si les prestations qui se répondent doivent être équilibrées ou non<sup>560</sup>.

**361.** Le déséquilibre dans les prestations peut faire entrer en jeu le problème de la lésion<sup>561</sup>. En présence d'une lésion, plusieurs lois peuvent se retrouver en concurrence : la loi du contrat, la loi nationale et la loi réelle. Selon l'article 79 de la LTGO « la lésion, causée par le défaut d'équivalence des prestations ne vicie le contrat que dans les cas prévus par la loi ». Avec cette formulation, un doute subsiste, est-ce un vice de consentement ou non ? Si la réponse est affirmative, elle relèvera de la *lex contractus*, si la réponse est négative, elle ne devra pas relever de la *lex contractus*. La lésion ne vicie les contrats que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes. Ce qui fait que la lésion n'est pas tout à fait un vice de consentement comme les trois autres vices de consentement qui sont d'une application générale, c'est plutôt une cause spéciale de nullité propre à certains contrats. Ces contrats sont des cas exceptionnels,

---

cause de la responsabilité de la société mère si ses filiales étrangères ne respectent pas la réglementation édictée dans le pays de la première, v. M. LEHMANN, « Les effets extraterritoriaux de la législation sur la séparation des activités bancaires », *RDAl/ IJBL* 2014.305.

<sup>559</sup> V. jugeant, avec une certaine prudence, que « la conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français n'est pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international » et que le résultat de la combinaison, en l'espèce, de la *lex contractus* étrangère et de la *lex concursus* française ne portait pas atteinte à l'ordre public international français, Com. 13 sept. 2011, n° 10- 25.533, 10- 25.731, 10- 25.908, *Rev. crit. DIP* 2011. 870, rapp. J.- P. Rémy, *D.* 2011. 2272, obs. A. Lienhard et J.- F. Adelle ; *D.* 2001. 2518, note L. d'Avout et N. Borga ; *JCP E* 2011, n° 1803, chron. R. Dammann et A. Albertini ; *RJ com.* 2011. 593, note P. Berlioz ; R. DAMMANN et G. PODEUR, « La Cour de cassation sauvegarde l'efficacité de la « dette parallèle » et du trust » , *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 2011, n° 5, p. 297.

<sup>560</sup> Jugeant que, dans un contrat d'assurance régi par le droit canadien, une clause limitant la garantie due aux seuls cas où la responsabilité de l'assuré est établie par une décision canadienne ou étasunienne « n'était pas abusive, mais proportionnée au risque encouru » et, partant, non contraire à l'ordre public international : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, n° 02- 20.248, *Bull. civ.* I, n° 110. Sur cette question, v. M. LAAZOUZI, « La limitation internationale du for. Réflexions à propos du contrat d'assurance » , in *Mélanges B. Audit*, LGDJ/ Lextenso, 2014, p. 497 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2013, n° 11- 10.588, *JCP* 2013. Actu. 165, note D. Akchoti ; *RJ com.* 2013. 227, note P. Berlioz.

<sup>561</sup> V. MAURY, « La lésion dans les contrats », *Rev.crit. DIP* 1936.344 et s.

car la lésion concerne seulement des contrats où il y a des intérêts dignes de protection tels que le contrat conclu par les incapables, le contrat d'immeuble, les contrats de partage, le contrat de cession des droits d'auteur et les contrats de prêts d'argent. Puisqu'il n'existe aucun texte pour régler la loi applicable à la lésion et même si elle concerne seulement certains types de contrats, elle ne vicie pas moins ces contrats-là, la solution la plus logique serait d'appliquer la loi applicable au vice de consentement, c'est-à-dire la *lex contractus*<sup>562</sup>.

## 2- L'application d'autres lois

**362. La loi nationale.** Lorsque la question de la lésion concerne les contrats conclus par les incapables, les règles de la capacité des personnes prennent la relève et celle-ci sera régie par la loi nationale des parties<sup>563</sup>.

**363. La *lex rei sitae* ?** Quid lorsqu'il s'agit d'un contrat portant sur un immeuble ? L'article 29 de l'ordonnance n°62-041 est clair « les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation. En particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache »<sup>564</sup>. Ce texte se contente de prévoir que la *lex rei sitae* s'applique pour tout ce qui concerne les biens mobiliers et immobiliers.

**364.** La difficulté peut se poser puisqu'en ce qui concerne la lésion, ce n'est pas tant la question de droit réel immobilier qui est en cause, c'est plutôt la question du déséquilibre dans le contrat<sup>565</sup>. Cette question concerne ainsi plus la validité du contrat que l'immeuble en soi. Selon LARDEUX<sup>566</sup>, admettre une dérogation pour les contrats portant sur l'immeuble au profit de la *lex rei sitae* soulèverait la question pour tous les autres contrats qui sont rescindables pour lésion telle que le partage ou les cessions de droits d'auteurs ; au profit de quelle loi la *lex contractus* devrait-elle alors être écartée ? L'application de la *lex rei sitae* conduirait à la diversification des solutions. Alors que finalement, ces diversifications n'ont pas de trop grande importance puisque le problème se pose du côté des prestations c'est-à-dire de la contrepartie

---

<sup>562</sup> J.-M. JACQUET, *op.cit.*, n°252.

<sup>563</sup> Article 28 de l'ordonnance n°62.041, *op.cit.* ; TGI Toulouse, 29 sept. 1982, *Rev. crit. DIP* 1982. 480, note G. Légier et J. Mestre et, sur appel, Toulouse, 24 sept. 1985, *ibid.*, 1986. 322 ; J. MAURY, « La lésion dans les contrats », *Rev. crit. DIP* 1936. 344 et « Les conflits de lois relatifs à la lésion dans les contrats », *Trav. Com. fr. DIP* 1935- 1936, *D.*, 1937, p. 70.

<sup>564</sup> Cette solution a triomphé dans des décisions anciennes, Cass.req., 29 juin 1931, *Rev. Crit. DIP* 1932. 295 ; CA Paris, 9 février 1931, *DP* 1931.33, note Lerebours-Pigeonnière, *S.*1931.2.145, note Audinet, *Rev.crit. DIP* 1934.628, note H. Batiffol.

<sup>565</sup> J.-M. JACQUET, *op.cit.* , n°252.

<sup>566</sup> G. LARDEUX , *op.cit.*, p. 198, n° 227.

ou la cause du contrat et non du caractère immobilier de l'objet du contrat. Il est ainsi plus judicieux de placer la question de la lésion dans le contexte de condition de validité au fond du contrat régi par la *lex contractus* selon l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 que dans celui du droit réel qui est utilisé surtout pour la validité en la forme du contrat, le défaut d'équivalence dans les prestations étant une question de fond du contrat<sup>567</sup>. La meilleure manière d'écartier la *lex contractus* en la matière serait de « considérer qu'au-delà de la protection du vendeur, la prohibition de la lésion poursuit un objectif d'intérêt général tel qu'il puisse justifier la qualification de la loi de police »<sup>568</sup>.

**365.** La *lex concursus*. Lorsque l'une des parties se trouve happée par les procédures collectives d'apurement du passif, des règles spéciales doivent être prises en compte. Le sort du contrat peut ainsi en être affecté. C'est particulièrement le cas lorsque le contrat en question est considéré comme ayant contribué à l'appauvrissement intentionnel ou frauduleux d'une des parties mise en procédure collective d'apurement du passif par la suite. En effet, les actes passés pendant la période suspecte peuvent être remis en cause<sup>569</sup>. Le bien objet du contrat peut avoir été délibérément sous-évalué ou des paiements injustifiés ont été effectués au profit du cocontractant. Cette remise en cause du contrat intervient au titre de l'inopposabilité de période suspecte. Pour savoir si le syndic peut remettre le contrat en cause et, le cas échéant, reconstituer l'actif dans l'intérêt de la masse des créanciers du débiteur, la *lex contractus* ne semble pas adéquate. Il est plus logique d'appliquer la loi régissant la procédure collective, puisque la question concerne le sort du contrat conclu pendant la période suspecte. Cette compétence de la *lex concursus* figure expressément dans les règlements européens sur les procédures d'insolvabilité<sup>570</sup> et, en droit commun, la Cour de cassation française raisonne de la même manière, au nom du lien que l'action présente avec la procédure collective<sup>571</sup> : une telle action, lorsqu'elle aboutit, permet de reconstituer l'actif du débiteur au profit de la masse des créanciers. C'est la *lex concursus* qui va dire si une telle action est prévue et quelles en sont les modalités

---

<sup>567</sup> J.-M. JACQUET, *op.cit.*, n°252.

<sup>568</sup> *Ibid.*

<sup>569</sup> Selon l'article 62 de la loi n° n° 2003-042 sur les procédures collectives d'apurement du passif du 15 juillet 2004 « Sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture ».

<sup>570</sup> Règl. ( CE) n° 1346/ 2000, art. 4, § 2, m ; règl. ( UE) n° 2015/ 848, art. 7, § 2, m.

<sup>571</sup> Com. 2 oct. 2012, n° 10- 18.005 et 11- 14.406 ( 2 arrêts), *D.* 2012. 2386, obs. A. Lienhard, 2013. 62, note F. Jault- Seseke et D. Robine, 1507, obs. F. Jault- Seseke, 2293, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2013. 201, note D. Bureau ; *RTD com.* 2013. 149, obs. A. Martin- Serf ; *JCP* 2012, n° 1246, note F. Mélin, et 2013, n° 221, obs. M. Menjucq ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 191, obs. M. Menjucq ; *Dr. et patr.* 2013, n° 221, p. 69, obs. M.- E Ancel ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, p. 15, obs. F. Mélin, *Bull. Joly Entrep. diff.* 2013. 36, note L.- C. Henry.

de mise en œuvre<sup>572</sup>. Dans tous les cas, l'exception de l'ordre public international pourrait toujours jouer contre une *lex concursus* trop vigoureuse dans sa remise en cause du contrat<sup>573</sup>.

## §2 : Les conditions de forme

**366.** En droit des contrats, le consentement seul suffit, en principe, à engager les parties<sup>574</sup>. C'est l'application du principe du consensualisme. Toutefois, les législations prévoient des atténuations à ce principe pour certains contrats et exigent parfois pour que le contrat soit valable, la réalisation d'une certaine formalité. Il s'agit des formes que l'on dit solennelles<sup>575</sup>, qui visent « tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité »<sup>576</sup>. Elles doivent être distinguées des formes habilitantes,<sup>577</sup> c'est-à-dire relatives à l'attribution du pouvoir d'engager autrui, des formes publicitaires<sup>578</sup> qui sont exigées pour rendre l'acte opposable aux tiers et des formes probatoires<sup>579</sup> qui permettent d'établir l'existence d'un acte. En la forme, quelle est la loi applicable ? Ici, il est question du droit malgache (A), mais étant donné le manque de précision dudit droit, et afin d'élargir la vision des choses aux fins d'enrichissement du droit malgache il est judicieux de procéder à une étude comparative notamment avec le droit français qui se trouve être très intéressant en matière de la validité en la forme des contrats internationaux (B).

### A- La règle du droit malgache : *locus regit actum*

**367.** Pour être valable, le contrat international doit satisfaire les exigences de quelle loi par rapport à d'autres ayant également vocation à s'appliquer ?

**368.** Un seul article est présent dans la loi malgache pour répondre à cette question : l'article 33 de l'ordonnance n°62-041. Aux termes de cet article : « tout acte juridique est valable lorsqu'il satisfait à la forme en vigueur au lieu de sa passation ». C'est l'application de

---

<sup>572</sup> Com. 2 oct. 2012, n° 10- 18.005 et 11- 14.406.

<sup>573</sup> Mais la Cour de cassation admet que la *lex concursus* étrangère fixe une période suspecte plus étendue que celle prévue par le droit français, Com. 5 févr. 2002, n° 98- 22.682 et n° 98- 22.683 ( 2 arrêts), *D.* 2002. 957, obs. A. Lienhard ; *JDI* 2003. 476, note Ph. Roussel- Galle ; *RJ com.* 2002. 162, note M. Menjucq.

<sup>574</sup> Article 67 de la LTGO.

<sup>575</sup> Article 95 de la LTGO.

<sup>576</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 29, reprenant V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974, p. 6. Lorsque les parties s'entendent sur la forme que doit prendre leur contrat, c'est encore la loi gouvernant la forme qui donnera, ou non, efficacité à cet accord.

<sup>577</sup> Article 95 de la LTGO.

<sup>578</sup> Article 129 de la LTGO.

<sup>579</sup> Articles 97 et 99 de la LTGO.

la règle de *locus regit actum*. C'est la loi du lieu de la conclusion du contrat qui conditionne la validité en la forme du contrat selon les règles de conflit de lois malgaches<sup>580</sup>. Le droit malgache fait ainsi une nette distinction entre le fond et la forme du contrat : la loi d'autonomie régissant le fond des actes, et la loi du lieu de la conclusion du contrat régissant les actes en la forme. L'article pose la règle, sans autre précision. On est ainsi tenté de supposer que seule la loi du lieu de la conclusion du contrat, à l'exclusion d'autres lois telles que la *lex contractus*, la loi nationale des parties, la loi de la résidence des parties, la loi d'exécution du contrat... détermine si le contrat est valide en la forme ou non.

**369.** La règle de *locus regit actum* est bien évidemment justifiée par les besoins de la pratique. Si l'on veut encourager les relations privées internationales, il est absolument nécessaire que toute personne puisse, au lieu où elle se trouve, accomplir les formes extérieures pour la validité d'un acte. En effet, il est facile de se renseigner sur les conditions formelles posées par la loi locale et de les mettre en œuvre. De plus, si l'acte suppose l'intervention d'un officier public, celui-ci ne pourra appliquer que sa propre loi c'est-à-dire la loi locale.

**370.** Mais au-delà de l'utilisation de cette règle spécifique, les conflits relatifs à la forme sont parfois supprimés par des conventions internationales portant droit substantiel. La CVIM est l'une de ces conventions, qui dispose dans son article 11 que « le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ». Ainsi, par la force des choses, en créant un droit substantiel ayant vocation à régir la forme de certains actes, la convention vient écarter l'application de la règle *locus regit actum*.

## **B- La règle du droit comparé**

En droit français, par le biais essentiellement du règlement Rome I, la règle de *locus regit actum* n'est pas la seule loi conditionnant la validité en la forme d'un contrat international. La forme n'étant pas aussi importante que le fond du contrat qui constitue la substance même du contrat, la règle est plus souple. Il existe un esprit de faveur à la validité en la forme des actes juridiques en matière internationale (1) sous réserve de quelques exceptions (2).

---

<sup>580</sup> Cour de cassation, 23 avril 1968, Décision n° 21.

## 1- Le principe : la faveur à la validité pour la forme

**371.** La règle traditionnelle *locus regit actum*, qui soumet la forme des actes juridiques à la loi du lieu dans lequel ils sont passés, est, pour le droit français, facultative<sup>581</sup>. La Cour de cassation française donne une option aux parties pour les contrats internationaux passés en France. Afin d'assurer la validité en la forme du contrat le droit positif français accepte que d'autres lois puissent être applicables. Les parties peuvent par conséquent soumettre leur contrat à la forme prévue par la loi locale, mais également la loi étrangère qui le régit au fond c'est-à-dire la *lex contractus*, ou par la loi nationale des parties<sup>582</sup>. Cette faveur à la validité formelle du contrat international est consacrée par le règlement Rome I<sup>583</sup> qui admet en principe le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* en opérant une distinction selon que les contractants sont entre présents ou entre absents.

**372.** Si les parties se trouvent dans le même pays au moment de la conclusion du contrat, le contrat sera valable en la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit quant au fond ou alors de la loi du pays où il a été conclu<sup>584</sup>.

**373.** Si les contractants ne se trouvent pas dans le même pays au moment de la conclusion du contrat dans un contrat entre absents, le contrat sera valable en la forme si sa validité découle soit de la loi de chacun des pays dans lesquels se trouvent les contractants, soit de la loi régissant le contrat au fond<sup>585</sup>. Les pays dans lesquels se trouvent les contractants étant assez difficiles à fixer lorsque le contrat est conclu par voie électronique, le règlement Rome I a ajouté la loi de résidence habituelle des parties. Le droit français offre ainsi plusieurs rattachements alternatifs pour augmenter les chances que le contrat soit valable en la forme. Le contrat est par conséquent valable en la forme, dès qu'il respecte soit la loi du pays de conclusion, soit la *lex contractus* en raison de l'affinité qu'il y a entre l'extériorisation de la volonté et les conditions de fond du contrat.

---

<sup>581</sup> Civ., 28 mai 1963, Charlie Chaplin, GA n° 40.

<sup>582</sup> Civ., 20 juillet 1909, *Viditz* ; *JDI*, 1909, 1098, concl. av. gén. Baudoin ; *Rev. crit. DIP*, 1909, p. 900, mêmes concl. ; *DP*, 1911, 1, p. 185, Politis ; *S.*, 1915, 1, p. 165 : à propos d'un testament établi en France par une Anglaise selon les formes prévues par le droit anglais. Puis, pour la première fois en matière contractuelle, Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *Chaplin, Grands arrêts*, n°40 ; *D.*, 1963, p. 677, G. Holleaux ; *JCP*, 1963, II, 13347, Ph. Malaurie ; *JDI*, 1963, p. 1004, B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 513, Y. Loussouarn ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1967, *Rouquaud* ; *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 292 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, *Pierucci* ; *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 542, Ph. Kahn ; *Defrénois*, 1975, p. 1081, Ph. Malaurie et G. Morin.

<sup>583</sup> Article 11 du règlement Rome I.

<sup>584</sup> Article 11, §1 du règlement Rome I.

<sup>585</sup> Article 11, §2 du règlement Rome I.

**374.** Une autre possibilité est donnée pour les contrats conclus entre absents, le contrat est valable s'il satisfait à la forme prévue par la loi de la résidence habituelle de chaque partie.

## 2- Les exceptions

**375.** Quelques exceptions au caractère facultatif de la règle *locus regit actum* peuvent être relevées, ces exceptions peuvent concerner certains types de contrats qu'on étudiera dans le titre suivant<sup>586</sup>. Les contrats conclus avec des consommateurs et les contrats ayant pour objet des droits réels immobiliers ou le droit d'utilisation d'un immeuble ou un bail d'immeuble peuvent être impérativement soumis aux règles de forme de la résidence habituelle du consommateur ou du lieu de situation de l'immeuble<sup>587</sup>. Mais d'une manière plus générale, la Cour de cassation française a retenu la qualification de loi de police pour certaines règles de formes, ayant pour effet d'écarter le rattachement de principe. La loi française s'applique alors impérativement dès que l'acte a été conclu en France ou est destiné à y produire des effets.

**376.** En droit français<sup>588</sup>, l'article 2417 du Code civil prétend à une impérativité, en édictant que : « les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens en France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités », imposant alors le recours systématique à un notaire français pour constituer une hypothèque sur un immeuble français<sup>589</sup>.

**377.** Rien n'empêche cependant, en dehors de la matière immobilière, que certaines règles de forme soient considérées comme des lois de police, alors passibles du régime ordinaire<sup>590</sup>. Dans un arrêt de 2004<sup>591</sup>, la Cour de cassation a donné cette qualification à l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967, imposant, à peine de nullité, la rédaction d'un écrit comportant

---

<sup>586</sup> *Infra* n° 768.

<sup>587</sup> Article 11, §4 et §5 du règlement Rome I.

<sup>588</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, n° 12- 15.467, *D.* 2013. 1540, note T. Ravel d'Esclapon ; *RLDC* 2013/ 107, n° 5198, obs. C. Gijsbers ; *Dr. et patr.* 2013, n° 231, p. 74, obs. M.- E. Ancel.

<sup>589</sup> V. G. A.- L. DROZ, « Problèmes soulevés par l'établissement en Angleterre ou aux États- unis d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français », in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 93 ; C. ALBIGES, « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Dr. et patr.* 2006, n° 150, p. 75 ; E. JACOBY, « L'acte d'affectation hypothécaire et l'espace judiciaire européen : questions pratiques liées à sa reconnaissance et à son exécution », *Dr. et patr.* 2007, n° 160, p. 43 ; G. KHAIRALLAH, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire : aspects internationaux », *Deffrénois* 2007, n° 38610, p. 929 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avr. 2016, n° 15- 18.157.

<sup>590</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 31.

<sup>591</sup> Com. 14 janv. 2004, n° 00- 17.978, *Rev. crit. DIP* 2005. 55, note P. Lagarde ; *RDC* 2004. 1059, obs. D. Bureau ; *DMF* 2004. 723, note G. Mecarelli ; *RTD com.* 2004. 845, obs. Ph. Delebecque.

certaines mentions à l'égard des actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droit réel sur un navire, ainsi que pour certains contrats d'affrètement relatifs à un tel navire<sup>592</sup>.

**378.** En revanche, la forme écrite et la présence de certaines spécifications sur la durée et l'étendue des droits cédés imposées par le droit français pour les cessions de droit d'auteur n'accèdent pas au rang de lois de police<sup>593</sup>. La validité formelle de la cession du droit d'auteur relève donc en principe des rattachements alternatifs prévus par les textes européens. La jurisprudence française accepte ainsi qu'en application de la *lex contractus* étrangère, la cession résulte seulement de mentions très générales figurant dans un courrier adressé par l'auteur à un éditeur<sup>594</sup> ou, même, au dos de chèques remis en paiement à l'auteur<sup>595</sup>.

**379.** Concernant la langue du contrat, en principe, les parties à un contrat international ont le libre choix de la langue dans laquelle elles rédigent leur contrat ; elles peuvent même décider de l'établir en plusieurs versions linguistiques<sup>596</sup>. La Cour de cassation française n'érige pas la loi n° 94- 665 du 4 août 1994, loi Toubon en loi de police<sup>597</sup>. En revanche, certaines dispositions peuvent revêtir cette qualité, par exemple l'article L. 112- 3 du Code des assurances, selon lequel le contrat d'assurance terrestre doit être rédigé en français<sup>598</sup>. De même, l'article L. 1221- 3 du Code du travail impose que le contrat de travail soit rédigé en français ; l'absence de rédaction en français, cependant, n'est pas sanctionnée par la nullité du contrat. Cet article permet toutefois au salarié d'exiger de l'employeur la délivrance d'un contrat conforme aux exigences du texte<sup>599</sup>. Dans les contrats de consommation, l'emploi de la langue du consommateur est fréquemment requis<sup>600</sup> : le respect de cette exigence sur le plan international

---

<sup>592</sup> V. article L.112-4 du Code des assurances français imposant, à peine de nullité, de faire figurer en caractères très apparents les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ; Com. 11 mars 1997, n° 95- 13.926, *Defrénois* 1997, art. 36690, note Ph. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* 1997. 537, rapp. J.-P. Rémerly, note H. Gaudemet- Tallon.

<sup>593</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *Chaplin*, *GADIP*, 2006, n° 40.

<sup>594</sup> Paris, 2 avr. 2003, *RIDA* 2003. 413, *Prop. intell.*, oct. 2003, p. 394, obs. A. Lucas.

<sup>595</sup> Lyon, 16 mars 1989, *RIDA*, avr. 1990, p. 22.

<sup>596</sup> En ce cas, il est prudent de désigner une version de référence, Versailles, 7 juin 2007, *RTD civ.* 2007. 772, obs. B. Fages ; F. DE LY, « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », *RDAI/IBLJ* 2000. 719 ; J.- M. MOUSSERON et P. MOUSSERON, « La langue du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz/ Litec, 1999, p. 219 s. ; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, Revue internationale de droit comparé, p. 115.

<sup>597</sup> Com. 11 mars 1997, *op.cit.*; Com. 29 févr. 2000, n° 97- 21.567. Comparer, sur les exigences linguistiques de la Communauté flamande de Belgique et leur compatibilité avec le droit primaire de l'Union européenne, CJUE 21 juin 2016, *New Valmar*, C- 15/ 15.

<sup>598</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 nov. 1993, n° 91- 21.114, *Bull. civ.* I, n° 346.

<sup>599</sup> Soc. 19 mars 1986, n° 84- 44.279, *Rev. crit. DIP* 1987. 554, note Y. Lequette, D. 1987. 359, note G. Légiér.

<sup>600</sup> V. par exemple, l'article L.224-76 du Code de la consommation française.

sera assuré au moyen des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 du règlement Rome I, voire au titre des lois de police.

**380.** Les textes européens conçoivent assez largement cette hypothèse au sujet de règles posées en matière immobilière par le pays de la situation de l'immeuble, sans que tous les caractères d'une loi de police ne soient requis<sup>601</sup>. Invoquées devant un juge d'un autre ordre juridique à condition que ce soit dans l'Union européenne, de telles règles échapperont ainsi à la vérification à laquelle sont ordinairement soumises les lois de police étrangères<sup>602</sup>.

### **§3 : La loi applicable aux sanctions de l'inobservation des conditions de formation d'un contrat international**

**381.** Le non-respect des conditions de formation du contrat est sanctionné par la nullité. Si la *lex contractus* régit en principe la validité du contrat, il sera logique que celle-ci régisse aussi leur sanction. Ainsi, les questions qui concernent la nullité et ses conséquences : la rétroactivité, les restitutions et la responsabilité née de la nullité du contrat sont du domaine de la *lex contractus*. Les causes de nullité du contrat dépendent par principe de la seule loi du contrat qui régit les vices du consentement, la lésion, l'objet et la cause<sup>603</sup>. Lorsque la cause de nullité du contrat dérive de la loi applicable au fond du contrat, il est assez naturel que cette loi soit également appelée à se prononcer sur les conséquences de la nullité<sup>604</sup>. Mais la *lex contractus* est également applicable aux conséquences de la nullité si la cause de nullité provient d'une autre loi par exemple, la loi de police extérieure à la *lex contractus*, ou loi différente applicable à la forme. Les restitutions éventuelles dépendront donc de cette loi. Une éventuelle responsabilité encourue du fait de l'annulation du contrat, responsabilité qui peut être recherchée lorsque le vice du contrat est imputable à la faute d'un contractant, est également régie par la même loi<sup>605</sup>.

---

<sup>601</sup> Article 11, § 5 du règlement Rome I.

<sup>602</sup> Article 9 du règlement Rome I.

<sup>603</sup> Pour le droit français, le règlement de Rome I comporte une règle qui réduit le domaine de la loi du contrat en permettant au destinataire d'une offre de contracter de se retrancher derrière la loi de sa résidence habituelle pour démontrer qu'il n'a pas consenti, s'il résulte des circonstances que l'application de la loi du contrat proposé serait déraisonnable pour cette personne (art.10 §2 du règlement de Rome I). Cette règle est particulièrement utile en cas de silence gardé par le destinataire d'une offre, alors que les deux lois en présence divergent sur les conséquences qu'il convient d'attacher au silence.

<sup>604</sup> Article 12§1 du règlement de Rome I.

<sup>605</sup> J.- M. JACQUET, *Rép. internat.*, v ° *Contrats*, 1998, n ° 263 et H. GAUDEMET- TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable », *J.- Cl. Europe Traité*, asc. 3201, 2009, n ° 122.

**382.** Si en droit malgache, il s'agit de simple conséquence logique de l'application de la *lex contractus* aux conditions de fond du contrat, le droit français, lui, est plus explicite. La liaison entre la *lex contractus*, applicable aux conditions de fond du contrat, et la sanction frappant le contrat en cas de vice frappant le contrat est expressément faite par le règlement Rome I<sup>606</sup>. C'est donc la *lex contractus* qui détermine si le contrat encourt la nullité, quel type de nullité, si la nullité frappe le contrat dans son entier ou seulement une clause<sup>607</sup>. La même loi fixe le régime de la sanction : qui est habilité à demander cette sanction, quelles sont les possibilités de réfection de l'acte, quel est le délai de prescription<sup>608</sup>, les cas de suspension ou d'interruption de ce délai...

**383.** Selon la même idée, c'est la loi applicable à la capacité ou le pouvoir qui régira la sanction de l'incapacité ou de l'absence de pouvoir<sup>609</sup>.

**384.** Concernant les conditions de forme, en droit malgache, quand le contrat est irrégulier au regard de la loi locale, c'est la sanction prévue dans cette loi qui sera applicable. En droit français, quand il est irrégulier au regard des lois qui sont alternativement applicables à sa forme, il faut considérer, dans l'esprit de la faveur à la validité du contrat, que c'est la sanction la moins grave prévue par l'une de ces lois qui est applicable.

**385.** Enfin, lorsque c'est par l'effet d'une loi de police que la formation d'un contrat est remise en cause, c'est cette même loi de police qu'il faudra consulter pour connaître la sanction encourue : si elle n'en énonce aucune, le relais est généralement pris par la *lex contractus*.

## **Section 2 : Les effets du contrat**

**386.** D'une manière générale, les effets attachés par tout système juridique au contrat dépendent de la *lex contractus* : il en est ainsi de la force obligatoire, de l'effet relatif du contrat ou de l'interprétation du contrat. Afin d'entrer au fond de la question, il est capital de traiter la loi applicable aux effets du contrat entre les parties (§1), mais aussi vis-à-vis du juge et étant un fait social, ses impacts sur les tiers (§2).

---

<sup>606</sup> Article 10.

<sup>607</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2000, n° 98- 17.359, *Rev. crit. DIP* 2000. 737, note J.- M. Jacquet.

<sup>608</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1997, n° 95- 16.879.

<sup>609</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2000, n° 97- 22.465.

## §1 : Les effets du contrat entre les parties

Ici, on va voir la loi applicable concernant l'exécution des obligations (A), le défaut d'exécution de celles-ci (B), la transmission des obligations (C), l'extinction de ces obligations et le régime des preuves (D).

### A- L'exécution des obligations

On va voir successivement la règle (1) ainsi que ses tempéraments (2).

#### 1- La solution générale

**387.** L'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 pose la solution générale selon laquelle « en matière d'obligations contractuelles (...), la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer »<sup>610</sup>. Avec les termes « en matière d'obligations contractuelles », le droit malgache ne semble faire aucune distinction entre la formation et les effets du contrat. Ce sont des termes généraux pour englober tout ce qui concerne le contrat, quelle que soit la phase où les parties se trouvent : de la formation passant par l'exécution jusqu'à l'extinction. Tout ce qui concerne le contrat relève ainsi en principe de la *lex contractus*. L'exécution des obligations issues du contrat doit s'effectuer ainsi en fonction des dispositions de la *lex contractus*. En tant qu'aboutissement du programme contractuel, les effets du contrat se trouvent au cœur du domaine de la *lex contractus*. C'est cette loi qui fixe l'étendue des obligations des parties au contrat en fonction des stipulations du contrat et du type de contrat, ainsi que des conditions du paiement. La validité et les effets des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, des clauses pénales, des clauses de force majeure...dépendent de la *lex contractus*<sup>611</sup>.

#### 2- Les tempéraments

**388.** L'exécution du contrat ne s'arrête pas à une exécution précise et ponctuelle d'une obligation. D'autres paramètres peuvent se présenter apportant avec elles quelques difficultés. Aussi, est-il nécessaire d'analyser certaines conséquences de l'exécution du contrat pour lesquelles l'application de la solution générale de la *lex contractus* n'est pas si évidente. Il

---

<sup>610</sup> À comparer avec le droit français, la loi du contrat régit : « l'exécution des obligations qu'il engendre », G. LARDEUX, *op. cit.*, p. 205, n°240.

<sup>611</sup> V. Civ.1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-13.020, Sté De Baat En Zegwaard, JurisData n° 1989-703414 ; S. SANACHAILLE DE NERE, « La responsabilité contractuelle en droit international privé », *JCI*. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 255-20.

est ainsi important d'étudier les modalités d'exécution du contrat (a), les effets réels du contrat (b), l'exécution d'obligation monétaire (c), la théorie de l'imprévision dans le contrat (d), et les retards dans l'exécution du contrat (e).

#### a- Les modalités d'exécution du contrat

**389.** L'exécution des obligations nées du contrat suppose l'accomplissement des actes matériels à accomplir. Or, l'accomplissement de ces actes n'est pas limité dans le pays de la *lex contractus*, il peut se faire sur le territoire d'un État étranger à celle-ci. Contrairement au droit malgache qui est muet là-dessus, le règlement Rome I prévoit que l'on tienne quand même compte de la loi du pays de l'exécution du contrat pour les modalités d'exécution<sup>612</sup>. Selon le rapport Giuliano- Lagarde, les modalités d'exécution correspondent à un ensemble un peu flou, où se trouvent notamment la réglementation des jours fériés, les modalités d'examen de la marchandise livrée (pesage, comptage, mesurage) et les mesures à prendre en cas de refus de celle-ci<sup>613</sup> ; dans la même optique, cela concerne aussi le type de quittance à remettre au débiteur et, à l'inverse, les solutions qui s'offrent à ce dernier lorsque le créancier refuse de recevoir le paiement. En d'autres termes, ce sont les opérations qui n'affectent pas la substance des obligations contractuelles<sup>614</sup>.

**390.** La difficulté se trouve dans la valeur à donner à la loi du lieu de l'exécution du contrat. Il s'agit d'avoir « égard » à celle-ci<sup>615</sup>. Ce terme assez flou ouvre un large champ d'appréciation. Cette directive ne constitue certainement pas une règle de conflit de lois<sup>616</sup>. On peut y voir seulement l'expression d'une prise en considération de la loi du lieu d'exécution, utilisée lorsque la loi du contrat elle-même lui emprunte certains éléments. Il se peut aussi que, dans le cadre général de la loi du contrat, le juge ait à rechercher la volonté des parties en se demandant si elles ne se seraient pas implicitement référées aux usages du pays d'exécution

---

<sup>612</sup> Article 12, §2 du règlement Rome I ; H. BATTIFOL, *op.cit.*, utilise l'expression « modes d'exécution ».

<sup>613</sup> Rappr. Conv. La Haye, 15 juin 1955, article 4, sur la forme et les délais d'examen des objets livrés, ainsi que sur les notifications relatives à cet examen et les mesures à prendre en cas de refus.

<sup>614</sup> H.BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., t.II, 1983, n°612, p. 341 ; B.AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, n°940.

<sup>615</sup> Article 12, § 2 du règlement Rome I.

<sup>616</sup> Article 4 de la Convention de La Haye, 15 juin 1955, « Les modalités d'exécution ou de vérification sont régies par le droit de l'État dans lequel elles sont effectivement prises » .

pour tel ou tel aspect. Toujours est- il qu'il serait préférable qu'en raison de leur régime mal assuré, « les modalités d'exécution » fassent l'objet d'une interprétation étroite<sup>617</sup>.

**391.** En outre, il ne faut enfin pas oublier que la loi du lieu de l'exécution comporte des règles constitutives de lois de police concernant la façon dont telle obligation locale doit être exécutée,<sup>618</sup> mais aussi concernant les règles douanières ou administratives qui vont s'imposer sur une base territoriale.

#### **b- Les effets réels du contrat**

**392.** La réalisation des effets réels du contrat constitue également une difficulté. Lorsque le contrat produit un effet translatif ou constitutif de droit réel, la *lex contractus* peut se retrouver en concurrence avec la loi du lieu de situation du bien assiette du droit réel transféré ou constitué. Le principe est que la *lex contractus* régit les rapports d'obligations entre les parties<sup>619</sup>, on est ici sur le terrain de droit personnel. Mais lorsque le contrat produit des effets sur une chose, on sort du lien d'obligation, c'est-à-dire du droit personnel pour se placer sur le terrain du droit réel. Et l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 dispose que « les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation ». Quelle est la loi qui va fixer à partir de quel moment et dans quelles conditions l'acquéreur devient propriétaire du bien vendu et a droit aux produits de celui-ci ? La *lex contractus* ou la *lex rei sitae* ? La jurisprudence malgache n'apporte pas plus de précision que le législateur malgache.

**393.** Et même sur le plan du droit comparé, les droits nationaux ont des divergences assez marquées<sup>620</sup>. Le droit français qui est consensualiste s'oppose aux droits séparatistes comme le droit allemand qui dédouble l'opération en un contrat obligatoire et un accord de transfert, indépendants l'un de l'autre. La *lex contractus* sera applicable au premier contrat et la *lex rei sitae* applicable au contrat de transfert de propriété. Faut-il ainsi distinguer les effets réels entre les parties au contrat et appliquer la *lex contractus* et les effets réels vis- à- vis des

---

<sup>617</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 33, renvoyant à la *lex fori* ; l'interprétation des textes européens étant désormais confiée à la Cour de justice, celle- ci opérerait sans doute pour une définition autonome.

<sup>618</sup>Article 9 du règlement de Rome I.

<sup>619</sup> Le contentieux contractuel entre les parties, par exemple en résolution d'une vente aux torts du vendeur, reste soumis à la loi du contrat : Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juill. 1987, n° 85- 16.098. En revanche, l'obligation d'entretenir l'immeuble, donné en garantie d'un prêt viager hypothécaire, et de ne pas en changer la destination relèverait de la *lex rei sitae* car cette obligation concerne l'organisation des droits réels, G. KHAIRALLAH, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire, aspects internationaux », *Deffrénois* 2007, spéc. p. 937.

<sup>620</sup>Sur les conséquences à en tirer en droit international privé, comparer avec P. LAGARDE, *op.cit.*, et V. HEUZE, « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP 1996- 1998*, Pedone, 2000, p. 319.

tiers à propos notamment de la question d'opposabilité qui tomberait plutôt naturellement sous la coupe de la *lex rei sitae* ? La tendance contemporaine consiste à traiter globalement les effets réels sans distinguer les effets entre les parties et la question d'opposabilité. En revanche, la question reste entière puisque l'accord n'est pas fait sur la loi qui doit l'emporter : la *lex rei sitae* ou la *lex contractus*<sup>621</sup>. En plus, cette question ne fait pas partie du domaine d'application ni de la Convention de Rome<sup>622</sup> ni du règlement Rome I<sup>623</sup>.

### c- L'exécution d'obligation monétaire

**394.** L'exécution d'obligation monétaire pose également un certain nombre de questionnements, le paiement de sommes d'argent pouvant soulever plusieurs difficultés. Tout d'abord, est-il permis d'exécuter l'obligation monétaire dans une devise autre que celle ayant cours dans le pays où le paiement intervient ? C'est la question de la monnaie de paiement, qu'il est tout de même difficile, bien que cela soit traditionnel, de reléguer au rang de simple « modalité d'exécution »<sup>624</sup>. Pour les contrats du droit interne, le paiement se fait nécessairement en monnaie ayant cours légal<sup>625</sup>. Lorsque le contrat est international, le débiteur est autorisé à payer dans une devise étrangère, mais uniquement si les parties ont clairement stipulé que le paiement se ferait effectivement en cette devise<sup>626</sup>. À défaut d'une telle stipulation, l'obligation monétaire qui aura été licitement libellée en monnaie étrangère sera payable à Madagascar après conversion en monnaie locale<sup>627</sup>. Au-delà du cas de Madagascar, on constate que la référence à la loi du pays où a lieu le règlement monétaire est générale. Toutefois, le fondement technique permettant une telle unité de vues reste débattu : est-ce sur la base de règle de conflit de lois spécifique à la monnaie de paiement, ou de la loi de police universellement partagée<sup>628</sup> ou bien

---

<sup>621</sup> V. L. D'AVOUT, *Rép. internat.*, v° Biens, 2009 ; S. LAVAL, *Le tiers et le contrat. Étude de conflit de lois*, Thèse Paris I, 2014, n° 16 et s.

<sup>622</sup> P. LAGARDE, « Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née », in *Mélanges G. A. L. Droz*, 1996, p. 151 s., spéc. n° 1.

<sup>623</sup> Sauf pour la cession de créances, v. considérant 38 du règlement de Rome I et, à l'égard du débiteur cédé, v. article 14, § 2.

<sup>624</sup> En ce sens, C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010, n° 323 et s.

<sup>625</sup> En Ariary pour le droit malgache ; article 62 de la loi n° 2003-044 portant Code du travail ; en droit français, Civ. 3<sup>e</sup>, 18 oct. 2005, n° 04- 13.930 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 1997, n° 95- 14.003.

<sup>626</sup> Illustrant un remboursement en yens, sur le territoire français, d'un crédit « destiné à financer des opérations de commerce international », Com. 11 oct. 2005, n° 03- 17.637. Le nouvel article 1343- 3 du Code civil français permet le paiement en devises étrangères d'une obligation ainsi libellée et procédant d'un « contrat international », la stipulation d'un paiement en devises ne semblant plus exigée.

<sup>627</sup> Sur la loi applicable à la conversion, C. KLEINER, *op. cit.*, n° 375.

<sup>628</sup> R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, n° 454 et s.

de la reconnaissance, localement, de la règle de droit public en vertu de laquelle l'État du pays d'émission de la devise étrangère a conféré à celle-ci un pouvoir libératoire<sup>629</sup> ?

**395.** Les moyens de paiement, c'est-à-dire les instruments, numéraires ou autres, remis au créancier peuvent également poser problème. Quelle est la portée, par exemple, de la réglementation nationale, prise pour contrecarrer la fraude fiscale et le blanchiment d'argent ? S'impose-t-elle par exemple à une entreprise malgache qui effectue un paiement à l'étranger entre les mains de son partenaire ? Dans la lutte contre de nouvelles formes de criminalités, Madagascar a intégré différentes Conventions des Nations Unies, dont : la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale et Convention des Nations Unies contre la corruption. Ce qui suppose sa volonté d'agir de concert avec d'autres États. Toutefois, la loi n°2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ne prévoit à part la collaboration sur les demandes d'informations<sup>630</sup> aucune disposition concernant l'application de ce règlement à l'étranger.

**396.** Pour le droit français, de telles réglementations constituent une loi de police, s'imposant « à tous les paiements qui ont lieu en France, quelle que soit la loi applicable au contrat pour l'exécution duquel ils interviennent et quels que soient la nationalité ou le lieu de la résidence habituelle du débiteur ou du créancier ou, s'agissant de sociétés, l'État dans lequel elles ont leur siège », mais cette loi n'a pas prise sur les règlements effectués à l'étranger<sup>631</sup>.

**397.** Les États peuvent, en prenant diverses initiatives, venir perturber l'exécution d'une obligation monétaire parfaitement licite à l'origine<sup>632</sup>. En premier lieu, la réglementation des changes, qui persiste dans certains pays, empêche l'entrée de devises étrangères sur le territoire du pays à l'origine de la réglementation ou, en sens inverse, la sortie d'avoir libellé dans sa monnaie. L'hypothèse, lorsqu'elle correspond à celle admise par les statuts du FMI, devrait conduire le juge malgache à prendre en considération cette réglementation de droit public étranger, pour en conclure que le contrat concerné est insusceptible d'exécution<sup>633</sup>, la *lex contractus* se réservant la maîtrise des suites de cette suspension de son caractère exécutoire.

---

<sup>629</sup> C. KLEINER, *op. cit.*, n° 370 et s.

<sup>630</sup> Article 26 de la loi n°2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

<sup>631</sup> CE 10 mai 2012, n° 337573, *D.* 2012. 2289, note C. Kleiner.

<sup>632</sup> Sur ces points, C. KLEINER, *op. cit.*, n° 421 s. et, sur le cas particulier du gel d'avoirs monétaires situés à l'étranger, v. aussi G. BURDEAU, « Le gel d'avoirs étrangers », *JDI* 1997. 26.

<sup>633</sup> Com. 7 mars 1972, *Rev. crit. DIP* 1974. 486, note J.- P. Eck.

En second lieu, un État peut décider, en exerçant une compétence que lui confère le droit international public, de rendre sa propre monnaie insusceptible de conversion en une autre devise. Pour le droit français, la Cour de cassation paraît considérer que, lorsqu'il a été stipulé que le paiement devait intervenir dans cette monnaie, le débiteur remplit son obligation en payant dans ladite monnaie, peu importe que le créancier ne puisse plus la convertir au moment du paiement<sup>634</sup>. Seule l'impossibilité pour le débiteur de se procurer la devise inconvertible ferait que le créancier puisse et doive être payé en une monnaie convertible<sup>635</sup>.

#### **d- La théorie de l'imprévision dans le contrat**

**398.** En cours d'exécution du contrat, des circonstances peuvent survenir et produire des effets sur celui-ci : c'est la théorie de l'imprévision. Les contrats internationaux s'inscrivant dans la durée sont particulièrement exposés au changement des circonstances<sup>636</sup>. Un effondrement des marchés, une révolution technologique, un coup d'État ou une décision d'embargo<sup>637</sup> peuvent venir réduire à néant les termes de l'échange tels que les parties les avaient pensés à l'origine. La « gestion » de ce bouleversement relève en principe de la *lex contractus*, puisque c'est l'économie de celui-ci qui se trouve remise en cause.

**399.** Sur le plan international, il est fréquent que les parties recourent aux stipulations leur permettant d'anticiper ces bouleversements et de définir le sort de leur contrat. Les clauses en question sont très variées, allant de la clause d'indexation, qui repose sur un ajustement automatique d'une prestation monétaire, en passant par les clauses d'alignement sur des contrats plus récents : la clause du client le plus favorisé ou la clause de l'offre concurrente...<sup>638</sup>, pour aller jusqu'aux clauses de renégociation ou clause de *hardship* en cas de bouleversement de l'économie du contrat<sup>639</sup>. Ce dernier type de clauses est désormais fréquent, même si elles ne règlent pas toujours toutes les difficultés.

---

<sup>634</sup> Com. 2 oct. 2004, n° 02- 19.563.

<sup>635</sup> Com. 4 juill. 1995, n° 93- 14.595, *Rev. crit. DIP* 1996. 452, note R. Libchaber ; *RD bancaire et bourse* 1995. 222, note M. Contamine- Raynaud.

<sup>636</sup> B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « Hardship » », *JDI* 1974. 794 ; Ph. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique » , *Rev. arb.* 1979. 81.

<sup>637</sup> N. FERJANI, V. HUET, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *JDI* 2010. 737.

<sup>638</sup> M. TROCHU, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux » , *RDAI/IBLJ* 2002. 303.

<sup>639</sup> Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* » , in *Mélanges Larroumet*, 2010, p. 267.

**400.** Il peut rester cependant des contrats dans lesquels les parties ne se sont pas particulièrement préoccupées des vicissitudes que pourrait connaître leur accord. La loi du contrat a alors à dire si le juge peut intervenir en obligeant les parties à renégocier leur contrat, ou en le révisant lui-même ou en en prononçant la résiliation. Il y a des lois qui autorisent diverses formes d'interventions ou de secours pratiquées par le juge. Les Principes Unidroit envisagent aussi une révision judiciaire<sup>640</sup>. Mais le droit malgache y est réfractaire<sup>641</sup>. L'article 128 de la LTGO prévoit que « le contrat conserve force obligatoire même si des circonstances exceptionnelles ont rompu l'équivalence des prestations ». En droit français, ce refus traditionnel aurait pu susciter un tempérament jurisprudentiel, par la découverte d'une règle matérielle spécifique aux contrats internationaux<sup>642</sup>. Il n'en a rien été<sup>643</sup>. La raison n'est pas une sévérité implacable des tribunaux français parce qu'on a vu le cas des clauses monétaires qui montre au contraire une certaine sensibilité aux particularités du commerce international, mais plutôt que le contentieux est rare s'agissant des contrats internationaux, probablement grâce aux clauses que les parties ont eues la prévoyance d'y insérer. Cela étant, des textes spéciaux peuvent imposer l'insertion d'une clause de renégociation ou une clause de « réexamen des conditions économiques »<sup>644</sup>. La question se pose alors de savoir si certains d'entre eux accéderaient au statut de loi de police.

#### **e- Les retards dans l'exécution du contrat**

**401.** Il arrive que l'exécution d'une obligation soit retardée et les poursuites du créancier suspendues par exemple par l'octroi par le juge d'un délai de grâce<sup>645</sup> ou d'un moratoire, au profit d'un débiteur qui en a fait la demande. Ces institutions, tout en affectant

---

<sup>640</sup> Article 6.2.3 des Principes Unidroit 2010.

<sup>641</sup> Le droit français est devenu un peu plus souple depuis les réformes de 2016, désormais aux termes de l'article 1195 du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

<sup>642</sup> J.-L. DELVOLVE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *Trav. Com. fr. DIP 1989-1990*, CNRS, 1991, p. 147. Rappr. S. HOTTE, *La rupture du contrat international, contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Defrénois, Paris, 2007, n° 558 et s.

<sup>643</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, n° 01-15.964, *RTD com.* 2004. 847, note Ph. Delebecque.

<sup>644</sup> V. en droit français, article L. 132-17-7 du Code de propriété intellectuelle pour le contrat d'édition numérique et l'article L. 441-8 du Code de commerce sur les ventes de produits agricoles.

<sup>645</sup> Article 52 : « Les juges peuvent accorder exceptionnellement au débiteur des délais qui ne pourront au total dépasser un an ».

l'exécution du contrat, procèdent de considérations extérieures à celui-ci. Pour les moratoires, il s'agit de situations de crise concernant la société en partie ou en totalité. Pour les délais de grâce, il s'agit de prendre en compte la passe difficile que traverse le débiteur. Pour cette raison, la loi du contrat n'est pas déterminante, d'autant plus que la paralysie de l'exécution n'est que temporaire<sup>646</sup>. S'agissant des moratoires, il faut s'en remettre à la loi du lieu de l'obligation concernée, sans doute pas sur la base d'une règle de conflit de lois, mais en tant que loi de police. S'agissant du délai de grâce, il est en général rattaché aux pouvoirs du juge<sup>647</sup> et dépend donc de la loi du *for*<sup>648</sup>.

## **B- Le défaut d'exécution du contrat**

On va d'abord se focaliser sur la règle générale (1) avant de voir la concurrence d'autres lois susceptibles d'être appliquées (2).

### **1- La règle générale : l'application de la *lex contractus***

**402.** Comme la *lex contractus* régit l'exécution du contrat, corollairement elle régit pareillement l'inexécution de celui-ci<sup>649</sup>. En principe, c'est la *lex contractus* qui fixe le régime de l'inexécution du contrat et ses conséquences. La loi qui fonde l'exécution du contrat doit logiquement prendre en charge son inexécution. L'impact de l'inexécution sur le contrat est gouverné par la *lex contractus*<sup>650</sup>.

**403.** Les conséquences du défaut d'exécution des obligations contractuelles sont nombreuses.

**404. L'exception d'inexécution.** Concernant les contrats synallagmatiques, c'est la *lex contractus* qui permet, ou non au créancier confronté à l'inexécution de refuser d'exécuter sa propre obligation<sup>651</sup>.

---

<sup>646</sup> En revanche, la modération des intérêts conventionnels, telle que la prévoit l'article 1345- 1 du Code civil français, devrait rester sous la dépendance de la loi du contrat.

<sup>647</sup> Précisément, en France, du juge de l'exécution et non du juge de l'exequatur du jugement étranger, TGI Seine, 6 févr. 1961, *Rev. crit. DIP* 1963. 584, spéc. 586 ; Paris, 9 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1995. 735, note H. Muir Watt.

<sup>648</sup> M.- N. Jobard- Bachellier, *Rép. internat., v° Obligations*, n° 44.

<sup>649</sup> LARDEUX, *op.cit.* p. 209, n°245.

<sup>650</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, *op.cit.*, p. 32.

<sup>651</sup> Article 171 de la LTGO : « Si les parties sont tenues à l'exécution simultanée de leurs obligations réciproques, chacune, sans qu'il y ait lieu à résolution ou résiliation, pourra, que l'inexécution soit totale ou partielle, refuser la prestation qu'elle doit, dans la mesure où l'autre n'a pas fourni la sienne ou offert de la fournir ».

**405. La théorie des risques.** En cas d'impossibilité définitive d'exécution, la *lex contractus* détermine à qui appartient la charge des risques au débiteur ou au créancier ou au propriétaire, etc.<sup>652</sup> C'est la *lex contractus* qui décide l'appliquer des règles *res perit debitori* ou *res perit domino*.

**406. Les aménagements conventionnels.** Les clauses relatives à l'inexécution du contrat sont assez fréquentes et d'une grande variété, ce qui se comprend puisqu'elles sont en lien direct avec l'objet même du contrat : les parties y sont donc attentives<sup>653</sup>. Il peut s'agir des clauses de non-responsabilité, des clauses limitatives de responsabilités, des clauses de non-garanties, des clauses pénales, des clauses de force majeure<sup>654</sup>... Bref, toutes les clauses définissant l'intensité ou l'étendue des obligations contractuelles, limitant ou écartant la responsabilité encourue<sup>655</sup>, prédéterminant ou plafonnant le montant de l'indemnisation, ou encore imposant une pénalité<sup>656</sup>.

**407.** La *lex contractus* s'étend à toutes ces clauses par lesquelles les parties entendent adapter leur responsabilité contractuelle, dans ses conditions ou ses effets<sup>657</sup>. Ces stipulations peuvent porter sur certains événements affectant l'exécution à l'instar des clauses de force majeure<sup>658</sup> et de *hardship*<sup>659</sup>, sur la latitude du créancier victime d'une inexécution, sur les clauses prévoyant une résolution de plein droit ou à l'inverse, sur un délai pendant lequel le débiteur peut remédier à son inexécution, sur le transfert des risques<sup>660</sup> ou sur le détail des

---

<sup>652</sup> Article 176 de la LTGO : « Toutefois quand l'obligation du débiteur est de livrer une chose, il supporte les risques de perte ou de détérioration de cette chose, jusqu'au moment où il en opère la délivrance à son contractant, conformément au contrat ».

<sup>653</sup> F. DELY, « Les clauses mettant fin aux contrats internationaux », *RDAI/IBLJ*, 1997. 801 ; D. Philippe (dir.), *La rédaction des contrats internationaux*, Bruylant, 2012.

<sup>654</sup> Articles 180 et s. de la LTGO.

<sup>655</sup> Pour une clause d'exclusion de garantie : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-13.020, *Rev. crit. DIP* 1990. 316, note P. Lagarde ; *JDI* 1990. 415, note Ph. Kahn, 1<sup>re</sup> esp. ; D. 1990. Somm. 266, note B. Audit. Plus généralement, P. LAGARDE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit international privé », in J. Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, 1990, LGDJ, p. 19 et s.

<sup>656</sup> M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *DPCI* 1982. 401. Le pouvoir modérateur du juge dépend aussi de la loi du contrat, « dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure » : Paris, 22 déc. 1983, *Rev. crit. DIP* 1984. 484, note J. Mestre. Pour une clause proche, mais distincte, v. N. E. TERKI, « Les clauses pénales “take or pay” dans le contrat international de longue durée », *RDAI/IJBL* 2014. 109.

<sup>657</sup> Civ. 5 déc. 1910, *op.cit.*

<sup>658</sup> M. FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI* 1979. 469 ; Ph. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI* 1975. 467.

<sup>659</sup> D. PHILIPPE, *La rédaction des contrats internationaux*, Larcier, 2012.

<sup>660</sup> En particulier au moyen des Incoterms.

restitutions. C'est la *lex contractus* qui dira si ces clauses sont valides ou pas ainsi que les effets de ces clauses.

**408. La résolution et la résiliation.** Le défaut d'exécution peut se révéler fatal pour le contrat, à moins que la loi applicable n'ouvre une période pendant laquelle le débiteur peut remédier à sa défaillance. L'anéantissement du contrat par la résolution ou la résiliation, unilatérale, conventionnelle ou judiciaire une fois l'inexécution avérée ou de manière anticipée<sup>661</sup> découle aussi de la loi qui le régit<sup>662</sup>. La *lex contractus* régit la condition résolutoire ou prévoir le sort du contrat en cas de résolution d'un contrat qui lui est lié. Les restitutions consécutives à cette disparition du contrat pour inexécution relèvent de la même loi.

**409. L'exécution forcée.** Toutes les questions relatives à l'exécution forcée, à l'application des mesures conservatoires ou exécutoires, l'astreinte relèvent de la *lex contractus*.

**410. La survie du contrat.** C'est encore la *lex contractus* qui déterminera si le contrat peut être maintenu, de quelle manière et à l'initiative de qui : par exemple, par refaction du contrat ou réduction du prix demandée par le créancier au juge<sup>663</sup>.

**411. La mise en œuvre de la responsabilité.** L'inexécution ou l'exécution défectueuse des obligations contractuelles entraîne souvent la mise en œuvre de la responsabilité d'un contractant. Par un raisonnement similaire que pour les autres conséquences de celle-ci, la responsabilité contractuelle, la mise en demeure ainsi que la réparation qui s'en suivra est du ressort de la *lex contractus*<sup>664</sup>.

**412. La réparation.** La réparation du préjudice est une question délicate qui se pose fréquemment concernant notamment l'existence du droit à réparation, les conditions pour lesquelles le créancier victime de l'inexécution est titulaire d'un droit à réparation à l'encontre

---

<sup>661</sup> M. VANWIJCK- ALEXANDRE, « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAl/IBLJ* 2002. 407.

<sup>662</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1990, n° 89- 12.177, *Bull. civ.* I, n° 297, *JCP* 1992. II. 21824, note D. Ammar.

<sup>663</sup> En revanche, on a vu que la survie des clauses compromissaires et la loi applicable obéit aux règles qui leur sont propres.

<sup>664</sup> En droit européen, la loi du contrat peut même couvrir des actions en responsabilité de nature non-contractuelle entre contractants, au moyen de la clause d'exception de l'article 4, § 3, du règlement Rome II, v. S. BOLLEE, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 119.

de son débiteur contractuel<sup>665</sup>, la preuve de la faute, la présomption et la preuve contraire, l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, etc. L'existence du droit à réparation se trouve étroitement liée à l'appréciation de l'étendue de l'obligation assumée par le débiteur et des diligences attendues de lui. Il ne fait pas de doute que la *lex contractus* doit y répondre. Le droit malgache retient par exemple qu'il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice subi par le créancier dans la responsabilité contractuelle, la seule inexécution ou retard dans l'exécution de son obligation par le débiteur suffit à prouver l'existence d'un préjudice subi par le créancier<sup>666</sup>. On estime que le préjudice existe à partir du moment où le débiteur n'exécute pas son obligation contractuelle.

**413.** L'étendue du droit à réparation et l'évaluation des dommages relèvent également de la *lex contractus*. Celle-ci détermine la nature des dommages réparables : la perte subie, le gain manqué, le préjudice matériel ou moral, les dommages directs ou indirects, les dommages prévisibles ou imprévisibles..., ainsi que le point de savoir si l'étendue du droit à réparation varie en fonction de la gravité ou non du comportement reproché au débiteur. En particulier, la *lex contractus* pourrait dire si le créancier est fondé à réclamer une somme excédant le préjudice subi, sous la forme de dommages- intérêts non- compensatoires, forfaitaires ou punitifs. Cependant, il ne faut pas exclure une réaction de l'ordre public international du *for*<sup>667</sup>. À l'inverse, celle-ci déterminera si le droit à réparation du créancier doit être réduit faute pour lui d'avoir minimisé son dommage.

**414. Les causes d'exonération.** C'est aussi la *lex contractus* qui définit les causes d'exonération possibles dont le débiteur peut se prévaloir : la force majeure, le fait d'un tiers<sup>668</sup> ou du créancier ainsi que les caractères que les faits exonérateurs doivent présenter.<sup>669</sup>

---

<sup>665</sup> Si le créancier agit contre un tiers qui se serait rendu complice de l'inexécution contractuelle, cette action sera de nature délictuelle et relèvera de la loi du délit. Cela étant, l'inexécution contractuelle en elle-même devra être établie à la lumière de la loi du contrat.

<sup>666</sup> Par exemple, TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, 220-C, 242-C, 149-C, *op.cit.*, p. 295, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; TC d'Antananarivo, 6 novembre 2008, n° 229-C, *op.cit.*, p. 357, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; TC d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 251-C, *op.cit.*, p. 329, obs. Andrianaivotseho ; TC d'Antananarivo, 14 août 2008, n° 193-C, *op.cit.*, p. 507.

<sup>667</sup> Rappr. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09- 13.303, D. 2011. 423, note F.- X. Licari ; *Rev. crit. DIP* 2011. 93, note H. Gaudemet- Tallon ; *JDI* 2011. 614, note O. Boskovic : à la lumière de cette décision, le juge français pourrait allouer des dommages- intérêts punitifs à condition qu'ils ne soient pas disproportionnés « au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles » .

<sup>668</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, n° 01- 15.964.

<sup>669</sup> B. Grelon et C.- E. Gudin, « Contrats et crise du Golfe », *JDI* 1991. 633.

**415.** Si pour le droit malgache, aucune disposition expresse ne parle de tous ces cas, le règlement Rome I y consacre des dispositions claires. Celui-ci fait expressément régir par la *lex contractus* « les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent »<sup>670</sup>.

**416.** Quoiqu'il en soit, même si les conséquences d'inexécution du contrat relèvent de la *lex contractus*, la défaillance dans l'exécution du contrat n'échappe pas comme son exécution des difficultés pouvant mettre en concurrence d'autres lois.

## **2- La concurrence d'autres lois**

**417.** Lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations contractuelles, différents moyens sont à la disposition de l'autre partie soit pour l'obliger à s'exécuter soit pour réparer le dommage causé par ce défaut d'exécution ou d'exécution défectueuse. Ces moyens sont nombreux et de nature variée pouvant mettre en cause aussi bien la *lex contractus*, la loi du lieu d'exécution (a), la loi du juge (b) que la loi de la situation du bien assiette de l'obligation inexécutée (c).

### **a- La loi du lieu de l'exécution du contrat**

**418.** La mise en demeure correspond à un avertissement par lequel le créancier rappelle au débiteur son obligation. Cette constatation formelle du retard du débiteur et la sommation d'avoir à exécuter que lui adresse le créancier ne sont pas requises par tous les systèmes juridiques<sup>671</sup>. Elle est obligatoire en droit malgache qui édicte à l'article 188 de la LTGO que « Le créancier ne peut poursuivre la réparation du préjudice subi qu'après avoir mis le débiteur en demeure d'exécuter son obligation devenue exigible »<sup>672</sup>.

**419.** Dans la mesure où il s'agit de constater un retard dans l'exécution et que des effets substantiels tels que le transfert des risques, le point de départ des intérêts moratoires... peuvent être attachés à la mise en demeure, la soumission à la *lex contractus* semble plus légitime<sup>673</sup>. Néanmoins, en droit français, le règlement Rome I n'interdit pas d'avoir « égard à

---

<sup>670</sup> Article 12, § 1, c du règlement Rome I; Rapport Giuliano- Lagarde, *op.cit.* p. 32.

<sup>671</sup> Les Principes Unidroit ne les prévoient pas.

<sup>672</sup> Tel est également le cas en droit français.

<sup>673</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome de 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, n° 56.

la loi du pays où l'exécution a lieu »<sup>674</sup>, par exemple pour faire produire à la mise en demeure un effet prévu par cette seule loi.

**420.** En la forme, la mise en demeure devrait être régie par la règle *locus régit actum* de l'article 33 de l'en droit malgache et bénéficié du régime libéral édicté par l'article 11, § 3 du règlement Rome I en droit français.

### **b- La *lex fori***

**421.** Certaines conséquences de la défaillance dans l'exécution du contrat relèvent plus du domaine processuel que celui substantiel justifiant l'application de la *lex contractus*. Aussi, arrive-t-il que le juge saisi choisisse d'appliquer la *lex fori* plutôt que la *lex contractus*.

**422. Les mesures provisoires et l'exécution en nature.** Lorsque le créancier sollicite une mesure conservatoire ou une exécution de l'obligation sous astreinte, c'est à la loi du juge saisi qu'il faut s'en remettre<sup>675</sup>. Mais pour vérifier les conditions d'octroi comme l'existence du motif légitime, l'absence de contestation, l'apparence d'une créance<sup>676</sup>, le juge devrait tout de même prendre en considération la *lex contractus*. L'astreinte, qui sollicite directement l'*imperium* du juge, ne pourra être obtenue qu'en conformité avec la loi du *for*<sup>677</sup>. Il peut arriver enfin que l'exécution en nature accordée par la *lex contractus*, soit refusée par le juge en raison du fait que la loi du juge saisi ne reconnaît pas le pouvoir de l'ordonner<sup>678</sup>.

**423. Les aménagements conventionnels.** Même si la question des aménagements conventionnels relève en grande partie de la *lex contractus*, il n'est pas exclu que l'ordre public international du *for* réagisse à l'application d'une loi étrangère entraînant des résultats qui paraîtraient injustes<sup>679</sup>. Dans certains secteurs tels que celui du transport par exemple, des conventions internationales posent le principe d'une limitation légale de la responsabilité et interdisent les clauses ayant pour objet de baisser la réparation à un niveau inférieur à cette limitation<sup>680</sup>.

---

<sup>674</sup> Article 12, § 2 du règlement Rome I.

<sup>675</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 266.

<sup>676</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janv. 2002, n° 00- 13.453, *Rev. crit. DIP* 2002. 343, note H. Muir Watt ; 6 févr. 2008, n° 07- 12.672, *Gaz. Pal.* 2008, n° 82, p. 30, note M.- L. Niboyet.

<sup>677</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 266 et 267.

<sup>678</sup> *Ibid.*

<sup>679</sup> Com. 16 avr. 1991, n° 89- 19.258, *Bull. civ. IV*, n° 147.

<sup>680</sup> *Infra* n°874 et s.

**424. La responsabilité contractuelle.** La responsabilité contractuelle est mise en œuvre non seulement en cas d'inexécution du contrat pour demander des dommages-intérêts compensatoires, mais également en cas de retard dans son exécution qui est source des dommages-intérêts moratoires. La *lex contractus* régissant « les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent »<sup>681</sup> étend ainsi normalement son champ d'application à l'octroi de ces dommages-intérêts<sup>682</sup> et à leur point de départ<sup>683</sup>. Concernant les intérêts attachés à une créance de réparation à l'instar d'une indemnité due pour inexécution d'une obligation de faire, la jurisprudence française se réfère aussi à la *lex contractus*<sup>684</sup>. Toutefois, il est à noter que ces dommages-intérêts pourraient s'inscrire dans une logique davantage processuelle que substantielle. C'est le cas par exemple lorsque le créancier subit un préjudice en ayant dû porter l'affaire en justice ou lorsque le débiteur a été incité à éteindre rapidement sa dette de réparation<sup>685</sup>. Dans ce cas, il n'est pas impossible qu'on puisse se tourner vers la *lex fori* qui prononce la condamnation<sup>686</sup>.

**425. La réparation du préjudice.** L'évaluation des dommages subis est, on l'a vu, déterminée par la *lex contractus*. Par exemple, pour fixer le moment auquel se placer pour fixer l'indemnité, il faut partir de la *lex contractus*. Toutefois, il arrive que certains aspects concernant cette évaluation relèvent de l'appréciation souveraine du juge, dans ce cas il paraît plus opportun de laisser la loi du juge saisi régir la question<sup>687</sup>.

**426.** Quant aux modalités de paiement des dommages- intérêts, en une seule fois ou de manière échelonnée, il faut sans doute considérer que cela relève directement de la *lex fori* également.

---

<sup>681</sup> Article 12, § 1, c du règlement Rome I.

<sup>682</sup> Sur les différentes variétés d'intérêts, F. GREAU, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, 2006.

<sup>683</sup> C. KLEINER, *op. cit.*, n° 386 et s., mais le taux d'intérêt légal pourrait dépendre de la devise utilisée. Quant à la demande judiciaire de capitalisation des intérêts moratoires ou, *a fortiori*, conventionnels, elle devrait, elle aussi, rester sous l'empire de la loi du contrat, Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 341, note H. Muir Watt, si du moins elle ne relève pas d'une appréciation discrétionnaire du juge saisi.

<sup>684</sup> Com. 17 mars 1992, n° 90- 15.310, *Bull. civ.* IV, n° 116, En Belgique, v. O. BOSKOVIC, « Retour sur la loi applicable aux intérêts moratoires. À propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 23 avr.2007 », *Rev.Crit.DIP* 2010, p.1057 à 1111.

<sup>685</sup> F. GREAU, *op. cit.*, n° 313 et s.

<sup>686</sup> C. KLEINER, *op. cit.*, n° 392 et s.

<sup>687</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 3201, n°117.

### c- *La lex rei sitae*

**427.** Il n'est pas rare qu'un contrat soit assorti de sûretés, certains contrats sont même accompagnés de plein droit de sûretés légales qui sont les privilèges ou le droit de rétention. Le défaut d'exécution des obligations implique la réalisation de ces sûretés.

**428.** Les privilèges étant des droits reconnus au créancier par la loi en raison de la qualité de sa créance<sup>688</sup>, et portant sur l'ensemble des biens ou sur des biens déterminés du débiteur<sup>689</sup>, leur constitution et leur réalisation ne pourraient pas être du seul ressort de la *lex contractus*, la *lex rei sitae* peut avoir vocation à s'appliquer. La *lex contractus* est certainement applicable à la créance à l'origine des privilèges, mais des doutes subsistent quant à la constitution et la réalisation des privilèges qui ont pour objet les biens du débiteur. Ainsi, à titre d'illustration, pour le privilège du vendeur de meuble, c'est la loi de la vente qui devrait s'appliquer, pour le privilège du prêteur de deniers<sup>690</sup>, cela devrait être la loi du prêt. Pourtant, la constitution de ces privilèges peut être empêchée si la créance est régie par une loi étrangère, qui ne les reconnaît pas<sup>691</sup>.

**429.** Le droit de rétention appelle un raisonnement similaire. Le droit de rétention s'analyse en une faculté offerte à un créancier détenteur d'un bien de refuser de restituer ce bien tant que le débiteur ne l'aura payé<sup>692</sup>. Le rétenteur peut ainsi se trouver en possession du bien soit en vertu d'un contrat soit parce que la créance a pris naissance à l'occasion de la détention de la chose<sup>693</sup>. Si le droit de rétention est né dans une relation contractuelle, il faudra rechercher d'abord si la *lex contractus* fonde l'exercice d'un tel droit. S'il est né suite à une obligation délictuelle ou quasi délictuelle, il faudra regarder la loi du lieu du délit ou quasi-délit<sup>694</sup>. Dans le cas où ces lois reconnaîtraient le droit de rétention, il faudrait ensuite faire appel à la compétence de la *lex rei sitae* pour la mise en œuvre de ce droit. Ce, parce que le droit de

---

<sup>688</sup> Article 159 de la loi n° 2003-041 sur les sûretés : « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers » ; G. KHAIRALLAH, v° *Privilèges*, *Rép. internat.*, Dalloz, n° 7 s.

<sup>689</sup> Article 158 de la même loi.

<sup>690</sup> Article 166 de la loi sur les sûretés : « Le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous-acquéreur ».

<sup>691</sup> M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois, 8<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1238 et s. ; J.- F. GOJON, « Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire – un concours encore incertain », in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 169.

<sup>692</sup> Article 64 de la loi sur les sûretés.

<sup>693</sup> Article 66 de la loi sur les sûretés.

<sup>694</sup> Article 30, alinéa 2 de l'ordonnance n° 62-041.

rétenion produit un effet direct sur le bien que ce soit sur la base d'un droit réel que sur la base d'un mécanisme de la possession. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation française n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la compétence de la *lex contractus*<sup>695</sup>. En outre, si une troisième analyse du droit de rétenion devait s'imposer, l'assimilant aux voies d'exécution, seule la *lex rei sitae* devrait l'emporter<sup>696</sup>.

### C- La transmission des obligations

**430.** Un contrat peut ne pas s'arrêter entre les deux parties, une obligation entre un créancier et un débiteur peut être cédée à une tierce-personne par principalement deux mécanismes : la cession de créance (1) et la subrogation (2).

#### 1- La loi applicable à la cession de créance

**431.** Dans le monde des affaires, lorsqu'une partie a une créance à terme à l'encontre de l'un de ses contractants, le plus souvent, il cherchera à mobiliser sa créance afin qu'il puisse avoir des liquidités avant l'arrivée du terme de cette créance. Ce mécanisme se présente fréquemment dans les rapports entre un fournisseur créancier, ses clients débiteurs et la banque du fournisseur, établissement mobilisateur. La cession de créance<sup>697</sup> est un important moyen de financement des entreprises, de mobilisation du crédit et de constitution de garanties. En droit international privé, son régime fait l'objet de la convention adoptée dans le cadre de la CNUDCI en 2001. Malheureusement, Madagascar ne l'a pas ratifié et celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur en France<sup>698</sup>. Le règlement Rome I auquel on a souvent eu recours tout au long de cette étude quant à lui ne traite, pour l'instant, que des questions les moins délicates sans entrer véritablement dans les précisions. Mais dans l'état actuel des choses, celui-ci constitue le meilleur outil qui apporte un début de réponses sur la question.

---

<sup>695</sup> Com. 2 mars 1999, n° 97-12.577, *Rev. crit. DIP* 1999. 305, rapp. J.-P. Rémerly, où le problème est finalement écarté par le rapporteur pour des raisons tenant à la charge de la preuve du contenu de la loi étrangère invoquée.

<sup>696</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 266.

<sup>697</sup> À côté de l'affacturage, sur lequel v. Convention d'Ottawa du 28 mai 1988, en vigueur en France depuis le 1<sup>er</sup> mai 1995 ; J. BEGUIN, « La convention d'Ottawa du 27 mai 1988 sur l'affacturage international », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 59.

<sup>698</sup> G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et Droit* 2003, n° 90, p. 3 ; J. STOUFFLET, « L'apport au droit français de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international », *Banque et Droit* 2003, n° 90, p. 37 ; S. BAZINAS, « La contribution de la CNUDCI à l'unification du droit du financement par cession de créances : la Convention sur la cession de créances dans le commerce international », *RD banc. fin.* 2003, n° 3, 70.

**432.** La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou à titre gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire<sup>699</sup>. Dans la cession de créances<sup>700</sup>, on peut distinguer deux rapports juridiques : le contrat entre le cédant et le cessionnaire et les rapports avec le débiteur cédé.

#### **a- Le contrat entre le cédant et le cessionnaire**

**433.** Il s'agit du rapport entre le créancier originaire et son partenaire à qui il accepte de transférer sa créance. En vertu de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041, cette question relève de la *lex contractus* puisqu'il s'agit d'un contrat comme un autre. Le contrat de transfert de créance est ainsi régi par la loi du contrat de ce transfert, c'est-à-dire la loi choisie par les parties : le cédant et le cessionnaire.

**434.** À titre de comparaison, l'article 14, §1 du règlement Rome I prévoit que « les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre subrogeant et subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers « (le débiteur) » sont régies par la loi qui en vertu du présent règlement s'applique au contrat qui les lie ». Il s'agit ainsi soit de la loi choisie par les parties, soit de la loi déterminée objectivement en l'absence de choix<sup>701</sup>. Ce, à condition que les relations entre les parties ne relèvent d'un régime spécial, tel que celui des contrats entre professionnels et consommateurs<sup>702</sup>. Dans ce cas, les règles protectrices des consommateurs entrent en compte. La solution est très classique en ce qu'elle permet aux parties de choisir la loi sous l'empire de laquelle se trouveront les obligations issues du contrat de transfert. Le règlement Rome I précise, en outre, que la loi du contrat de transfert régit même les « aspects réels » de l'opération entre cédant et cessionnaire, c'est-à-dire le transfert de propriété entre les parties<sup>703</sup>. Ce qui est une solution exceptionnelle parce qu'en règle générale, on assiste à l'attraction de la *lex rei sitae*.

---

<sup>699</sup> C'est la définition donnée par l'article 1321 du Code civil français.

<sup>700</sup> Il faut entendre également le nantissement de créances parce que les dispositions légales les traitent souvent de la même manière, v. par exemple les articles 98 à 111 de la loi n° 2003-041 sur les sûretés du 15 juillet 2004 ; en droit français, v. la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant les crédits aux entreprises codifiée aux articles L. 313-23 à L.313-34 du Code monétaire et financier ; article 14, § 3 du règlement Rome I : « La notion de cession au sens du présent article inclut le transfert de créance pur et simple ou à titre de garantie ainsi que le nantissement ou autres sûretés sur les créances ».

<sup>701</sup> Selon l'économie de l'opération, la prestation caractéristique peut émaner du disposant ou du bénéficiaire : Grenoble, 13 sept. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 666, note D. Pardoel.

<sup>702</sup> *Infra* n°768 et s.

<sup>703</sup> V. Rapport Giuliano- Lagarde, p. 34, à propos de l'article 12 de la Convention de Rome.

## **b- Les rapports avec le débiteur cédé**

**435.** À travers le contrat de transfert entre le cédant et le cessionnaire, il y a le débiteur dont la créance est l'objet du transfert. Ce transfert peut naître avec un accord de volonté entre le cédant et le débiteur. Mais tel n'est pas toujours le cas, puisque l'acceptation du débiteur cédé ne constitue pas une condition de validité de la cession de créances<sup>704</sup>. La loi malgache étant muette, on serait tenté d'utiliser la solution générale selon laquelle si un contrat existe pour le transfert de la créance entre le cédant et le cédé, il n'y a pas de difficulté particulière, ce sera la loi choisie par les parties qui sera applicable. Mais qu'il y ait ou non un contrat précis entre le cédant et le cédé pour le transfert de la créance, la créance cédée est née inéluctablement d'un contrat de quelle que nature que ce soit, un contrat de vente, un contrat de prêt... entre le créancier qui est le cédant dans la cession et son débiteur qui est ici le cédé. Ce qui signifie qu'en l'absence d'un autre contrat spécial pour le transfert, la *lex contractus* qui a donné naissance à la créance cédée est la seule qui doit être applicable en la matière<sup>705</sup>.

**436.** La référence à une solution précise étant toujours la bienvenue, on va encore une fois voir la solution d'autres pays, particulièrement celle du règlement Rome I qui a pris le soin de prévoir cette situation. L'article 14, §2 du règlement Rome I édicte que, dans ce rapport entre le cédant et le cédé c'est « la loi qui régit la créance faisant l'objet de la cession » qui est applicable. C'est cette loi qui détermine le caractère cessible de la créance, l'existence de la cession et la validité de la cession.

**437.** C'est également la loi de la créance cédée qui va régir le rapport entre le cessionnaire et le cédé, les conditions d'opposabilité de la créance au débiteur ainsi que le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur cédé<sup>706</sup>. Le contrat de cession ne nécessitant pas son accord, celui-ci peut payer entre les mains du cédant, son créancier originaire, d'où le problème posé par le caractère libératoire du paiement. Des dispositions de droit interne pallient souvent ce problème par une obligation de notification du débiteur<sup>707</sup>.

---

<sup>704</sup> Article 1321, alinéa 4 du Code civil français : « Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible ».

<sup>705</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 274 ; G. LARDEUX, *op.cit.*, p.211.

<sup>706</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 mai 2012, n ° 11- 30.027, *Gaz. Pal.* 2012, n ° 265- 266, p. 44, obs. J. Morel- Maroger ; Paris, 15 mars 1983, *JDI* 1984. 143, note A. Jacquemont.

<sup>707</sup>V. par exemple l'article 1324 du Code civil français :« La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte ».

**438.** L'application de la loi de la créance cédée dans les rapports avec le débiteur cédé est justifiée en ce sens que l'opération de cession est neutre vis-à-vis de celui-ci. Sa situation reste placée sous l'empire de la loi de la source de son obligation parce que c'est la seule loi qu'il connaît<sup>708</sup>. Le débiteur cédé ne peut pas voir sa situation juridique modifiée par un contrat auquel il n'est pas partie. Et de toutes les manières, le cédant ne pouvant pas céder plus de droits qu'il n'en a lui-même contre son débiteur, c'est la loi de ce contrat-là qui devrait s'appliquer.

## **2- La loi applicable à la subrogation**

On va parler notamment de la loi applicable à la subrogation conventionnelle (a) et à la subrogation légale (b).

### **a- La subrogation conventionnelle**

**439.** La subrogation conventionnelle est un mécanisme qui se rapproche de la cession de créance : les deux mécanismes remplissant « une fonction économique similaire »<sup>709</sup>, la solution serait la même que celle de la cession de créance. La subrogation conventionnelle a lieu à l'initiative du créancier, lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur<sup>710</sup>. La subrogation est alors un mode de transmission des créances. C'est une opération triangulaire comme la cession de créances dans lequel le créancier, dit subrogeant, transmet sa créance au bénéficiaire de la subrogation dit « subrogataire ». Le débiteur « cédé » est appelé le « subrogé ». L'article 347 de la LTGO disposant que « la subrogation emporte, au profit du subrogé, cession de la créance, avec tous ses accessoires et actions joints » justifie l'application à la subrogation conventionnelle les règles de la cession de créances. La notion même de subrogation évoque l'idée de remplacement, ce qui la rapproche de la cession de créances. Elles produisent les mêmes effets, mais le régime juridique est différent, mais cette différence est plus palpable dans la subrogation légale que dans la subrogation conventionnelle. Même l'article 14 du règlement Rome I traite de la même manière la cession volontaire de créance<sup>711</sup> et la subrogation conventionnelle. Aussi allons-nous nous attarder quelque peu à la subrogation légale qui présente quelques spécificités.

---

<sup>708</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 274 ; G. LARDEUX, *op.cit.*, p.212.

<sup>709</sup> G. LARDEUX, *op.cit.*, p. 216, n° 255.

<sup>710</sup> V. article 345 de la LTGO.

<sup>711</sup> D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créances*, LGDJ, 1997.

## **b- La subrogation légale**

**440.** La subrogation réalise la substitution, dans un rapport d'obligation, d'une personne par une autre. Plus précisément, la subrogation personnelle opère substitution d'une personne, le subrogé, dans les droits d'un créancier, appelé subrogeant, à qui la première paie une dette à la place du débiteur<sup>712</sup>. En principe, le paiement effectué, même par un tiers, a seulement pour effet d'éteindre le rapport d'obligation. Pourtant, par le jeu de la subrogation, ledit rapport subsiste à la faveur du subrogé qui dispose d'un recours contre le débiteur. La subrogation légale, contrairement à la subrogation conventionnelle, ne procède pas d'un accord translatif entre le subrogé et le créancier. C'est la loi qui à raison du paiement effectué par le subrogé l'investit des droits dont le créancier jouissait contre le débiteur<sup>713</sup>.

**441.** Le règlement Rome I<sup>714</sup> ainsi que la jurisprudence française<sup>715</sup> distinguent la loi applicable dans le rapport entre le subrogé et le créancier d'une part, et celle qui est applicable dans la relation entre le subrogé et le débiteur d'autre part. Le droit malgache ne dispose d'aucune disposition sur la question.

**442.** Dans le rapport entre le subrogé et le créancier, la subrogation est du ressort de la loi qui régit l'obligation en vertu de laquelle le subrogé paie le créancier<sup>716</sup>. C'est donc la loi qui édicte l'obligation de paiement qui pèse sur le subrogé qui mesure le principe et l'étendue de la subrogation légale. C'est cette loi qui détermine les conditions de la subrogation, les personnes qui ont qualité pour agir à la place du créancier et les limites de l'effet translatif de la subrogation<sup>717</sup>.

**443.** Dans la relation entre le subrogé et le débiteur, c'est la loi de la créance qui est applicable parce que comme dans le cas de la cession de créances, la subrogation n'affecte pas la situation du débiteur. C'est donc, la seule loi que ce dernier connaît qui va être applicable à son égard. C'est cette loi qui fixe le montant et les caractères de la créance. Ainsi l'existence et

---

<sup>712</sup> Selon la définition de MESTRE, c'est « la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre est titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde ».

<sup>713</sup> V. article 343 à 349 de la LTGO.

<sup>714</sup> Article 15.

<sup>715</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1970, *Bull.civ.*, I, n° 1004 ; *D.*, 1970, p.499 ; *JDI*, 1970, p.923 ; G. DE LA PRADELLE ; *Rev.crit. DIP*, 1970, p. 688, note P. Lagarde.

<sup>716</sup> V. par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, n°07-21639, *Rev.crit. DIP*, 2009, p. 518, note O.BOSKOVIC.

<sup>717</sup> Sommes pour lesquelles elle est admise, obligation pour le subrogé de diviser ses recours contre les débiteurs...

l'étendue des droits que le subrogé reçoit par la subrogation sont du ressort de la *lex contractus* entre le créancier initial et le débiteur<sup>718</sup>.

**444.** L'article 16 du règlement Rome I, applique la même solution dans le cas où plusieurs débiteurs sont tenus envers un même créancier sur le fondement de lois différentes : celui qui, parmi eux, verse plus que sa part au créancier jouira de la subrogation légale si la loi applicable à sa propre obligation le prévoit. Toutefois, si la subrogation est admise, il n'aura pas plus de droits contre les codébiteurs que ce que prévoient les lois qui régissent les obligations de ces derniers.

**445.** Enfin, dans la procédure collective d'apurement du passif il peut être ordonné un transfert de contrat ayant les mêmes effets que la subrogation. Ce transfert relève bien évidemment de la *lex concursus* et non de la *lex contractus*<sup>719</sup>.

#### **D- L'extinction des obligations et le régime des preuves**

On va d'abord voir la question de la loi applicable à l'extinction des obligations (1) avant de s'intéresser à celle du régime des preuves (2).

##### **1- L'extinction des obligations**

**446.** Le principe reste le même en vertu de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041, c'est la *lex contractus* qui est la loi applicable aux obligations contractuelles nées du contrat qui fixe les modes d'extinction des obligations issues de ce contrat. L'obligation peut être éteinte par différentes manières. Elle est éteinte par l'exécution du contrat ou le paiement de la dette<sup>720</sup>, la remise de dette<sup>721</sup>, la novation<sup>722</sup>, la délégation parfaite<sup>723</sup>, la confusion<sup>724</sup>, la compensation<sup>725</sup> et la prescription extinctive<sup>726</sup>.

**447.** Lorsque l'extinction procède d'un accord de volonté, il n'y a pas de difficulté : c'est l'application de la *lex contractus*. L'extinction sera régie par la loi du contrat qui prévoit

---

<sup>718</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, n° 13-21468 ; JCP, 2015, p.820, note F. MAILHE.

<sup>719</sup> Versailles, 5 févr. 2015, *Drahtzug c/ Fagorbrandt*, n° 14/ 06125, D. 2015. 2031, obs. L. d'Avout, sur le fondement de l'article 4 du règlement n° 1346/ 2000.

<sup>720</sup> Articles 328 à 342 de la LTGO.

<sup>721</sup> Articles 350 à 352 de la LTGO.

<sup>722</sup> Articles 356 à 358 de la LTGO.

<sup>723</sup> Articles 359 à 363 de la LTGO.

<sup>724</sup> Articles 374 à 377 de la LTGO.

<sup>725</sup> Articles 364 à 373 de la LTGO.

<sup>726</sup> Article 378 à 389 de la LTGO.

le mode d'extinction ou à défaut la loi du contrat dont l'obligation éteinte est issue. Des difficultés peuvent surgir lorsque le mode d'extinction n'est pas d'origine contractuelle, mais légale c'est le cas de la compensation légale (a) et de la prescription extinctive (b).

#### **a- La compensation légale**

**448.** « Lorsque deux ou plusieurs obligations réciproques existent entre les mêmes parties, et, quelle que soit la cause de chacune d'elles, elles s'éteignent de plein droit jusqu'à concurrence de la plus faible »<sup>727</sup> : c'est la compensation. La compensation est un mode d'extinction simplifié, survenant entre deux obligations réciproques, à hauteur de la plus faible. Elle est également une garantie de paiement puisqu'elle permet à un créancier de ne pas perdre ce qui lui est dû en étant libéré de ce qu'il doit lui-même<sup>728</sup>.

**449.** La compensation peut avoir diverses origines : elle peut être légale, mais, si les conditions d'une compensation légale ne sont pas réunies, un tribunal peut créer les conditions d'une compensation judiciaire ou bien les parties peuvent, par accord, décider de l'extinction respective de leurs droits. Lorsqu'elle est conventionnelle, il n'y a pas de difficulté c'est la loi choisie par les parties qui s'applique. Lorsqu'elle judiciaire, étant donné que c'est le juge qui décide de la compensation, il est évident que c'est la loi du juge saisi qui va s'appliquer<sup>729</sup>.

**450.** Quant à la compensation légale, celle-ci soulève plus d'hésitation, car elle opère de plein droit pour éteindre les deux obligations. La loi malgache n'a pas donné de solution, mais pour le droit français, le règlement Rome I dans son article 17 précise que la loi applicable est celle de l'obligation « contre laquelle [la compensation] est invoquée ». Le débiteur poursuivi en paiement qui fera valoir qu'il est lui-même créancier du demandeur devra donc démontrer qu'en vertu de la loi applicable à sa propre dette, les conditions d'une compensation avec sa propre créance sont réunies. Ce choix peut se justifier en voyant les choses du point de vue du demandeur au paiement : celui-ci se fonde sur la loi de sa créance pour réclamer ledit paiement ; il ne pourra pas être surpris de se voir opposer la compensation dans les conditions et selon les effets prévus par cette même loi. En outre, cette règle de conflit simplificatrice

---

<sup>727</sup> Article 364 de la LTGO.

<sup>728</sup> V.G. MINNE, « Les règles de conflit de lois en matière de compensation dans le secteur financier », *Bulletin Droit & Banque*, ALJB, 2011, n° 47, p. 7 et s.

<sup>729</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avr. 1986, n° 84- 15.090, *JDI* 1987. 104, note M.- A. Hermitte.

présente le mérite d'être dans le sillage du dispositif mis en place par les règlements européens relatifs aux procédures d'insolvabilité<sup>730</sup>.

### **b- La prescription extinctive**

**451.** On serait tenté d'appliquer à cette question la loi du juge saisi puisqu'elle est souvent soulevée dans la procédure. Toutefois, ici s'agissant de la prescription extinctive de l'obligation et non de l'action, elle touche plus le fond du contrat que la procédure<sup>731</sup>. Aussi, est-il logique de donner compétence à la loi qui régit l'obligation contractuelle pour régir la prescription extinctive, ainsi que le régime de celle-ci<sup>732</sup>. La règle est bien ancrée en droit français<sup>733</sup> et jouit d'une large assise étant donné qu'elle est étendue à d'autres causes d'extinction telles que la déchéance et la forclusion ainsi que des causes de suspension et d'interruption de la prescription<sup>734</sup>.

**452.** Cette règle générale n'empêche pas que des solutions spécifiques de conflit de lois ou matérielles soient retenues par des conventions internationales, notamment en matière de transport. En outre, l'application de la loi du contrat ne vaut qu'autant que la prescription sur laquelle on s'interroge concerne la substance de ce contrat ; si, par exemple, la nullité d'un contrat est demandée en raison de l'incapacité d'une partie, la loi applicable à la prescription de cette action en annulation sera, non la loi du contrat, mais la loi régissant la capacité de cette partie<sup>735</sup>. En revanche, les juges sont hostiles à ce que le juge puisse, par dépeçage, soumettre à une loi propre la prescription d'une action fondée sur la substance du contrat<sup>736</sup>.

---

<sup>730</sup> Article 9 du règlement Rome I; Sur le fonctionnement de la compensation quand le débiteur contre lequel la compensation est invoquée est insolvable : G. MINNE, *op.cit.*, n° 47 s. ; F. MELIN, « La loi applicable à la compensation dans les procédures communautaires d'insolvabilité », *JDI* 2007. 515.

<sup>731</sup> V. B. FAUVARQUE- COSSON, « La prescription en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 2002- 2004, Pedone, 2005, p. 235.

<sup>732</sup> Article 12, § 1, du règlement Rome I.

<sup>733</sup> Par exemple, pour l'action en garantie des vices cachés, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1977, *Bull. civ. I*, n° 267, *D.* 1978. IR 103, obs. B. Audit.

<sup>734</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, n° 98- 17.416, *Rev. crit. DIP* 2001. 335, note H. Muir Watt. Cela n'empêche pas que la loi du contrat puisse être jugée contraire à l'ordre public international, Paris, 10 avr. 2015, n° 13/ 07672, *JDI* 2016. 127, note D. Porcheron.

<sup>735</sup> Article 28 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>736</sup> Arrêt ICF, CJCE 6 oct. 2009, aff. C- 133/ 08, pt 47 : « en ce qui concerne notamment les règles relatives à la prescription d'un droit, celles-ci doivent ressortir au même ordre juridique que celui qui est appliqué à l'obligation correspondante »

## 2- Le régime des preuves

Les questions qui se posent en matière de preuve sont : la charge de la preuve (a), les modes de preuve (b) et sa force probante (c).

### a- La charge de la preuve

**453.** À qui incombe la charge de la preuve ? La réponse dépend de la loi applicable. Et la loi applicable dépend du fait que cette question relève de la procédure ou du fond du contrat. Dans le premier cas, ce serait l'application de la *lex fori* tandis que dans le second cas celle de la *lex contractus*.

**454.** Être titulaire d'un droit n'est pas suffisant pour obtenir sa reconnaissance et le prononcé de son exécution par un juge. Il faut apporter la preuve de ses prétentions. L'absence de preuve du droit invoqué aboutit au même résultat que l'absence de droit puisque le demandeur ne peut rien obtenir. Ce qui signifie que la charge de preuve est intimement liée à la substance même du droit, non pas aux règles de procès. La loi applicable serait donc la *lex contractus*.

**455.** En outre, certaines règles partent d'éléments de fait pour en induire un effet de droit : par exemple, on peut tirer de l'absence d'état des lieux loués la conséquence que le locataire, supposé les avoir reçus en bon état, devra les restituer en bon état également<sup>737</sup>. La présomption légale posée en la matière est, en réalité, une manière de déterminer la nature de l'obligation de restitution pesant sur le locataire<sup>738</sup>. Le lien avec la substance du contrat est évident de sorte qu'on puisse considérer que la loi régissant l'obligation contractuelle est applicable pour énoncer de telles présomptions légales.

**456.** La répartition de la charge de la preuve obéit à la même logique. Par exemple, en décidant que le débiteur s'exonère seulement par la preuve d'un cas de force majeure ou qu'il revient au créancier de prouver la faute commise par son débiteur dans l'exécution de son obligation, le législateur fixe l'intensité, plus ou moins forte, de l'obligation contractuelle. Il revient donc à la *lex contractus* de fixer cette intensité.

**457.** De même, lorsque le législateur fait peser sur celui qui se prétend créancier la charge de la preuve de l'existence du contrat et sur celui qui se prétend libérer la charge de la

---

<sup>737</sup> V. Article 1731 du Code civil.

<sup>738</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, p. 36.

preuve du paiement de l'obligation, il rattache directement la charge de la preuve à l'allégation de l'existence ou de l'exécution du contrat<sup>739</sup>.

**458.** À titre comparatif, même si le règlement Rome I ne régit pas la preuve et la procédure<sup>740</sup>, celui-ci donne quand même un élément de réponse dans son article 18, §1 en disposant qu'en matière d'obligations contractuelles, lorsque la loi du contrat établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve, celle-ci est applicable.

**459.** En revanche, si le lien avec le fond du contrat n'existe pas, la soumission à la loi de ce contrat ne se justifie plus et, en tout cas, ne procédera pas du premier paragraphe du règlement Rome I. Il en est ainsi des présomptions d'aveu, tirées du défaut d'une partie, ou du renversement de la charge de la preuve, tirée du silence d'une partie : ces mécanismes résultent de l'attitude de la partie en cours d'instance et sont sans lien avec le fond du droit. Ils dépendent plus généralement de la loi du *for*.

#### **b- Les modes de preuve**

**460.** Les modes de preuve sont les moyens par lesquels les parties au procès peuvent prouver un acte ou un fait<sup>741</sup>. L'admissibilité d'une telle ou telle preuve relève en grande partie de la forme du contrat<sup>742</sup> et de la procédure. Sont ainsi, susceptibles de s'appliquer soit la loi applicable en la forme du contrat soit la loi de la procédure auprès du tribunal. Concernant la forme, l'article 33 de l'ordonnance n°62-041 prévoit que « tout acte juridique est valable lorsqu'il satisfait à la forme en vigueur au lieu de sa passation », c'est l'application pure et simple de la règle de *locus regit actum*. Quant à la procédure, ce sera l'application de la loi du juge saisi. Laquelle de ces deux lois va être applicable à la question de l'admissibilité des modes de preuve ? Le droit malgache n'étant d'aucune aide, il est opportun de se référer à d'autres systèmes juridiques.

**461.** L'alinéa 2 de l'article 18 du règlement Rome I donne une alternative en prévoyant que : « les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis, soit par la loi du *for*, soit par l'une des lois visées à l'article 9 selon lequel l'acte est valable quant à la forme pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal

---

<sup>739</sup> Selon la règle : *actori incombis probatio*.

<sup>740</sup> Article 1, § 3 du règlement Rome I.

<sup>741</sup> V. articles 259 et s. de la LTGO.

<sup>742</sup> Le principe étant la preuve littérale, la validité en la forme des actes : authentiques, authentifiés ou sous-seing privés relève en principe de la *locus regit actum*.

saisi ». Le mode de preuve est donc admis soit lorsqu'il est admis selon la loi du juge saisi soit selon la loi applicable en la forme, mais uniquement lorsque celle-ci admet la validité de l'acte. Ainsi si le contrat est nul selon la loi applicable en la forme, seule la *lex fori* restera applicable.

**462.** L'article 9 précise concernant la loi applicable en la forme que celle-ci n'est retenue que si « la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le juge saisi ». L'article pose ainsi une condition à l'application de la loi de la forme donne la priorité à la *lex fori*. Ce qui signifie que même admis par la loi de la forme si le mode de preuve est interdit par la *lex fori*, c'est cette dernière qui l'emporte.

**463.** Cette solution est reprise par la Cour de cassation française<sup>743</sup>, ce qui a pour le droit français comme conséquence l'application alternative de trois lois : la *locus regit actum*, la *lex contractus*<sup>744</sup> et la *lex fori*.

### c- La force probante

**464.** À côté de l'admissibilité des modes de preuve, la force probante de ces modes de preuve peut également poser problème. En matière contractuelle, la force probante n'est pas traitée par le règlement Rome I, faute d'accord sur une question qui s'est révélée trop complexe s'agissant des écrits<sup>745</sup>. Comme la force probante concerne la foi que le juge peut avoir dans une preuve et la possibilité ou non de rapporter une preuve contraire, elle devrait relever de la loi du *for*. La force probante détermine l'intérêt que les parties peuvent avoir à recourir à tel ou tel mode de preuve, elle entretient ainsi des affinités fortes avec l'admissibilité des modes de preuve<sup>746</sup>, dont le régime est plutôt souple, la jurisprudence française aurait pu opter pour la même solution que celle de l'admissibilité des modes de preuve comme l'aurait implicitement suggéré le silence du règlement Rome I. Pourtant, celle-ci a préféré une autre solution qui est l'application exclusive de la *locus regit actum*<sup>747</sup>.

**465.** Ce qui a suscité quelques critiques, les unes relatives à la continuité qu'il faudrait maintenir entre les textes européens sur l'admissibilité des modes de preuve et la force

---

<sup>743</sup> Civ., 1<sup>re</sup>, 24 février 1959, Isaac ; *D.*, 1959, p. 485, Ph. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP*, 1959, p. Y. Loussouarn.

<sup>744</sup> Les deux étant applicables en la forme du contrat.

<sup>745</sup> Rapport Giuliano- Lagarde, *op.cit.*, p. 37.

<sup>746</sup> Les deux questions ne sont d'ailleurs pas toujours bien dissociées, Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janv. 1999, n° 96- 20.135, *Rev. crit. DIP* 1999. 293, note A. Huet, au sujet d'une reconnaissance de dette.

<sup>747</sup> Civ., 10 janvier 1951, Garineau ; *JDI*, 1951, p. 882, B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1952, p.95 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00- 15.734, *Bull. civ. I*, n° 289, *Rev. crit. DIP* 2005. 645, note B. Ancel, H. Muir Watt ; *D.* 2005. 2853, note N. Bouche ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 66, p. 2, obs. T. Groud.

probante<sup>748</sup>, les autres plus spécifiques aux actes authentiques étrangers dont l'efficacité procédurale en France devrait revenir à la loi française du *for*<sup>749</sup>.

**466.** Enfin, quant à la date certaine, qui intéresse les tiers, une jurisprudence ancienne la fait régir par la loi du lieu de conclusion du contrat<sup>750</sup>.

## **§2 : Les effets du contrat à l'égard du juge et par rapport aux tiers**

**467.** Le contrat garde sa force obligatoire à l'égard du juge<sup>751</sup>. En présence des clauses claires, le juge va appliquer le contrat tel qu'il est. Cependant, le contrat n'étant pas toujours aussi limpide, le juge va interpréter la volonté des parties (A). Par rapport aux tiers, le principe de l'effet relatif du contrat empêche qu'un tiers au contrat puisse se trouver débiteur ou créancier dans le contrat auquel il n'est pas partie<sup>752</sup>. Mais étant un fait social, il se peut qu'il puisse avoir des impacts sur les tiers (B).

### **A- L'interprétation du contrat**

**468.** L'interprétation consiste à donner un sens à tel ou tel aspect, plus ou moins important, de l'opération contractuelle, face à une rédaction imparfaite, obscure ou lacunaire du contrat<sup>753</sup>. C'est le fait de se demander pour le juge si telle clause oblige-t-elle à telle prestation non mentionnée ? Il s'agit de déterminer la portée juridique d'une formulation approximative<sup>754</sup>. Il ne fait pas de doute que l'interprétation est gouvernée par la *lex contractus*. Ainsi que l'écrivait BATIFFOL, « si la loi qui régit [le contrat] ne s'y appliquait pas, on ne voit plus quel effet elle gouvernerait »<sup>755</sup>. On reste ainsi dans le respect de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041<sup>756</sup>.

---

<sup>748</sup> T. GROUD, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, Gaz. Pal. 2006, n° 66, p. 2.

<sup>749</sup> B. ANCEL, H. MUIR WATT, note précitée. ; P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, préf. P. MAYER, Economica, 2004, n° 402 et s.

<sup>750</sup> Civ., 1er févr. 1944, S. 1944. I. 107 ; JCP 1944. II. 2588, à propos d'une cession de brevet opérée aux États-Unis.

<sup>751</sup> Article 123 de la LTGO.

<sup>752</sup> Article 129 de la LTGO.

<sup>753</sup> Article 124 et s. de la LTGO.

<sup>754</sup> Constitue en revanche une question de fait le point de savoir à quelle devise les parties se sont référées quand elles ont visé le dollar (américain ou canadien, par exemple), ce qu'elles entendaient quand elles ont subordonné le droit à commission d'un agent immobilier à la « concrétisation [de la vente] par son intermédiaire », Paris, 21 janv. 1994, D. 1994. 357, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1995. 535, note P. Lagarde.

<sup>755</sup> H. BATIFFOL, *op.cit.*, n° 481. Cela permet aussi de placer sous une même loi deux procédés théoriquement distincts : l'interprétation du contrat et la détermination légale de son contenu.

<sup>756</sup> En droit français, le règlement de Rome I prévoit la même solution dans son article 12 alinéa 1a.

**469.** Comme l'interprétation du contrat exprime une certaine conception du rapport entre le juge et le contrat, les règles d'interprétation peuvent varier sensiblement d'un système juridique à l'autre<sup>757</sup>, de sorte qu'elles constituent un enjeu important dans la détermination de la loi du contrat<sup>758</sup>. C'est la raison pour laquelle les parties peuvent prendre la précaution de spécifier dans leur contrat la loi en vertu de laquelle il doit être interprété. Elles ont intérêt, lorsqu'elles rédigent leur clause de choix de loi, à indiquer que la loi choisie régit notamment l'interprétation de leur contrat. Ce, afin d'éviter un dépeçage compliqué du contrat que le juge pourra être tenté d'effectuer, mais, surtout, pour gagner en prévisibilité<sup>759</sup>.

**470.** Dans le même ordre d'idée, l'identification des règles supplétives et impératives qui viennent s'ajouter aux stipulations contractuelles ou en contrecarrer la mise en œuvre relève également de la *lex contractus*. Selon que cette loi est plus ou moins sensible aux exigences de l'équité, de la bonne foi, des attentes raisonnables des parties, selon qu'elle est plus ou moins réceptive à l'idée qu'il y ait une partie forte ou une partie faible par exemple, le contenu d'un contrat n'est pas enrichi de la même manière<sup>760</sup>. Le contrôle que le juge peut exercer sur l'adéquation des prestations réciproques n'aura pas la même étendue et les mesures qu'il pourra prendre ne seront pas nécessairement de même nature. De même, la *lex contractus* module le régime des obligations contractuelles, à travers le sort des obligations à sujets multiples, affectées d'un terme ou d'une condition. Elle organise le régime du contrat dans la durée.

**471.** Le rôle de la *lex contractus* peut toutefois être tempéré par la prise en compte de règles d'interprétation de source internationale, interétatique ou privée. Les juges sont parfois sensibles au fait qu'il ne s'agit pas d'interpréter un contrat interne, si bien que la volonté des parties, point de départ de beaucoup de règles nationales, peut être éclairée par certains principes<sup>761</sup> dégagés et codifiés par la doctrine comparatiste en particulier par les Principes

---

<sup>757</sup> V. Ph. KAHN, « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI* 1981. 5 ; F. DE LY, « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux (qualification, définition, accord complet, intitulé, langue, modification, renonciation et nullité partielle) », *RDAl/IBLJ*, 2000. 719 ; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, *op.cit.*

<sup>758</sup> V. S. FERRERI, « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », *RIDC* 2001. n°29.

<sup>759</sup> F. DE LY, *op.cit.*

<sup>760</sup> V. F. DIESSE, « Bonne foi, coopération et raisonnable dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 », *JDI* 2002. 54.

<sup>761</sup> Paris, 13 oct. 2006, *RTD com.* 2007. 264, obs. Ph. Delebecque, mentionnant des « principes universels du droit des contrats » .

Unidroit<sup>762</sup>, par des usages, règles ou usances formalisés pour une branche donnée du commerce international.

**472.** En outre, la forte emprise de la *lex contractus* sur la définition du contenu de celui-ci n'exclut pas l'interférence possible de lois de police.

## **B- Le contrat et les tiers**

Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties, mais il reste un fait social. Pour cela, des tiers peuvent avoir un lien directement ou indirectement avec le contrat (b), en plus la question d'opposabilité du contrat doit entrer en compte (a).

### **1- L'opposabilité du contrat**

Quelle loi est applicable à la question d'opposabilité du contrat ? À côté de la règle générale (a), il y a des règles spécifiques (b).

#### **a- La règle générale**

**473.** Aux termes de l'article 129 de la LTGO : « les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes. Toutefois, les situations juridiques qu'ils créent doivent être respectées par les tiers ». Même n'ayant d'effet qu'entre les parties, le contrat est opposable aux tiers et par les tiers. En effet, l'article 129 de la LTGO dispose que : « Les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes. Toutefois, les situations juridiques qu'ils créent doivent être respectées par les tiers ». Le contrat est opposable aux tiers dans le sens où les tiers ne sont pas obligés au contrat, mais ils doivent respecter le contrat. L'opposabilité du contrat aux tiers est invoquée notamment lorsque le tiers se rend complice d'une inexécution du contrat par une partie.

**474.** Le contrat est opposable par les tiers lorsqu'une inexécution contractuelle est faite au détriment d'un tiers. Certes, le tiers ne peut demander l'exécution d'une obligation contractuelle à laquelle il n'est pas partie, mais le créancier contractuel n'est pas le seul à pouvoir se plaindre d'une inexécution de cette obligation. Lorsqu'un tiers subit un dommage en lien avec l'obligation mal exécutée, il peut réclamer la réparation du préjudice au débiteur de celle-ci.

---

<sup>762</sup> P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494.

**475.** Dans les deux cas, le tiers n'étant pas partie au contrat, on sort de la sphère contractuelle pour entrer dans la sphère délictuelle. « Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction »<sup>763</sup>. La responsabilité encourue par un contractant envers un tiers, consécutivement à l'inexécution, est de nature délictuelle<sup>764</sup>. L'article 30 alinéa 2 de l'ordonnance n°62 041 pose le principe selon lequel « en matière d'obligations délictuelles et quasi délictuelles, la loi du lieu du délit ou quasi- délit est seule applicable ».

**476.** Des nuances sont cependant à faire, d'abord, il faut bien au minimum revenir à la *lex contractus* pour s'assurer qu'il y a eu inexécution de ce contrat<sup>765</sup>, en particulier dans le cas où la loi du délit considère que l'inexécution contractuelle vaut par elle-même faute délictuelle<sup>766</sup>. Ensuite, le tiers lésé pourra parfois se prévaloir de ce que le contrat contenait, selon la *lex contractus*, une stipulation en sa faveur<sup>767</sup>. Enfin, il arrive que, pour certaines sources de dommages ou pour certains types d'actions, le conflit de lois fasse l'objet d'un traitement particulier par des textes internationaux<sup>768</sup>.

### **b- Les règles spécifiques**

**477.** L'opposabilité aux tiers des effets réels mérite une explication. L'opposabilité aux tiers de la mutation ou de la constitution d'un droit réel est en principe régie par la *lex rei sitae*, même lorsque ces opérations sont de nature contractuelle conformément à l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 selon lequel « les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation ».

**478.** Même si, en doctrine, l'emprise de la loi réelle est discutée, quant à son titre d'application et à son domaine exact<sup>769</sup>, vis-à-vis des tiers, il est difficile de l'écarter : en

---

<sup>763</sup> Com., 11 Oct. 1971, n°70-11892, *Bull. civ.* n° 237, p. 221.

<sup>764</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, n° 00- 18.794, 00- 20.065, *Rev. crit. DIP* 2004. 83, note D. Bureau ; *JDI* 2004. 499, note G. Légier ; *JCP* 2004. II. 10006, note G. Lardeux ; *Defrénois* 2004. 383, note R. Libchaber ; *D.* 2004. 233, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2004. 96, note P. Jourdain

<sup>765</sup> À comparer avec l'arrêt *Bureau Veritas*, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, n° 05- 10.480, *Rev. crit. DIP* 2007. 405, note D. Bureau ; *JDI* 2007. 949, note G. Légier.

<sup>766</sup> Ass.Plén., 6 oct. 2006, n° 05- 13.255, *D.* 2006. 2825; *RTD civ.* 2007. 123, obs. P. Jourdain.

<sup>767</sup> V. B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, Thèse Paris II, 2008, n° 1169 et s.

<sup>768</sup> C'est le cas par exemple de la responsabilité encourue pour des dommages causés par des produits défectueux, régie par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 ; V. H. Batiffol, *Rev. crit. DIP* 1973. 252 ; Y. Loussouarn, « La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits », *JDI* 1974. 32.

<sup>769</sup> V. S. LAVAL, *op. cit.*, n° 59 et s.

comparaison de la *lex contractus*, la loi réelle est censée être aisément déterminable, voire évidente s'agissant des immeubles, pour les tiers, ce qui protège leurs intérêts. Sur le plan pratique, elle a cependant le grand inconvénient de rendre vulnérables les sûretés mobilières conventionnelles quand le meuble assiette de la sûreté vient à traverser la frontière sans que les exigences requises par la nouvelle loi réelle ne soient remplies<sup>770</sup>. Si la *lex rei sitae* a mis en place un système de publicité administré par une autorité publique, il conviendra de s'y conformer.

**479.** Cela vaut évidemment en matière immobilière, mais aussi pour certains meubles, corporels et incorporels. Ainsi, la Convention de Genève du 19 juin 1948, relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs, prescrit que les effets à l'égard des tiers soient déterminés conformément à la loi de l'État contractant où le droit litigieux est inscrit ; elle instaure un système d'opposabilité uniforme à l'échelle des États contractants<sup>771</sup>. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'opposabilité aux tiers d'une cession ou d'une licence est aussi régie par la loi du droit en cause. S'agissant de droits de propriété industrielle, il suffira de se référer à la loi du pays pour le territoire duquel ils ont été octroyés. Concernant le droit d'auteur, l'opposabilité aux tiers sera déterminée en fonction de la loi du pays pour lequel la protection est demandée, à moins qu'un dispositif spécifique de publicité ait été mis en place et s'applique en l'espèce<sup>772</sup>.

## **2- Les tiers liés directement ou indirectement aux parties**

**480.** À côté des tiers absolus qui n'ont aucun lien avec les contractants, il y a certaines personnes sans être parties au contrat sont, directement ou indirectement, liées aux contractants par d'autres contrats ou par des liens d'une autre nature<sup>773</sup>. C'est bien évidemment par le biais de la *lex contractus* que la qualité originelle de créancier ou de débiteur des obligations contractuelles est déterminée. Même si cela peut paraître d'évidence, la Cour de cassation française a été amenée à le souligner pour préciser l'articulation de la loi du contrat avec la loi applicable à la procédure collective d'un contractant : « la loi de la source » des créances, en l'occurrence la loi du contrat, est compétente pour définir la qualité de créancier, tandis que la

---

<sup>770</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, GADIP, n° 48.

<sup>771</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1988, n° 86-15.516, *Rev. crit. DIP* 1991. 86, note M. Rémond-Gouilloud ; Com. 14 janv. 2004, n° 00-17.978, *op.cit.*, note P. Lagarde.

<sup>772</sup> Paris, 10 juill. 1991, *JDI* 1992. 384, note F. Pollaud-Dulian, à propos du registre français concernant les films destinés à la représentation publique en France.

<sup>773</sup> Y. FLOUR, *Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Thèse Paris II, 1977 ; S. Laval, *op. cit.*

*lex concursus* couvre notamment « les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances »<sup>774</sup> et peut, éventuellement, imposer à tout créancier antérieur de déclarer sa créance, sous peine de perdre cette qualité<sup>775</sup>. Dans le cas où l'un des contractants viendrait à décéder, la question de savoir si ses héritiers lui succèdent, activement ou passivement, dans le rapport contractuel doit être résolue par la loi applicable à la succession du défunt sous réserve du caractère *intuitu personae* du contrat à la loi du contrat<sup>776</sup>. Qu'en est-il alors des actions directes (a), des créanciers chirographaires et de la question de stipulation pour autrui (c) ?

#### a- Les actions directes

**481.** Quand on parle du contrat et le tiers, la question du groupe de contrats peut surgir. En effet, il est rare que le contrat soit totalement isolé, un contrat s'insère souvent dans un ensemble contractuel qu'on appelle une chaîne de contrat dans laquelle le maillon final de la chaîne intente une action contre les maillons précédents c'est par exemple le cas de l'action du sous-acquéreur ou du maître de l'ouvrage qui demandent réparation au fabricant en raison des défauts mêmes d'une chose<sup>777</sup> qui a circulé via une chaîne de contrats<sup>778</sup>. Deux solutions existent en droit français, le droit malgache étant muette là-dessus. Si la chaîne du contrat est translatrice de propriété, la jurisprudence française<sup>779</sup> considère que l'action sera de nature contractuelle. Par conséquent, l'action du sous-acquéreur est régie par la loi du contrat originaire, celui conclu par les parties originaires<sup>780</sup>. En revanche, lorsqu'on est en présence d'une chaîne de contrat non translatif de propriété, la solution est différente, l'action est de nature délictuelle<sup>781</sup>, la loi du lieu du délit devrait être applicable.

---

<sup>774</sup> Article 4, § 2, h du règlement ( CE) n ° 1346/ 2000, 29 mai 2000.

<sup>775</sup> Com. 13 sept. 2011, *Belvédère*, aff. jtes, n ° 10- 25.533, 10- 25.731 et 10- 25.908.

<sup>776</sup> V. Article 14, § 2 règlement Rome I, sur le caractère cessible d'une créance.

<sup>777</sup> S'il s'agit de demander réparation d'un dommage causé par le produit défectueux, la Convention de La Haye de 1973 l'emportera : Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, n ° 97- 21.222, *Rev. crit. DIP* 2001. 101, note P. Lagarde ; à comparer avec Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2013, n ° 11- 13.509, *Rev. crit. DIP* 2013. 620, note D. Bureau.

<sup>778</sup> F. LEBORGNE, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats. Étude de droit interne et de droit international privé*, Thèse Rennes, 1995 ; F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *JDI* 1995. 267 ; J. BAUERREIS, « Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », *Rev. crit. DIP* 2000. 331 ; S. LAVAL, *op. cit.*, n ° 252 et s.

<sup>779</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1979, n ° 78-12.502 ; Ass. Plén., 7 février 1986, n ° 84-15.189.

<sup>780</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 1990, n ° 89- 12.177 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, n ° 93- 17.359, *Rev. crit. DIP* 1996. 332, note V. Heuzé ; *D.* 1996. Somm. 171, obs. B. Audit ; *JCP* 1996. II. 22742, note L.- C. Henry ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2013, n ° 11- 13.509.

<sup>781</sup> Ass. plén., 12 juillet 1991, n ° 90-13.602, : le « sous-traitant n'est pas contractuellement lié avec le maître de l'ouvrage ».

**482.** Cependant, en droit français, pour des raisons d'équité et de justice, le législateur national déroge au principe de l'effet relatif des contrats, en permettant à un créancier contractuel de demander l'exécution directement contre le débiteur contractuel de son propre débiteur, le plus souvent en cantonnant le paiement à ce que le débiteur ultime doit encore au débiteur intermédiaire. Un des cas les plus fameux en droit français provient de la loi du 31 décembre 1975, offrant, sous certaines conditions, au sous- traitant impayé par son cocontractant, l'entrepreneur principal, la possibilité d'être désintéressé par le maître de l'ouvrage. Suivant l'enseignement de BATIFFOL<sup>782</sup>, il est généralement admis que l'existence d'une telle action directe dépend de la loi du contrat auquel est partie le créancier, par exemple le sous-traitant<sup>783</sup>, tout en laissant ses suites à l'égard du débiteur ultime sous l'empire de la loi du contrat auquel ce dernier est lui-même partie, par exemple le marché principal<sup>784</sup>. L'argument en faveur de la loi du premier contrat, celui auquel le créancier est partie, est que l'action directe est instituée pour garantir le paiement d'une créance ; il est donc logique que la loi de celle- ci détermine si le créancier peut bénéficier de cette garantie. En outre, le raisonnement conflictualiste peut être largement laissé de côté lorsque le texte instituant l'action directe est considéré comme une loi de police. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation française en 2007 à propos de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance<sup>785</sup>, position qu'elle a maintenue depuis lors<sup>786</sup>.

**483.** Quoiqu'il en soit, la question de la pérennité de la jurisprudence française en la matière se pose dans la mesure où la Cour de justice est, sur le plan des conflits de juridictions, réfractaire à la qualification contractuelle s'agissant d'actions intentées entre les maillons éloignés d'une même chaîne contractuelle. Le règlement Rome II, gouvernant désormais la matière délictuelle, pourrait alors capter ce contentieux, encore qu'au sein de son régime

---

<sup>782</sup> H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 469 ; Y. FLOUR, *op. cit.*, n° 83 ; P. LAGARDE, « La sous- traitance en droit international privé », in *La sous- traitance de marchés, de travaux et de services*, 1978, p. 186, spéc. p. 197-198.

<sup>783</sup> En ce sens, Paris, 19 déc. 2014, n° 2011/ 09999.

<sup>784</sup> V.Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 1991, n° 88- 17.171, *Rev. crit. DIP* 1993. 46, note H. Muir Watt.

<sup>785</sup> Mixte 30 nov. 2007, n° 06- 14.006.

<sup>786</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2008, n° 06- 14.641, *JDI* 208, 1073, 2e esp., note L. Perreau- Saussine ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 82, p. 34, obs. M.- L. Niboyet ; 8 avr. 2008, n° 07- 10.763, *JDI* 2008. 1073, 3e esp., note L. Perreau- Saussine ; 25 févr. 2009, n° 07- 20.096, *Rev. crit. DIP* 2009. 728, note M.- E. Ancel ; Com. 27 avr. 2011, n° 09- 13.524, *Rev. crit. DIP* 2011. 624, note M.- E. Ancel ; *JDI* 2012. 150, note P. de Vareilles- Sommières ; *RDC* 2011. 1294, obs. J.- B. Racine ; *D.* 2011. 1654, note Y.- E. Le Bos.

général, la clause d'exception puisse dans certaines circonstances permettre de revenir à la loi du contrat originaire<sup>787</sup>.

#### **b- Les créanciers chirographaires**

**484.** L'activité contractuelle a généralement une traduction patrimoniale affectant l'actif ou le passif du contractant. L'actif s'accroît lorsqu'une créance naît en sa faveur et diminue lorsqu'il dispose d'un bien. Tandis que le passif s'aggrave à hauteur de la dette qu'il contracte ou diminue lorsqu'il paie celle-ci au contractant. Dès lors, les créanciers chirographaires voient leur droit de gage général varier en fonction des engagements que leur débiteur passe avec d'autres. Un contractant n'est pas, en principe, sous la tutelle de ses créanciers chirographaires jusqu'à ce qu'éventuellement, s'ouvre une procédure collective qui viendra réduire l'autonomie contractuelle de ce débiteur. Avant d'arriver à ce stade, les systèmes nationaux peuvent prévoir diverses actions au profit des créanciers chirographaires tels que l'action oblique et l'action paulienne<sup>788</sup>.

**485.** L'action oblique, d'une part, permet à un créancier de recouvrer, au nom et pour le compte de son débiteur, la créance que celui-ci détiendrait sur un tiers<sup>789</sup>. En raison de la finalité de l'action oblique, il est généralement admis qu'il faut consulter la loi de la créance dont est titulaire le demandeur à l'action oblique afin de savoir si une telle action lui est effectivement ouverte. Cela peut évidemment surprendre le tiers débiteur, qui se voit demander paiement par un autre que son créancier, mais la loi de la créance visée par l'action oblique demeure applicable pour régir l'existence et l'exigibilité de cette créance. C'est également cette loi qui décide si la créance revêt un caractère personnel de nature à faire échec à l'action oblique<sup>790</sup>.

---

<sup>787</sup> Article 4, alinéa 3 du règlement Rome II.

<sup>788</sup> V. B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse Paris II, 2008, n° 1348, M.- N. JOBARD- BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, 1984, LGDJ, n° 504 et s.

<sup>789</sup> Article 61 de la LTGO.

<sup>790</sup> Article 61 de la LTGO : Le créancier chirographaire « peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

**486.** L'action paulienne<sup>791</sup> et l'action en déclaration de simulation<sup>792</sup> sont plus difficiles à appréhender sur le plan des conflits de lois. Si elles ont aussi vocation à protéger la créance de celui qui dénonce la fraude paulienne ou la simulation, il ne s'agit plus, comme dans le cas de l'action oblique, de remédier à l'inertie d'un débiteur qui néglige de réclamer son dû. Il s'agit, en arguant soit d'une fraude, soit de l'existence d'une contre-lettre, de remettre en cause un acte juridique passé avec un tiers. Dans ces conditions, il est nécessaire de donner une plus large place à la loi de l'acte attaqué. Aussi, l'idée dominante est-elle en faveur de l'application cumulée des lois de la créance à protéger et de l'acte attaqué, les deux étant amenées à se prononcer sur l'admissibilité de l'action paulienne ou en déclaration de simulation<sup>793</sup>.

### **c- La stipulation pour autrui**

**487.** Aux termes de l'article 148 de la LTGO : « La stipulation pour autrui est un contrat par lequel une personne appelée stipulant obtient d'une autre personne appelée promettant, l'engagement de fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté au profit d'un tiers bénéficiaire étranger à ce contrat et qui n'y est pas représenté ». L'existence et les effets d'une stipulation pour autrui, qui seraient par exemple attachés à un contrat de transport ou d'assurance, dépendront de la loi applicable à ce contrat : celle-ci permettra de déterminer s'il y a stipulation, au profit de qui, ainsi que la nature et le contenu des droits du bénéficiaire<sup>794</sup>. La jurisprudence n'a, semble-t-il, jamais estimé qu'il faille prendre en compte la situation du tiers bénéficiaire et ses relations avec le stipulant pour rechercher la loi applicable à la stipulation<sup>795</sup>.

---

<sup>791</sup> Article 59 de la LTGO : « Le créancier, même sans titre exécutoire peut demander que tout acte fait par le débiteur en fraude de ses droits lui soit déclaré inopposable ».

<sup>792</sup> Selon l'article 161 de la LTGO : « La simulation consiste à souscrire une convention apparente dont les effets sont modifiés ou supprimés par une autre convention destinée à rester secrète ».

<sup>793</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.111

<sup>794</sup> Y. FLOUR, *op. cit.*, n ° 393 et s. ; S. LAVAL, *op. cit.*, n ° 243 et s.

<sup>795</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.258.

## CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE LA *LEX CONTRACTUS*

**488.** On a vu avec le domaine de la *lex contractus* que celle-ci ne couvre pas toutes les questions touchant le contrat international. Si l'article 30 de l'ordonnance 62-041 pose le principe selon lequel en matière contractuelle « la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer », on a pu constater avec les autres dispositions de cette ordonnance, avec la jurisprudence malgache ou avec le droit français lorsque le droit malgache est lacunaire que tantôt la compétence de la *lex contractus* est exclusive, tantôt elle est partagée, tantôt elle est complètement exclue. La compétence exclusive de la *lex contractus* a été suffisamment analysée dans le chapitre précédent, ici nous allons étudier les questions qui ne relèvent pas du tout de la *lex contractus* c'est-à-dire les exceptions à la *lex contractus*. Ce sont principalement la question de la capacité (Section 1), celle des droits réels (Section 2), ainsi que celle concernant les contrats à partie faible qui présentent un certain nombre de particularités (Section 3).

### Section 1 : La capacité des parties

Il est important de distinguer la capacité de la personne physique (§1) à la capacité de la personne morale (§2).

#### §1 : La capacité de la personne physique

**489.** Aux termes de l'article 28 de l'ordonnance n° 62-041 : « L'état et la capacité des personnes demeurent soumis à leur loi nationale » (A). Toutefois, la règle étant une règle de conflit de lois classique, elle implique la mise en œuvre des correctifs ordinaires (B).

#### A- Le critère de rattachement de principe : la loi nationale

Le principe est posé, en matière de capacité et d'incapacité, on applique la loi personnelle de chaque cocontractant (1), cependant, quelques difficultés demeurent quant à la qualification de l'incapacité (2) et à l'identification de cette loi nationale (3).

#### 1- L'application de la loi nationale

**490.** Sur la question de savoir si une personne est apte à conclure un contrat, il faut se référer non pas à la *lex contractus* mais à la loi nationale de chaque partie au contrat<sup>796</sup>. Il revient

---

<sup>796</sup> Article 28 de l'ordonnance n°62-041 ; Cour de cassation, 23 avr.1968, Décision n° 21 ; Cour de cassation, 22 mars 2016, Décision n° 115 ; Cour de cassation, 16 nov. 2011, Décision n° 192 ; Cour de cassation, 26 juillet 2016, Décision n°284.

en principe à la loi personnelle de chaque cocontractant de déterminer si celui-ci est capable. Le rattachement par la nationalité a l'avantage d'offrir une certaine permanence. Le domaine d'application de la loi nationale apparaît large. La loi nationale définit en effet les causes de l'incapacité et délimite l'étendue de l'incapacité qui en résulte. C'est la loi nationale de l'incapable qui décide par exemple si la nomination d'un administrateur judiciaire entraîne l'incapacité civile de l'individu, et lui interdit d'agir personnellement en justice<sup>797</sup>. La loi nationale de l'intéressé définit également les sanctions applicables en cas de méconnaissance des formalités exigées ou des prohibitions posées. Il lui revient donc de préciser si l'acte conclu en méconnaissance d'une incapacité est atteint de nullité, absolue ou relative, si les règles de la lésion sont applicables, ou encore s'il peut y avoir confirmation de l'acte et par qui.

## 2- La qualification de l'incapacité

**491.** En dépit du principe de qualification *lege fori*, la catégorie juridique « incapacités » peut accueillir, en droit international privé, des questions qui ne relèvent pas toujours *stricto sensu* de la catégorie « incapacité » définie par le droit interne. On a évoqué ce problème concernant le traitement international des incapacités naturelles avec l'arrêt *Silvia*<sup>798</sup>: dans cette affaire une femme de nationalité italienne allègue avoir conclu deux actes juridiques soumis à la loi française alors qu'elle était, par suite d'une dépression nerveuse, incapable d'exprimer un consentement éclairé. À l'époque des faits, le droit français n'appréhendait l'incapacité naturelle que sous l'angle des vices du consentement comme l'état actuel du droit malgache où la principale disposition en la matière est prévue dans l'article 68 alinéa 3 selon lequel la volonté des parties « doit émaner d'une personne saine d'esprit ». Aucune règle de protection particulière n'est accordée aux personnes atteintes d'une incapacité personnelle. L'acte conclu sous l'empire d'un trouble mental peut certes être invalidé, mais sur le fondement de l'absence de consentement réel et éclairé, non sur celui de l'incapacité de son auteur. Or la question de l'existence du consentement est soumise, en droit international privé, à la *lex contractus*, tandis que l'incapacité est soumise à la loi personnelle de l'intéressé. Dans l'arrêt *Silvia*, la Cour de cassation française a choisi, en matière internationale, d'élargir la catégorie « incapacités » pour y accueillir, à côté des incapacités légales, les incapacités naturelles ; elle a donc appliqué la loi italienne de l'intéressée plutôt que la loi française de l'acte juridique.

---

<sup>797</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 févr. 2006, *Bull. civ.* I, 67.

<sup>798</sup> Civ., 25 juin 1957, *Rev. crit. DIP* 1957, p. 680, note Batiffol H. ; v. également Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janvier 2020, 18-26.683.

L'application de la loi personnelle de l'incapable, dictée par cette qualification, a pu en effet paraître plus protectrice de l'incapable que ne l'aurait été l'application de la *lex contractus*.

**492.** Le droit malgache ne disposant pas de dispositions spéciales en la matière, l'incapacité naturelle de droit français est traitée dans le vice de consentement. En conséquence, elle restera régie par la loi du contrat.

**493.** Ensuite se pose le problème de l'incapacité de jouissance. L'incapacité de jouissance ou incapacité spéciale par opposition à l'incapacité d'exercice qui est générale est celle qui ne vise que certaines catégories d'actes, réputés dangereux indépendamment de l'aptitude naturelle de leurs auteurs à les conclure, elle ne peut ainsi être générale<sup>799</sup>. Considérons l'une des plus célèbres incapacités de jouissance : celle qui interdit au médecin de recevoir un legs de son patient en fin de vie. On conçoit bien que ce n'est pas une cause propre au médecin qui le rend inapte à recevoir ce legs particulier, il peut en recevoir de la part d'autres personnes que ses patients, mais la considération du lien spécial qui s'est créé, eu égard aux circonstances, entre patient et médecin. Puisque ces incapacités ne sont pas propres à la personne qu'elles frappent, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir s'il convient de leur appliquer la loi nationale de celle-ci. Et en définitive, c'est la légitimité de leur intégration dans la catégorie de droit international privé « capacité/ incapacité » qui est en cause, quand bien même leur qualification relèverait bien, en droit interne, de cette catégorie.

**494.** Sans toujours aborder cette question sous l'angle de la qualification, la doctrine dominante s'accorde à considérer que les incapacités spéciales ne relèvent pas de la loi personnelle de l'incapable, mais doivent être soumises à la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle elles ont été édictées. Ainsi, l'incapacité de jouissance spéciale du médecin, même si elle pose la question de la capacité d'un individu à recevoir un legs, doit être régie non par la loi personnelle applicable à la capacité, mais par la loi successorale applicable à la donation<sup>800</sup> ; de même, l'incapacité spéciale du tuteur lui interdisant de se porter acquéreur des biens du tuteur doit être régie non par la loi personnelle du tuteur, mais par la loi applicable à la tutelle<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> L'incapacité d'exercice ou incapacité générale est celle qui affecte un individu en raison de considérations tirées de sa personne, elle concerne les mineurs et les majeurs protégés.

<sup>800</sup>M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.239; v. D. BOULANGER, « Incapacités relatives de disposer et de recevoir : la loi applicable », *Deffrénois* 2018, n°43, p.39.

<sup>801</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op.cit.*, p.239.

### 3- L'identification du rattachement

**495.** On sait que la loi nationale s'applique pour la capacité, mais il y a des moments où on ne connaît pas avec certitude la loi nationale qui doit s'appliquer. C'est le cas lorsqu'on se trouve dans le conflit mobile, le conflit positif ou le conflit négatif de nationalité.

**496. Le conflit mobile<sup>802</sup>.** Concernant le conflit mobile, lorsque l'intéressé a changé de nationalité : il convient dans ce cas, en application des principes de droit transitoire, d'appliquer immédiatement, mais sans effet rétroactif la loi de la nouvelle nationalité<sup>803</sup>. Ainsi, les actes conclus par l'intéressé postérieurement au changement de nationalité sont soumis à la loi de la nouvelle nationalité, tandis que les actes conclus avant ce changement restent soumis à la loi de l'ancienne nationalité.

**497. Le conflit positif.** Il y a conflit positif de nationalités lorsqu'un même individu jouit d'une double, voire d'une triple nationalité. Si un binational, Franco-Malgache conclut par exemple un contrat à l'âge de 18 ans, que l'une de ses lois nationales, le considère incapable tandis que l'autre lui reconnaît la capacité de conclure des actes juridiques, il est impossible d'appliquer cumulativement les deux lois nationales qui ont pourtant toutes deux vocation à régir la capacité. Pour limiter les difficultés nées de ces cumuls de nationalités, de nombreuses conventions internationales, multinationales ou bilatérales, ont été adoptées. Mais à défaut de convention, il faut trancher en faveur de l'une ou l'autre. Les principes de sélection sont relativement simples : lorsque l'une des nationalités en cause est celle du *for*, la nationalité du *for* prévaut<sup>804</sup>. Cependant, la Cour de cassation française semble désormais admettre que, lorsque le conflit entre la nationalité française et une nationalité étrangère doit être résolu par le juge français pour mettre en œuvre une règle de conflit ou une loi étrangère, le juge français doit trancher ce conflit comme le ferait le juge étranger, en faisant le cas échéant prévaloir la nationalité étrangère sur la nationalité française<sup>805</sup>.

**498.** Lorsque les deux nationalités en cause sont étrangères, l'arrêt Nottebohm rendu par la Cour internationale de justice le 6 avril 1955<sup>806</sup> décide qu'il faut « faire concorder le lien

---

<sup>802</sup> V.M.SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz 2005 ; I.GALLMEISTER, « Conflit mobile et identification de la loi du lieu de situation », Dalloz 2010. .

<sup>803</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 2010, D.2010.443

<sup>804</sup> CJCE 16 juill. 2009, aff. C- 168/ 08, *Rev. crit. DIP* 2010. 184, note C. Brière ; JDI 2010. 4, note L. d'Avout.

<sup>805</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2018, n° 17- 11.571, sur le renvoi en matière de successions.

<sup>806</sup> CIJ, 6 avril 1955, Rôle général n°18.

juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État ». C'est ainsi la nationalité la plus effective qui est choisie. Cette solution est entérinée par le droit français de façon constante par la Cour de cassation française.

**499. Le conflit négatif.** Concernant le conflit négatif de nationalités, le problème qui se pose est qu'on ne peut rattacher la personne à aucune nationalité. L'apatridie est la situation de celui qui, pour des raisons qui peuvent être variées, ne jouit d'aucune nationalité. Lorsque la loi renvoie à la nationalité comme élément de rattachement, le juge, saisi d'un litige mettant en cause un individu, et requis de mettre en œuvre le critère de la nationalité, est donc confronté à une impossibilité matérielle. La situation d'apatridie étant fréquente à Madagascar en raison des règles d'acquisition de la nationalité malgache, uniquement par *jus sanguinis*<sup>807</sup>, le législateur malgache a pris le soin dans l'alinéa 2 de l'article 28 de l'ordonnance n° 62-041 de prévoir que : « sont néanmoins régis par la loi malgache les apatrides domiciliés à Madagascar ». C'est également la solution de la Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides qui prévoit que l'apatride doit être soumis quant à son statut personnel à la loi de son domicile, ou à défaut de domicile, à la loi de sa résidence<sup>808</sup>.

## **B- Les correctifs de l'application de la loi nationale**

Les correctifs de l'application de la loi nationale concernent le renvoi (1), la loi de police (2) et l'ignorance excusable de la loi étrangère (3).

### **1- Le renvoi**

**500.** Aussi bien à Madagascar qu'en France, la loi nationale de l'incapable s'applique en qualité de loi personnelle de cet incapable, c'est-à-dire en tant que loi présentant un lien direct avec la personne. Or, si ici la loi personnelle est la loi nationale, ce n'est pas le cas dans les pays de *Common law* qui organisent le statut personnel en considération de la loi de la résidence de l'intéressé<sup>809</sup>. Cette différence de rattachement génère une situation techniquement propice au renvoi. Le renvoi peut-il jouer en matière d'incapacités ? Rien ne semble l'interdire et la Cour de cassation française a confirmé l'applicabilité du renvoi en la matière<sup>810</sup>: elle valide en effet l'ouverture d'une tutelle en application de la loi française, au profit d'une nationale

---

<sup>807</sup> À Madagascar, il y a plusieurs générations d'apatrides.

<sup>808</sup> Article 12- 1 de la Convention de New York.

<sup>809</sup> Par exemple Paris, 31 juill. 1895, *JDI* 1896. 147, Paris, 9 nov. 1935, *JDI* 1936. 893, *Rev. crit. DIP* 1937. 82.

<sup>810</sup> Civ. Ire, 21 sept. 2005, *Bull. civ. I*, n° 336 ; *Rev. crit. DIP* 2006. 100, note H. Muir Watt.

canadienne domiciliée en France, le droit international privé canadien renvoyant à la loi française de résidence de l'intéressée.

## 2- L'ordre public

**501.** L'exception de contrariété à l'ordre public international peut évidemment être invoquée contre l'application de la loi nationale étrangère de l'intéressé<sup>811</sup>. Une telle contrariété à l'ordre public du *for* serait par exemple constituée en présence d'une loi étrangère qui instituerait une incapacité de jouissance générale, privant un individu de toute aptitude à jouir d'un droit quelconque. C'est le cas également lorsque certaines causes d'incapacité, prévues par le droit étranger normalement applicable, sont jugées contraires à l'ordre public international malgache. Enfin, même si cette difficulté n'affecte pas l'application de la loi nationale de l'intéressé, mais celle de la loi des effets du mariage, la consécration par le droit étranger de l'incapacité de la femme mariée pourrait être jugée contraire à l'ordre public international malgache, en ce qu'elle consacre une rupture d'égalité entre l'homme et la femme, égalité pourtant consacrée par la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme ratifiée par Madagascar<sup>812</sup>. À tout le moins, cette incapacité devrait-elle être jugée contraire à l'ordre public de proximité lorsque la femme est malgache ou réside à Madagascar.

## 3- L'ignorance excusable de la loi étrangère

**502.** Cette exception concerne le droit français, mais étant donné que le droit malgache consacre la théorie de l'apparence, il n'est pas étonnant si les juges malgaches utilisent la jurisprudence française en la matière. Lorsque les relations entre l'incapable et une personne se nouent loin de l'État national de l'incapable, cette personne peut ne pas avoir eu conscience de contracter avec un incapable. Une telle situation s'était présentée dans l'affaire Lizardi<sup>813</sup>. Un national mexicain, âgé de 22 ans, avait acheté des bijoux de grande valeur à des joailliers parisiens. Quelques années plus tard, il sollicite l'annulation de la vente, aux motifs qu'il était mineur lors de sa conclusion, en application de sa loi nationale mexicaine fixant la majorité à l'âge de 25 ans. La Cour de cassation s'oppose à cette prétention, en relevant que « si en principe on doit connaître la capacité de celui avec qui on contracte, cette règle ne peut

---

<sup>811</sup> Par exemple Nancy, 23 oct. 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 723, note Y. Lequette, *JDI* 1991. 398, note F. Monéger.

<sup>812</sup> Convention adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981 et ratifiée par Madagascar en 1989.

<sup>813</sup> Req. 16 janv. 1861, *op.cit.*

être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractant en France ». Ajoutant que « le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile » ; elle conclut qu'« il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ». Ainsi le droit international privé français s'attache-t-il à préserver la sécurité des transactions conclues sur le territoire français, en garantissant l'efficacité chaque fois que les circonstances ne sont pas de nature à inciter le commerçant local à la prudence. Lorsqu'une opération contractuelle conclue sur le territoire français présente toutes les apparences de la régularité au regard des exigences de la loi locale, et que rien ne semble devoir imposer au cocontractant de s'informer sur la capacité de son partenaire, l'application de la loi étrangère ne peut invalider l'opération valablement conclue en application de la loi française. La méthode employée consiste donc à substituer à l'application de la loi nationale de l'incapable, celle de la loi française à titre de loi de police.

**503.** Cette solution, issue de la jurisprudence française, a été consacrée par le règlement Rome I qui prévoit, en son article 13, que « dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part ».

## **§2 : La capacité de la personne morale**

La règle est bien évidemment l'application de la *lex societatis* (A), mais la question reste de savoir comment identifier cette *lex societatis* (B).

### **A- L'application de la *lex societatis***

**504.** La capacité en ce qui concerne les personnes morales équivaut à la question des pouvoirs de ceux qui prétendent les engager par la conclusion d'actes juridiques. Les pouvoirs du représentant des sociétés sont régis, on l'a vu, par la *lex societatis*<sup>814</sup>. La *lex contractus* n'a donc pas à intervenir pour savoir si celui qui a signé le contrat a ou non le pouvoir d'engager la

---

<sup>814</sup>R.LIBCHABER, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux », *Revue Des Sociétés*, 1991, p.746 ; M.MENJUCQ, « L'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi dont dépend la société, *Rev.crit.DIP*, 1999, p.284.

société. C'est d'ailleurs la *lex societatis* qui régit tout le fonctionnement de la société. La *lex societatis* régit la vie de la société : elle définit le fonctionnement des organes sociaux, elle règle surtout les pouvoirs des différents organes de la société, en particulier des dirigeants sociaux qui engagent en principe la société à l'égard des tiers<sup>815</sup>.

**505.** La personne morale étant une fiction juridique, la question se pose de sa capacité pour agir en justice et surtout des pouvoirs qui doivent être conférés à cet effet. En outre, la qualité pour agir de la personne morale peut dans certaines hypothèses faire défaut. La capacité pour agir en justice reste en principe dans la dépendance de la *lex societatis*, à laquelle il revient de définir les pouvoirs des représentants de la société, c'est-à-dire de déterminer quelles personnes sont habilitées à agir en justice pour le compte de la société.

**506.** La qualité pour agir, en revanche, ne peut s'abstraire des exigences de la loi de procédure : c'est à cette dernière qu'il revient de déterminer si certaines actions doivent être réservées à une personne définie<sup>816</sup>. La loi du *for* prise comme loi de procédure peut ainsi entrer en compte pour rechercher cette qualité à agir.

## **B- L'identification de la *lex societatis***

**507.** Pour identifier la *lex societatis*, si le droit français pose une règle de conflit et précise dans l'article 1837, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil que « toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française »<sup>817</sup>, le droit malgache se contente d'édicter dans l'article 22 de l'ordonnance n° 62-041 que « Les personnes morales, dont le siège social est à Madagascar, jouissent de tous les droits reconnus aux Malgaches et compatibles avec leur nature et leur objet ». Il ressort de ces dispositions qu'une société est soumise, quant à son fonctionnement notamment les pouvoirs de ses dirigeants, à la loi de son siège social. La *lex societatis* est donc la loi du siège social.

**508.** Se pose alors la question de savoir : faut-il prendre en considération le siège statutaire, ou le siège réel de la société ? À cet égard, l'article 21 de la loi n° 2003-036 sur les sociétés commerciales édicte que « les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ». Il y a là un premier élément de réponse à notre question : dans leurs relations avec la société, les tiers

---

<sup>815</sup> R.LIBCHABER, *op.cit.*

<sup>816</sup> P. DEUMIER, M.-E. ANCEL, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p. 246.

<sup>817</sup> V.M.MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2008, n° 108 et s.

peuvent se prévaloir, indifféremment, de la loi du lieu du siège social statutaire, ou de la loi du lieu du siège social réel. Ainsi, si le dirigeant d'une société a valablement engagé celle-ci envers un tiers au regard des conditions posées par la loi du lieu du siège social réel, ce tiers pourra exiger le respect de son engagement par la société, même si le dirigeant n'avait pas le pouvoir de le souscrire en application de la loi du lieu du siège statutaire, et inversement<sup>818</sup>.

## **Section 2 : Les droits réels**

**509.** L'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 pose le principe : « les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation ». Lorsque le contrat porte sur un bien, la *lex contractus* est normalement écartée au profit de la *lex rei sitae* du moins en ce qui concerne le bien lui-même et non le lien d'obligation (§1), mais la force de rattachement à la situation du bien n'est pas la même lorsqu'on se trouve en présence d'un immeuble ou d'un meuble (§2).

### **§1 : L'application de la *lex rei sitae***

Avant de délimiter le champ d'application de la *lex rei sitae* (A), il est d'abord important de savoir s'il s'agit bien d'un droit réel (B).

#### **A- La qualification de droit réel**

**510.** La première difficulté est de savoir à quelle loi il faut se référer pour la qualification droit personnel droit réel. La réponse la plus simple est de dire que cette opération de qualification relève de la loi du *for*. Pour un litige porté devant une juridiction malgache, pour déterminer si un droit relève bien de la catégorie droit réel et doit être soumis à la *lex rei sitae*, ce sont les conceptions malgaches de la notion de droit réel qu'il conviendrait normalement de suivre. Ce principe est parmi les principes les mieux établis en droit international privé.

**511.** Cependant, une partie de la doctrine contemporaine n'est pas du même avis. Certains auteurs proposent que l'opération de qualification soit régie par la *lex rei sitae*<sup>819</sup>. Avant même la mise en œuvre de la règle de conflit du *for*, la qualification doit être faite sur la base de la *lex rei sitae*. Cette solution a le mérite d'assurer l'effectivité et l'harmonie internationale des solutions. En appliquant les qualifications des droits réels selon les critères posés par la *lex rei sitae*, pour décider du sort des droits réels, le juge s'assurerait de l'effectivité

---

<sup>818</sup> À comparer avec l'article 21 de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales.

<sup>819</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006.

de sa décision, décision qui sera nécessairement mise en œuvre dans le pays de situation des biens. Actuellement, de nombreux pays suivent cette règle de qualification selon la loi de la situation du bien. En suivant cette tendance, le droit malgache s'assure de l'exécution de ses décisions étant donné que celles-ci sont conformes à la règle retenue par la plupart des autres États.

**512.** Mais pour l'heure, le droit malgache n'ayant pas tranché, on préfère garder la solution la plus logique et la plus simple qui est celle de la qualification par le droit du *for*. Le droit français n'ayant pas non plus clairement tranché en faveur de la qualification du droit du pays de la situation du bien, on suppose que les juges français se réfèrent également à son droit<sup>820</sup>.

## **B- Le champ d'application de la *lex rei sitae***

**513.** La *lex rei sitae*, même lorsqu'elle est identifiable, ne régit pas nécessairement tous les aspects du rapport de droit portant sur un bien. Les frontières qui délimitent sa compétence doivent donc être délimitées. On procède à cette délimitation en envisageant successivement les principales questions qui peuvent se poser à propos des droits réels : leur contenu (1), leur constitution (2), leur opposabilité aux tiers (3) et enfin leur extinction (4).

### **1- Le contenu des droits réels**

**514.** Les biens relèvent de la loi de leur situation<sup>821</sup>. Il revient en principe à la *lex rei sitae* de déterminer le contenu du droit réel dont il est question. Les droits réels confèrent en effet à leur titulaire des prérogatives, qui sont en principe définies par la loi. Lorsqu'une personne, qui revendique un droit réel sur un bien, se prévaut d'une prérogative sur ce bien, il faut déterminer en application de quelle loi cette prérogative doit être définie. Cette loi est normalement la *lex rei sitae*. Ainsi, les droits qu'un individu prétend détenir sur un bien situé à Madagascar, à raison du droit de propriété qu'il a acquis sur ce bien en vertu d'un contrat de vente, sont ceux que la loi malgache attache au droit de propriété, abstraction faite de toute considération de la loi applicable au contrat de vente. Seule la loi malgache peut en tant que *lex rei sitae* définir les droits réels dont fait l'objet un bien situé à Madagascar<sup>822</sup>.

---

<sup>820</sup> V.P. LAGARDE, « La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial », *Mélanges M. Révillard, Defrénois* 2007. 209.

<sup>821</sup> Article 29 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>822</sup> C'est le droit malgache qui définit par exemple les attributs du droit de propriété qui sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ainsi que leurs contenus.

**515.** Sans faire une distinction expresse, comme le fait le Code civil français<sup>823</sup>, le législateur malgache reconnaît la *summa-divisio* des biens. « Sont meubles par leur nature les biens qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre »<sup>824</sup>. Les biens mobiliers contrairement aux biens immobiliers peuvent ainsi être déplacés. En cours de contrat, le lieu de sa situation peut changer. Une voiture objet d'un gage se trouve par exemple en France au moment de la conclusion du contrat, en cours d'exécution du contrat la voiture par quel que moyen que ce soit se retrouve à Madagascar. Arrive le moment où il faut réaliser le gage, quelle est la loi applicable ? La loi de la situation du bien au moment de la conclusion du contrat de gage ou celle de sa situation actuelle ? D'où la problématique du conflit mobile<sup>825</sup>. Le droit malgache n'apporte pas de solution précise. Mais on peut toutefois déduire de l'article 29 que comme on applique la loi de la situation du bien, ce serait la situation au moment du litige qu'il faudrait prendre en compte. Même en cas de déplacement du meuble, il revient à la loi du lieu de situation actuelle du bien de déterminer si la prérogative réclamée sur ce bien peut être reconnue. Le droit français semble adopter la même solution<sup>826</sup> puisque la Cour de cassation française a eu l'occasion de refuser des droits à un créancier au motif que ces droits ne sont pas reconnus par le droit français, la loi de la situation actuelle du bien. Il s'agit d'un créancier gagiste qui revendique un droit de propriété sur le gage. Au moment de la constitution du gage, le bien objet du gage se trouvait en Allemagne. Le droit allemand reconnaît au créancier gagiste ce droit. Mais au moment du litige, le bien a été déplacé en France, le droit français, à l'époque comme le droit malgache actuellement interdit le pacte comissoire<sup>827</sup>. Sur la base du droit

---

<sup>823</sup> Article 516 du Code civil français: « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

<sup>824</sup> Article 528 du Code civil français.

<sup>825</sup> V.M. SOULEAU-BERTRAND, *op.cit.* ; I. GALLMEISTER, *op.cit.*

<sup>826</sup> Arrêt Stewart, Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1837, GAJFDIP n° 3. ; Arrêt Société DIAC, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, 67-12.467.

<sup>827</sup> Le pacte comissoire consiste en une disposition particulière du gage par laquelle il est expressément prévu au moment de la constitution du gage ou ultérieurement que si la créance n'est pas payée, le gagiste deviendra automatiquement propriétaire de la chose gagée. Cette clause a été interdite en droit français, mais aujourd'hui, le droit français a évolué désormais aux termes de l'article 2348 du Code civil français : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé ». En droit malgache, la clause reste interdite, l'article 89 de la loi n°2003-041 sur les sûretés prévoit que : « ...faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut huit jours après une sommation restée infructueuse, faite au débiteur et s'il y a lieu, au tiers constituant du gage : - soit faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution. - soit se faire attribuer le gage par simple Ordonnance sur requête, jusqu'à due concurrence et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert ».

français, loi du lieu de situation actuelle du bien, la Cour de cassation française refuse d'accorder la prérogative de droit de propriété au créancier gagiste.

**516.** Cette solution n'empêche toutefois pas qu'une partie de la doctrine estime que lorsque la constitution d'un droit réel résulte d'un acte juridique, il n'est pas envisageable d'ignorer totalement la loi qui régit cet acte juridique pour apprécier la consistance des droits qui en découlent, quand bien même s'agit-il des droits réels. Nous estimons au contraire qu'étant donné que les droits portent sur un bien, c'est la loi de la situation de ce bien qui est à même de délimiter les attributs attachés aux droits réels dont il fait l'objet. Aussi, trouvons-nous parfaitement logique la solution retenue par le droit français en refusant de reconnaître un droit qui n'est pas reconnu par le droit du pays de la situation du bien. D'ailleurs, comme on ne peut pas exiger aux juges la connaissance de tous les éléments constitutifs d'un droit de tous les pays du monde, on ne peut leur demander de ne pas se référer à la loi de la situation du bien particulièrement lorsque le bien se situe dans le pays du *for*.

## **2- La constitution des droits réels**

**517.** Il n'est pas rare que la loi fasse directement découler la constitution ou l'acquisition de droits réels de certains faits juridiques ou circonstances. Tel est par exemple le droit au profit du propriétaire d'un fonds enclavé à une servitude de passage<sup>828</sup>. Dans cette hypothèse, et pour tous les modes de constitution des droits réels qui sont propres au droit des biens, la *lex rei sitae* est compétente<sup>829</sup>. Mais il arrive quand même au juge malgache de se référer sur l'acte source du droit réel lorsque celui-ci contribue à conforter la compétence de la *lex rei sitae*. Dans un arrêt de 2017, la Cour de cassation utilise à la fois l'article 28 que l'article 31 pour appliquer le droit malgache. Il s'agit d'un partage des successions d'une veuve de nationalité chinoise. Le juge a écarté la loi nationale des parties au motif que les immeubles et le domicile du défunt se trouvent à Madagascar, que depuis l'entrée de la veuve de nationalité chinoise à Madagascar, elle ne connaît plus la loi chinoise, ses enfants sont nés à Madagascar, son mari décédé et enterré à Madagascar<sup>830</sup>.

**518.** Au même titre que le raisonnement précédent, la difficulté de conflit mobile peut se poser lorsque le bien considéré est un meuble. En droit français, l'arrêt Stewart<sup>831</sup> a posé

---

<sup>828</sup>Article 682 du Code civil français.

<sup>829</sup> Cour de cassation, 3 nov.2017, Décision n°745.

<sup>830</sup> *Ibid.*

<sup>831</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1837, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *op.cit.*

le principe selon lequel la loi applicable est normalement celle du lieu où se trouve le bien au moment de l'acquisition ou de la constitution du droit réel. Ce qui signifie qu'un droit sur un meuble antérieurement et complètement acquis au lieu de sa situation initiale reste acquis en application de la *lex rei sitae* d'origine, celui-ci n'est pas remis en cause en raison du déplacement du bien. Inversement, tous les droits qui seront acquis sur le bien postérieurement à son déplacement le seront en application de la loi de sa situation nouvelle.

**519.** Mais le problème subsiste lorsque la constitution du droit s'étale dans deux endroits différents. Le processus d'acquisition a été commencé dans l'État où le bien se trouvait initialement, mais avant que toutes les formalités de constitution soient terminées, le bien a été déplacé. Le droit n'a pas été définitivement acquis dans le lieu de la situation initiale. Tel serait le cas en présence d'une acquisition par la prescription. On peut en effet imaginer qu'un bien, initialement situé dans un pays où la possession emporte prescription au terme d'un délai de 20 ans, soit déplacé, après 10 ans de possession dans le pays d'origine, vers un pays où la prescription suppose une possession d'une durée de 30 ans. En matière mobilière, l'application du principe « en fait de meubles possession vaut titre »<sup>832</sup> aura pour conséquence qu'un meuble, dont un individu sera entré en possession à l'étranger sans que cette possession y ait eu, en vertu de la *lex rei sitae*, un effet acquisitif de propriété, sera réputé propriété de son possesseur une fois déplacé à Madagascar, par application de l'article 2276 du Code civil français utilisé habituellement par les juges malgaches comme actuelle *lex rei sitae*.

**520.** L'acquisition d'un droit réel procède habituellement d'un acte juridique comme un contrat de vente, un testament ou une donation ou d'un fait juridique à l'instar du décès. Ces actes ou événements sources du droit réel ne relèvent pas nécessairement de la *lex rei sitae*. Celle-ci se trouve alors confrontée à une autre loi : la *lex contractus*, la loi qui régit la succession, etc. Il importe dès lors d'articuler *lex rei sitae* et loi propre à l'événement constitutif du droit réel.

**521.** Pour limiter ces difficultés, d'une part, certains pays consacrent ponctuellement<sup>833</sup>, l'attraction par la *lex rei sitae*, qui s'applique alors aussi bien au droit réel qu'à l'acte juridique qui le fait naître ou le transfère. Mais cette attraction ne joue pas systématiquement. En l'absence de coïncidence entre la *lex rei sitae* et la loi propre à l'événement ou l'acte constitutif ou translatif du droit réel, il est admis que les domaines

---

<sup>832</sup> Article 2276 du Code civil français.

<sup>833</sup> S.CLAVEL, *Droit international privé, les biens*, DALLOZ, 2018, 936 et s.

d'application respectifs de ces deux lois se déterminent en application des principes suivants : la loi de l'événement ou de l'acte constitutif ou translatif tel que la loi du contrat ou la loi successorale définit les conditions de constitution ainsi que les effets purement obligatoires ne portant pas sur les droits réels tandis que la *lex rei sitae* s'applique aux effets réels de l'événement ou de l'acte, en particulier aux conditions et modalités de transfert de ces droits. On va prendre un exemple pour illustrer la pratique. Dans le contrat de vente, le droit malgache consacre le principe du transfert de propriété *solo consensu*, tandis que d'autres droits, à l'instar du droit allemand<sup>834</sup>, n'attachent pas automatiquement ce transfert de propriété à la conclusion du contrat de vente : des formalités ou actes complémentaires sont exigés. Si un contrat de vente soumis à la loi allemande porte sur un meuble situé à Madagascar, le transfert de propriété s'opérera en principe *solo consensu*, car la loi malgache en tant que *lex rei sitae* régit le transfert de propriété.

**522.** D'autre part, à côté de l'attraction par la *lex rei sitae*, ou de l'application distributive de la *lex rei sitae* et de la loi de l'acte ou de l'événement, il arrive parfois qu'on préconise l'extension de la loi de l'acte ou de l'événement aux effets réels. On a signalé qu'une difficulté peut apparaître lorsque le bien, sur lequel des droits réels ont été constitués est déplacé. Lorsque la loi de situation actuelle attribue au titulaire du droit réel des prérogatives, différentes de celles résultant de la loi sous l'empire de laquelle les droits ont été créés<sup>835</sup>, la détermination des prérogatives du titulaire du droit réel peut déjouer les prévisions des parties. En effet, ainsi que le soulignent certains auteurs, au moment de la constitution du droit réel considéré, les parties ont nécessairement conçu ce droit en considération de la *lex contractus*. C'est donc à la *lex contractus*, plutôt qu'à la *lex rei sitae*, qu'il devrait revenir de définir le contenu des droits réels constitués. Cette solution s'avère dangereuse pour les tiers en raison de forte probabilité de l'ignorance de la *lex contractus* par les tiers ; alors qu'ils sont en mesure de connaître la *lex rei sitae*. Néanmoins, cette solution pourrait être admissible sous couvert de certains correctifs qui pourraient se traduire par une éviction ponctuelle de la *lex contractus* pour protéger les tiers, soit en considération de leur ignorance légitime, soit en raison de la nature de lois de police de la *lex rei sitae*<sup>836</sup>. Le droit positif français ne s'est toutefois pas clairement rallié à cette approche, encore moins le droit malgache.

---

<sup>834</sup> V. § 433 du Code civil allemand, v.aussi, F.BERTON : « Présentation générale du droit allemand de la vente. », Village de la justice, 2015.

<sup>835</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1837, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *op.cit.*

<sup>836</sup> V. HEUZE, *op. cit.*, n°681.

### 3- L'opposabilité des droits réels aux tiers

**523.** L'opposabilité des droits réels aux tiers est généralement subordonnée à l'accomplissement de formalités<sup>837</sup>. Dans certains cas, ces formalités affectent directement les prérogatives portant sur les biens, par exemple lorsque la constitution d'un droit réel sur un bien impose la dépossession<sup>838</sup>. Dans d'autres, ces formalités prennent la forme d'une publicité par enregistrement sur un registre public ou par tout autre moyen pertinent<sup>839</sup>. Il paraît judicieux de distinguer ici en fonction de la nature, immobilière (a) ou mobilière (b), du droit considéré.

#### a- L'opposabilité des droits réels immobiliers

**524.** Les droits réels immobiliers, pour être opposables aux tiers, doivent nécessairement respecter les exigences prescrites par la *lex rei sitae*. Ainsi, le législateur malgache exige que le droit de propriété contractuellement acquis sur un immeuble situé à Madagascar passe par la publication sur les registres de publicité foncière tenus par les autorités foncières malgaches, en application de la *lex auctoris*<sup>840</sup>. Il s'agit là d'une exigence de police. Pour les parties, même si en droit malgache cette exigence d'enregistrement ne touche pas la validité du contrat, il y va quand même de l'effectivité du droit transféré ou constitué en ce sens que cette publicité assure la protection contre les immixtions des tiers. L'ordre juridique malgache ne protège ce droit que s'il a été régulièrement publié. La seule question qu'il convient de se poser est donc de déterminer si les exigences, le cas échéant prescrites par la *lex contractus*, doivent aussi être respectées. En pratique, ce respect ne devrait pas s'imposer sauf si la publicité est exigée *ad validitatem*. Ainsi, si la *lex contractus* prescrit, à peine de nullité, une publication sur des registres tenus au domicile du vendeur, l'exigence devrait être respectée même si l'immeuble se situe sur le territoire d'un autre État<sup>841</sup> indépendamment de la publicité réalisée au lieu de situation de l'immeuble.

---

<sup>837</sup> Article 129 alinéa 2 de la LTGO : « Cette opposabilité peut être subordonnée à certaines formalités de publicité notamment ».

<sup>838</sup> C'est le cas du contrat de gage en droit malgache. Aux termes de l'article 70 de la loi n° 2003-041 sur les sûretés : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ».

<sup>839</sup> Article 129 alinéa 2 de la LTGO, *op.cit.*

<sup>840</sup> Selon l'article 27 de la loi n° 2021-016 30 juin 2021 portant refonte de la Loi n°2006-031 du 24 novembre 2006 fixant le régime juridique de la propriété foncière privée non titrée : « Tout droit réel immobilier et charge n'existent à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions, délais et limites fixés par la présente loi et ses textes d'application ».

<sup>841</sup> L'article 95 de la LTGO prévoit que : « l'inobservation des formes prescrites par la loi n'entraîne la nullité de l'acte juridique, à défaut de dispositions la prévoyant expressément, que s'il s'agit de formes substantielles ».

## **b- L'opposabilité des droits réels mobiliers**

**525.** L'opposabilité des droits réels mobiliers appelle des solutions plus complexes, non seulement parce que les formalités requises sont plus variées dans leur nature lorsque de telles formalités sont exigées, mais aussi parce que le risque de conflit mobile n'est jamais écarté. Ce qui est rare pour l'opposabilité du droit de propriété, mais plus fréquent pour l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Contrairement au droit immobilier dans lequel l'enregistrement au registre de conservation foncière constitue la principale formalité, en matière de droit mobilier ces formalités peuvent s'agir d'un enregistrement auprès du registre de commerce et des sociétés, de publicité auprès du service d'immatriculation, de dépossession... La loi applicable est ici encore, en principe, la *lex rei sitae*. En cas de conflit mobile, c'est la loi du lieu de situation actuelle qui est applicable<sup>842</sup>. Le déplacement du bien devrait donc s'accompagner de l'accomplissement, par le titulaire de droits réels sur ce bien, des formalités prescrites par la loi de la nouvelle situation. Ce n'est qu'à cette condition que l'opposabilité de ses droits réels aux créanciers locaux soit assurée.

**526.** Mais comme les formalités en matière des droits réels mobiliers sont nombreuses et changeantes contrairement à la publicité foncière, la *lex rei sitae* n'organise pas toujours la réalisation matérielle des opérations de publicité desdits droits. Il en résulte dès lors une difficulté spécifique lorsque le lieu où la publicité doit être effectuée, selon les exigences de la *lex rei sitae*, se situe à l'étranger. Le droit français semble considérer que le non-respect des exigences de la *lex rei sitae* ne peut être opposé au titulaire du droit réel si la mesure de publicité prescrite par cette loi était matériellement impossible à réaliser.

## **4- L'extinction des droits réels**

**527.** En général, une même opération entraîne extinction du droit d'une personne et acquisition de ce droit par une personne. L'extinction des droits réels, dans le patrimoine d'un individu, s'opère de ce fait, usuellement sauf disparition matérielle de la chose par transfert de ces droits vers un autre patrimoine. Elle pose donc les mêmes difficultés que la constitution. Par conséquent, elle est soumise aux mêmes règles que l'acquisition de ces droits dont elle est le corollaire. Il sera fait application de la *lex rei sitae* s'agissant des règles de détermination des causes et des modalités de l'extinction des droits réels.

---

<sup>842</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1837, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *op.cit.*

## **§2 : La force de rattachement de la *lex rei sitae***

On verra successivement la force de rattachement de la *lex rei sitae* pour les biens immobiliers (A) et pour les biens mobiliers (B).

### **A- La force de rattachement de la *lex rei sitae* pour les biens immobiliers**

**528.** Les droits réels immobiliers subissent doublement l'attraction du lieu de situation des biens : en matière de conflits de juridictions, les litiges relatifs aux droits réels immobiliers sont soumis, à la compétence exclusive des juridictions du pays de situation de ces immeubles<sup>843</sup> et en matière de conflits de lois, ils relèvent de la compétence de la *lex rei sitae*<sup>844</sup>. Ce qui nous intéresse étant la question de la loi applicable, on ne va pas entrer dans les détails de conflit de juridictions.

**529.** De manière universelle, les droits réels portant sur un immeuble sont globalement soumis à la loi du lieu de situation de cet immeuble. L'alinéa 2 de l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 le précise : « en particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache »<sup>845</sup>. A contrario, cette règle signifierait que les immeubles qui se trouvent à l'étranger ne sont pas régis par le droit malgache. Les droits réels portant sur des immeubles situés à l'étranger sont soumis à la loi étrangère du lieu de situation. Pourquoi ce fort rattachement à la *lex rei sitae* des droits immobiliers (1) ? S'agit-il d'un rattachement absolu et illimité ? (2)

#### **1- La justification du fort rattachement à la *lex rei sitae* en matière immobilière**

**530.** Les fondements avancés sont nombreux. Les droits réels sont par nature opposables aux tiers. La qualité essentielle du critère de rattachement réside dans l'aptitude de ce rattachement à rendre le droit opposable aux tiers d'une manière qui est raisonnablement prévisible. Le lieu de situation du bien répond à cette préoccupation de prévisibilité en ce sens qu'il est par nature ostensible. Contrairement à d'autres critères, et tout particulièrement à la loi

---

<sup>843</sup> Article 80 du Code de procédure civile : « Toutefois, les actions sont portées : [...] En matière réelle, devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux ». Cet article ne fait pas de distinction entre action mobilière et action immobilière alors que le même législateur prend le soin de donner les définitions respectives de l'action mobilière et l'action immobilière dans les articles 7 et 8 du Code de procédure civile.

<sup>844</sup> Article 29, alinéa 2 de l'ordonnance n°62-041 : « En particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache ».

<sup>845</sup> Même formulation que l'article 3 alinéa 2 du Code civil français.

qui pourrait être choisie par les parties pour régir un contrat translatif ou constitutif de droits réels, le lieu de situation n'est jamais occulte et les tiers peuvent donc raisonnablement se fier aux modes d'opposabilité prévus par la loi locale. Ainsi, toute personne souhaitant savoir si un immeuble situé à Madagascar est grevé d'une hypothèque ou d'un privilège pourra se fier aux modes d'opposabilité prévus par le droit malgache, c'est-à-dire consulter le registre de la publicité foncière.

**531.** En outre, le critère possède une complète neutralité, il ne dépend pas ni de la volonté des parties ni de l'appréciation du juge.

**532.** Enfin, il se démarque par son caractère permanent. L'immeuble est, en effet, immobile, de sorte que, sauf en cas de mutation de souveraineté du territoire sur lequel l'immeuble est implanté, il n'y a absolument pas de risque de conflit mobile.

## **2- La délimitation du rattachement**

**533.** Il est constant que la *lex rei sitae* s'applique intégralement en cas d'acquisition originaire d'un droit réel. Mais qu'en est-il en cas d'acquisition dérivée ? Dans ce dernier cas, la tendance contemporaine est de procéder à un partage des tâches entre la *lex rei sitae*, qui régit les aspects réels de l'opération, et la loi de la source du droit réel qui régit la constitution ou le transfert conventionnel de droits réels, en l'occurrence, la *lex contractus*, ou la loi successorale ou la loi du régime matrimonial selon le cas.

**534.** La ligne de partage précise entre la *lex rei sitae* et la loi de la source est bien évidemment incertaine et ne manque pas de générer des difficultés. Pour éviter ce délicat partage, il est bien sûr préférable que la loi de la source coïncide avec la *lex rei sitae*. Mais tel n'est pas forcément le cas. Lorsque la loi de la source est différente de la *lex rei sitae*, il faut déterminer quelles questions relèvent de chacune des lois. Cette opération peut être assez difficile et dépend de la force d'attraction de la loi réelle.

**535.** Dans certains cas, la *lex rei sitae* est tellement contraignante qu'elle ne laisse quasiment pas de place à une éventuelle application de la loi de la source étrangère<sup>846</sup>. Dans ce cas, il appartient à la *lex contractus* de déterminer quels sont les droits réels susceptibles d'être

---

<sup>846</sup> Par exemple, l'article 2417 du Code civil français prévoit que seuls les actes notariés français peuvent porter hypothèque sur des immeubles situés en France.

constitués sur la chose et quel en est le régime, c'est-à-dire à quelles conditions ces droits réels peuvent être constitués ou transférés et à quelles conditions ces droits sont opposables aux tiers.

**536.** Dans d'autres hypothèses, la *lex rei sitae* est plus souple. Ainsi, rien n'empêche de transférer la propriété d'un immeuble situé à Madagascar par un contrat de vente soumis à une loi étrangère. Dans ce cas, la loi réelle permissive laisse place à une loi de la source. C'est la *lex contractus* ou la loi successorale ou la loi du régime matrimonial qui détermine les conditions de validité et les effets du contrat, à l'exception de l'effet réel et le transfert de propriété. Les conditions, les moments et les effets de transfert restent régis par la loi réelle.

## **B- La force de rattachement de la *lex rei sitae* en matière mobilière**

**537.** De prime abord, les meubles corporels obéissent au même principe de territorialité, tel que l'édicte l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 en disposant que : « les biens relèvent de la loi du lieu de leur situation » et l'article 80 du Code de procédure civile en édictant que « ... En matière réelle, devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux ». L'article 29 même s'il précise le cas particulier de l'immeuble dans son alinéa 2 en prévoyant : « en particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache » ne semble pas faire une nette distinction entre les biens meubles et les biens immeubles. Toutefois, une telle précision n'ayant pas été faite innocemment, en outre l'article 7 et 8 du Code de procédure civile fait une distinction entre une action mobilière et une action immobilière, des nuances existent quant à la force de rattachement de la *lex rei sitae* selon que le contrat porte sur un bien meuble ou sur un immeuble. On va d'abord voir la règle générale (1) pour parler ensuite des règles générales (2).

### **1- La règle générale**

**538.** Sur la base de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 29, les meubles relèvent de la *lex rei sitae*<sup>847</sup>. Le fondement serait ici identique à celui qui prévaut pour les immeubles : la sauvegarde des attentes légitimes des tiers en raison du caractère ostensible du lieu de situation du bien. Toutefois, contrairement aux immeubles, les meubles sont susceptibles d'être déplacés. Le critère retenu ne bénéficie donc pas ici de la permanence qui le caractérise comme en matière

---

<sup>847</sup> Cass., req., 24 mai 1933, *Kantoor de Mas*, S. 1935. I. 253, note H. Batiffol, *Rev. crit.* 1934. 142, note J.- P. Niboyet, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *DIAC*, *Rev. crit. DIP* 1971. 75, note Ph. Fouchard, *JDI* 1970. 916, note J. Deruppé, *JCP* 1970. II. 16182, note H. Gaudemet- Tallon, *GADIP*, n° 48, Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2010, Arman, n° 08-19.293, *Bull. n° 28*, *Rev. crit. DIP* 2010. 485, note C. Cohen, *D.* 2010.443, obs. I. Gallmeister.

immobilière. Au contraire, les meubles sont sujets aux conflits mobiles, qui rendent certaines opérations telles que les sûretés, délicates en matière internationale.

**539.** Comme pour les immeubles, la *lex rei sitae* a vocation à régir les modes d'acquisition et de transfert des droits réels principaux et accessoires, les prérogatives du titulaire de ces droits et leurs modes d'opposabilité. Comme pour les immeubles, les conditions de validité et les effets autres que le transfert de propriété, relèvent de la loi de source notamment la *lex contractus* et non de la loi de situation du bien objet du contrat. Toutefois, dans certains cas, et en particulier en matière de sûretés, pour lesquels tout réside dans l'opposabilité aux tiers, l'essentiel sera régi par la *lex rei sitae*.

**540.** La principale difficulté en matière de droits réels mobiliers, on l'a vu, tient à leur faculté d'être déplacés qui fait naître la question du conflit mobile. En cas de déplacement du meuble par-delà une frontière, doit-on tenir compte de l'ancienne ou de la nouvelle situation du bien ? La jurisprudence française a donné la réponse conformément à l'approche moderne du conflit mobile, qui consiste à s'attacher au fondement de la règle : la protection des attentes des tiers. Lorsque le conflit survient, les attentes des tiers se fondent sur la situation actuelle du bien, et non sur l'ancienne situation. Tout conflit mobile doit donc être tranché en faveur d'une application de la loi de la situation actuelle du bien<sup>848</sup>.

**541.** Dès lors qu'un meuble faisant l'objet d'une sûreté traverse une frontière, l'opposabilité de cette sûreté dépend de la loi de la nouvelle situation. Or, les modes d'opposabilité des sûretés sont très variables d'un pays à l'autre. En particulier, l'opposabilité des sûretés sans dépossession repose généralement sur des formalités de publicité qui, en cas de conflit mobile, n'auront par hypothèse été satisfaites que dans l'État de l'ancienne situation du bien et non dans celui de sa nouvelle situation. Par conséquent, en droit international privé, le passage d'une frontière a fréquemment pour conséquence de faire perdre toute efficacité aux sûretés réelles mobilières. D'où la faveur aux sûretés personnelles en matière internationale.

---

<sup>848</sup> C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation en matière de sûretés mobilières, domaine dans lequel la question est la plus aiguë. Dans une affaire DIAC, déjà citée, la Cour de cassation a considéré que l'opposabilité de la sûreté, bien que constituée en Allemagne et en conformité de la loi allemande, devait être appréhendée à travers le prisme du droit français dès lors que le véhicule automobile, objet de la sûreté, se trouvait en France au moment des faits litigieux. ( Civ. 1<sup>re</sup> , 8 juill. 1969, *op.cit.* )

## 2- Les règles spéciales

À côté de la règle, des contrats passés sur certains meubles tels que les navires, les satellites (a) et les biens incorporels (b) méritent une attention particulière.

### a- Les navires et les satellites

**542.** Certains types de biens sont particulièrement difficiles à rattacher à la *lex rei sitae* dans la mesure où ils sont fréquemment situés dans des lieux qui ne sont pas rattachés à un État et qui ne sont donc soumis à aucune loi locale. Il en va ainsi, d'une part, des navires et, d'autre part, des satellites. Les premiers se déplacent fréquemment et sont souvent situés dans les eaux internationales. Pour pallier cette difficulté, la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926<sup>849</sup> et la Convention de Genève du 6 mai 1993 appelée à la remplacer rattachent fictivement les navires à l'État de leur pavillon<sup>850</sup>. Les sûretés constituées sur les navires présentent ainsi des particularités. Aux termes de l'article 8.2.08 du Code maritime : « Les hypothèques consenties en pays étrangers sur un navire malgache produisent leurs effets à l'égard des tiers du jour seulement où elles sont inscrites sur le registre des hypothèques maritimes prévu à l'article 8.2.07 »<sup>851</sup>. Une fois les sûretés régulièrement publiées sur le registre qui est accessible au public, sont donc opposables en quel que lieu que se trouve le navire, à condition tout au moins que l'État dans lequel la question se pose soit lui-même lié par la convention en question<sup>852</sup>.

**543.** De la même manière, les « objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique », c'est-à-dire dans un espace sans loi locale, sont fictivement rattachés à la loi de leur État d'enregistrement par le traité du 27 janvier 1967.

**544.** Enfin, une Convention du Cap du 16 novembre 2001 sur les matériels d'équipements mobiles prévoit une déterritorialisation pour ces équipements, les soustrayant complètement à l'emprise de toute loi locale. Cette Convention concerne les cellules d'avions, moteurs d'avions, hélicoptères, matériels ferroviaires... Comme ces équipements mobiles sont

---

<sup>849</sup> Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes

<sup>850</sup> V. l'article 1.4.06 du Code maritime : « Les navires possèdent la nationalité de l'État dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par les traités internationaux, les navires naviguant sous le pavillon d'un seul État sont soumis à sa juridiction exclusive en haute mer ».

<sup>851</sup> Article 8.2.07 du Code maritime : « L'hypothèque est rendue publique par son inscription sur le registre des hypothèques maritimes tenu au Service de la Marine Marchande à Tananarive ».

<sup>852</sup> Article 8 de la Convention de Bruxelles : « Les créances privilégiées suivent le navire en quelque main qu'il passe ».

par nature appelés à se déplacer quotidiennement, l'application des règles de droit commun enlèverait toute son efficacité aux sûretés consenties sur ces équipements. C'est la raison pour laquelle la Convention organise un système déconnecté de toute assise territoriale. Celle-ci prévoit des règles matérielles permettant aux sûretés constituées en conformité de ces règles, et publiées sur un registre transnational d'être opposables partout, en tout cas sur le territoire de tout État contractant.

## **b- Les biens incorporels**

### **- Les créances et les parts sociales**

**545.** Comme les biens corporels, les biens incorporels font également l'objet des contrats<sup>853</sup>. Quelle est la loi applicable à ces biens incorporels ? Contrairement aux biens corporels, les biens incorporels ne peuvent pas relever de la *lex rei sitae* puisqu'ils ne répondent pas au caractère ostensible de ces premiers. Par essence, en effet, contrairement aux biens corporels, les biens incorporels n'ont pas véritablement d'assise matérielle. Il convient donc de chercher, pour chaque bien incorporel, la loi qui va régir son régime. Vu les spécificités des biens incorporels, il ne peut y avoir de véritable droit commun en la matière, mais une série de droits spéciaux. Mais ces droits spéciaux correspondent quand même à une logique identique : l'application de la loi qui a régi le contrat ou l'événement qui se trouve à l'origine du bien incorporel. Celle-ci régit les modes d'acquisition du bien, les prérogatives du propriétaire, les modes de transmission de la propriété, de constitution de droit réel et d'opposabilité aux tiers des différents droits sur ce bien.

**546.** Cette logique conduit ainsi à soumettre chaque bien incorporel à la loi de sa source. La créance relève ainsi de la loi régissant le rapport de droit ayant régi sa naissance, c'est donc l'application de la *lex contractus*<sup>854</sup>. Les parts sociales sont soumises à la loi qui régit sa naissance : c'est à la *lex societatis*.

---

<sup>853</sup> V. B. HAFTEL, « Droit international privé et immatériel – rapport français », in *L'immatériel – Journées espagnoles de l'Association Capitant*, 2014, p. 983, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, § 853 et s.

<sup>854</sup> La question de l'opposabilité aux tiers de la cession de créances est des plus épineuses. Elle échappe probablement à la loi régissant la créance pour relever d'une logique proche des lois de police. C'est ce que prévoit le Code monétaire et financier français s'agissant des cessions par bordereau ( article L. 214- 43, L. 313- 27 et L. 515- 21, sur lesquels v. D. BUREAU, « Les conflits de lois relatifs à l'opposabilité des transferts de créance par bordereau selon la loi de sécurité financière », *RDC* 2004. 445). Pour les autres cessions, la question est discutée, la doctrine hésitant, à défaut de droit positif pertinent, entre la loi de la résidence du cédé et celle du cédant ; v. sur l'ensemble D. PARDOEL, « Les conflits de lois en matière de cession de créances », *LGDJ*, 1997.

## - Les propriétés intellectuelles

**547.** La principale particularité concernant la loi applicable à la propriété intellectuelle tient à la règle de la territorialité des propriétés intellectuelles. Que ce soit en matière de propriété industrielle ou de propriété littéraire et artistique, un droit de propriété intellectuelle est nécessairement rattaché à un État et ne déploie ses effets qu'à l'intérieur de cet État<sup>855</sup>. Par conséquent, les droits de propriété industrielle ne sont protégés dans un État qu'à condition d'y avoir été spécifiquement protégés à cette fin par un dépôt ou un enregistrement selon les modalités prévues par la loi de ce pays. Quant à la propriété artistique et littéraire, il n'est nullement besoin d'un quelconque dépôt ou enregistrement pour assurer sa protection. Celle-ci résulte de plein droit de sa simple divulgation. Mais dans tous les cas, le principe de territorialité implique que le droit de propriété intellectuelle est différent pour chaque État dans lequel l'œuvre de l'esprit est protégée. Ce droit est à chaque fois soumis à la loi du pays de sa protection<sup>856</sup>. L'œuvre protégée dans plusieurs pays donne donc lieu à plusieurs droits de propriété intellectuelle distincts, chacun régi par sa loi locale : la même invention donne lieu à un brevet malgache, brevet français, un brevet allemand, un brevet brésilien... la même chanson est juridiquement morcelée en une œuvre artistique malgache soumise à la loi malgache, une œuvre artistique française soumise à la loi française, une œuvre artistique allemande soumise à la loi allemande, œuvre artistique brésilienne soumise à la loi brésilienne...

**548.** Il en va autrement lorsque des conventions régionales ou internationales organisent des titres à effet unitaire supranational. En Europe par exemple on a la marque communautaire<sup>857</sup>, des dessins et modèles communautaires<sup>858</sup> et du brevet européen unitaire<sup>859</sup>.

### Section 3 : Le choix des parties dans le contrat à parties faible

On entrera en détail concernant les contrats à partie faible dans la deuxième partie relative au défaut de choix des parties, mais d'ores et déjà, on va survoler le cas de ces contrats

---

<sup>855</sup> Sur le fondement de ce principe de territorialité, v. N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002, spéc. p. 379 et s., B. HAFTEL, « Droit international privé et immatériel... », *op. cit.*, p. 991 et s., J.- S. BERGE, « Le principe de territorialité et la propriété intellectuelle », in *Droit international privé et propriété intellectuelle*, 2010, p. 51 et s.

<sup>856</sup> *Infra* n° 954 et s.

<sup>857</sup> Règlement n° 40/ 94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire.

<sup>858</sup> Règlement ( CE) n° 6/ 2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

<sup>859</sup> Règlement n° 1257/ 2012 du Parlement européen et du conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet.

lorsque les parties ont choisi une loi applicable. Cette question est relative au contrat de consommation (§1) et au contrat de travail (§2).

### **§1 : Le choix de la loi dans le contrat de consommation**

**549.** D'une manière générale, le contrat de consommation met en relation un professionnel et un consommateur. Le consommateur est considéré par la plupart des législateurs comme la partie faible et a de ce fait besoin de protection. En matière de la *lex contractus*, l'exercice d'un choix de la loi applicable est fréquent en présence d'un professionnel habitué du commerce international. Il est ainsi courant que le professionnel insère une clause d'*electio juris* dans le contrat qu'il conclut avec le consommateur. Or, l'article 43 de la loi n°2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs dispose que « Sont interdits les contrats, conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pouvant contenir des clauses abusives, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes ». Dans un contrat international, il y a un risque important que le rapport de déséquilibre contractuel ne se traduise par un choix de loi défavorable à la partie faible. Le législateur va donc essayer de protéger le consommateur d'une clause imposée par le professionnel qui désigne une loi laissant le consommateur sans protection. Le droit malgache se contente de prévoir que les dispositions protectrices s'appliquent aux consommateurs qui se trouvent à Madagascar<sup>860</sup> alors que le règlement Rome I voulant obtenir l'équilibre le plus juste entre le respect de la volonté des parties et le souci de protection du consommateur pose une règle bien précise. Comme dans tout contrat, le choix de la loi applicable est parfaitement possible. Néanmoins, ce choix ne peut pas avoir comme conséquence à « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable »<sup>861</sup>. Ce qui signifie que la loi choisie par les parties ne peut pas aller à l'encontre des dispositions impératives de protection prévues par la loi objectivement applicable en l'absence de choix.

### **§2 : Le choix de la loi dans le contrat de travail**

La protection se fait notamment par le principe de faveur (A) qui se manifeste en pratique par la comparaison entre les lois (B).

---

<sup>860</sup> V. Article 1 et article 4 de la loi n°2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs.

<sup>861</sup> Article 6.2 du règlement Rome I.

## **A- Le principe de faveur**

**550.** En droit du travail, les dispositions législatives garantissent aux travailleurs des avantages minimaux. Ces avantages ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits par d'autres dispositions ou conventions contraires. En revanche, ces dernières ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives soient institués par voie conventionnelle : c'est le principe de faveur.

**551.** En matière contractuelle, le principe est posé par l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041, les contractants sont libres de choisir la loi applicable au contrat. Le droit malgache prévoit qu'en matière de droit de travail les dispositions contenues dans le Code de travail sont impératives pour tout contrat exécuté à Madagascar. Le Code du travail fait abstraction du choix de la *lex contractus* par les parties tandis que le droit français fait état du principe de faveur même en matière de conflit de lois. En effet, l'article 8.1 du règlement Rome I dispose que « le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article ».

## **B- La comparaison entre la loi choisie et la loi objectivement applicable**

**552.** Comme en matière de consommation, le choix est possible, mais ce choix ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions de la loi objectivement applicable à défaut de choix. Par conséquent, en présence de choix, il faut faire une comparaison entre la loi choisie par les parties et la loi objectivement applicable. La règle de conflit recherche l'application de la loi la plus « protectrice » pour le salarié. La jurisprudence française semble même aller au-delà, elle tend à rechercher la loi la plus « favorable » au salarié<sup>862</sup>. Ce qui ne manque de présenter une difficulté pratique<sup>863</sup> puisqu'une règle peut être plus protectrice, mais pas forcément plus favorable. Par exemple, les règles sur le repos compensateur sont plus protectrices, mais sont-elles plus favorables qu'une

---

<sup>862</sup> Évoquant « la détermination du caractère plus favorable d'une loi (...) », Soc. 12 nov. 2002, Briant c/ Institut culturel autrichien; les termes sont toutefois fluctuants : pour un exemple de mention des dispositions « plus protectrices », Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 15- 23.723.

<sup>863</sup> V. N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP* 2016. 309.

rémunération plus élevée des heures supplémentaires<sup>864</sup> ? Se posent alors les questions de savoir : comment comparer ? (2) Quelles dispositions comparer ? (1)

### 1- Les dispositions à comparer

**553.** Les dispositions qui sont soumises à comparaison sont les dispositions « impératives », auxquelles il ne peut être dérogé par accord des parties<sup>865</sup>. En droit interne, le droit du travail est caractérisé par l'existence des dispositions impératives. Quasiment la totalité des dispositions du Code du travail sont des dispositions impératives. Lorsqu'il s'agit de dispositions supplétives, le législateur malgache prend soin de le préciser. À défaut de précisions, elles sont impératives. La Cour de cassation française quant à elle considère comme impératives les « dispositions de la loi française concernant la durée légale du travail, les congés payés, l'entretien préalable au licenciement, le délai de préavis, ainsi que la cause réelle et sérieuse du licenciement »<sup>866</sup>. Quant au règlement Rome I, les dispositions impératives sont visées à l'article 8 du règlement. Ce sont des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ainsi que celles auxquelles il ne peut être dérogé qu'au bénéfice du salarié<sup>867</sup>. Ces dispositions peuvent puiser dans plusieurs sources, lois, règlements, conventions collectives,<sup>868</sup> mais aussi convention de l'OIT<sup>869</sup>.

### 2- Les modalités de comparaison

**554.** L'exercice de comparaison est source de difficulté. Faut-il comparer article par article ou procéder à une appréciation plus générale du système juridique ? Le droit malgache ne parle pas d'une quelconque comparaison. Le législateur dispose simplement que tout contrat conclu pour être exécuté à Madagascar relève du Code du travail malgache<sup>870</sup>. Il parle rarement

---

<sup>864</sup> V. Droit et pratique du commerce international, vol. 21, 2/ 1995, p. 182.

<sup>865</sup> Cette compréhension des « dispositions impératives » de l'article 6 de la Convention de Rome, qui découlait antérieurement de la définition posée à l'article 3.3 a été incorporée au texte de l'article 8 du règlement Rome I, qui vise la protection assurée par les « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi ». Pour une confusion avec la notion d'ordre public international, v. Soc. 12 juill. 2010, n° 07- 44.655, *Dr. soc.* 2011. 212, obs. M. Keller ; *JCP S* 2010, n° 1409, n° 41, note S. Brissy ; *Rev. crit. DIP* 2011. 72, note F. Jault- Seseke ; *JDI* 2011. 600, note V. Parisot.

<sup>866</sup> Soc., 21 mars 2018, n° 17- 10.220, *D.* 2019. 1016, obs. F. Jault- Seseke

<sup>867</sup> Considérant 35 du règlement Rome I.

<sup>868</sup> Pour une analyse détaillée du jeu des conventions collectives en cas de mobilité internationale, v. Ph. COURSIER, *J.- Cl. Travail Traité*, fasc. 19- 60, v° Mobilité internationale.

<sup>869</sup> Soc. 26 mars 2013, n° 11- 25.580, *D.* 2014. 1064, obs. H. Gaudemet- Tallon ; *Dr. soc.* 2013. 457, obs. J. Mouly ; *Dr. soc.* 2013. 573, obs. S. Tournaux ; *JDI* 2014, comm. 2, obs. J. Burda.

<sup>870</sup> Article 7 du Code de travail : « Quels que soient le lieu de conclusion et la résidence de l'une ou de l'autre partie, tout contrat de travail conclu pour être exécuté à Madagascar est soumis aux dispositions du présent Code du Travail ».

du principe de faveur<sup>871</sup>. Celui-ci relève surtout des Conventions internationales du travail dont les droits fondamentaux qui y sont prévus font partie intégrante du Code du travail<sup>872</sup>. Ce qui n'est pas vraiment le cas pour le droit français puisque la chambre sociale de la Cour de cassation française précise les modalités de comparaison. Elle a opté pour la méthode utilisée dans la comparaison de conventions collectives, selon laquelle « la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause »<sup>873</sup>. L'expérience de droit interne enseigne que la « globalité » doit s'entendre d'une appréciation non du cas particulier du salarié, mais de l'ensemble du personnel de l'entreprise et donc au niveau général des règles objectives en présence. La comparaison aura ensuite lieu thème par thème, et non par une appréciation portée sur la protection globale assurée par un système juridique<sup>874</sup>, qui confronte les règles partageant le même objet et « relatives aux différents chefs de demande de la salariée »<sup>875</sup> pour retenir la solution qui lui est la plus favorable. À titre d'illustration, il a été jugé que la loi française régissant la rupture des contrats à durée déterminée est plus favorable que la loi italienne<sup>876</sup>, la loi française prévoyant un entretien préalable au licenciement est plus favorable que la loi helvétique<sup>877</sup> que la loi belge<sup>878</sup>.

---

<sup>871</sup> V. par exemple l'article 28 du Code du travail : « Sauf dispositions plus favorables du contrat individuel ou des conventions collectives, tout travailleur licencié pour motif économique ou pour cessation d'activité de l'entreprise bénéficie d'une indemnité de licenciement calculée à raison de dix jours de salaire par année complète de service, sans que le total puisse excéder six (06) mois de salaire ».

<sup>872</sup> V. Exposé des motifs du Code du travail.

<sup>873</sup> Soc. 12 nov. 2002, *op.cit.*

<sup>874</sup> Exemple l'arrêt retenant d'une « appréciation globale des dispositions de la loi belge » (...) « une protection d'ordre public pour le salarié équivalente à celle prévue par le droit français en matière de licenciement - les différences ne concernant que la forme de la procédure », alors que « en l'absence en droit belge de l'obligation pour l'employeur de procéder à un entretien préalable lors de la prise d'acte par ce dernier de la rupture du contrat de travail aux torts du salarié, la loi française était plus favorable », Soc. 28 oct. 2015, n° 14- 16.269, *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet- Tallon ; *JDI* 2016. 13, note S. Sana Chaillé de Néré.

<sup>875</sup> Soc., 9 juill. 2015, n° 14- 13.497, *Dr. soc.* 2015. 741, obs. L. Pailler ; *JCP S* 2015, n° 1395 note J.- P. Tricoit ; *JCP* 2015, n° 1004, obs. C. Nourissat.

<sup>876</sup> Soc., 12 mars 2008, n° 01- 44.654, inédit.

<sup>877</sup> Ainsi que la possibilité pour le juge de contrôler l'existence d'une cause réelle et sérieuse, Soc. 13 janv. 2016, n° 14- 14.019, spéc. les motifs de la cour d'appel figurant dans le deuxième moyen annexé.

<sup>878</sup> Soc. 28 oct. 2015, n° 14- 16.269, *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet- Tallon.

## **PARTIE 2 : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN L'ABSENCE DE CHOIX DES PARTIES**

**555.** Choisir une *lex contractus* en matière de contrat international facilite la résolution des problèmes d'inexécution, de mauvaise exécution ou de mise en jeu de la responsabilité contractuelle. Pourtant, il arrive que les parties omettent de choisir cette *lex contractus* soit volontairement soit involontairement, pour tout ou partie du contrat. Or, en cas de litige, le juge saisi ne peut pas refuser de juger l'affaire ni d'appliquer la loi sous prétexte que les parties n'ont pas choisi leur loi du contrat. Cela équivaudrait à un déni de justice. L'article 11 de l'ordonnance n° 62-041 est clair : « Aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit... ». En raison du principe du dualisme qui domine actuellement le droit international privé, le juge saisi doit prendre en considération cette absence de choix. Ce n'est pas parce que les parties n'ont pas choisi de loi applicable que l'on va se retrouver dans le non-droit. Aussi, à défaut de choix des parties, appartient-il au juge saisi de l'affaire de chercher cette loi du contrat. Nonobstant de nombreuses théories sur les contrats sans loi<sup>879</sup>, le principe, du moins lorsque l'affaire est portée devant une juridiction étatique, est que le juge va chercher inéluctablement la loi d'un pays à appliquer au contrat<sup>880</sup>. Depuis qu'il a été proclamé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »<sup>881</sup>, avec ou sans choix exprès, le juge étatique va rattacher le contrat à la loi d'un État.

**556.** Et cette loi ne sort pas *ex nihilo*. Afin de déterminer la *lex contractus* en l'absence de choix des parties, des règles ont été avancées. Ces règles consistent à rattacher le contrat à un État c'est-à-dire à localiser le contrat dans l'espace pour appliquer au contrat la loi de cet État.

Par conséquent, il est important d'analyser d'abord les règles générales de rattachement (Titre 1) avant de se focaliser sur les règles spéciales de rattachement propres à certains contrats (Titre 2).

---

<sup>879</sup>B.MERCADAL, « Rien de nouveau sur le contrat sans loi », IDEF 518, 2021 ; F.SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », Revue québécoise de droit international privé, 19-2, 2006 ; M.BENCHEKROUN « Le contrat sans loi en droit international privé », Revue québécoise de droit international privé, 2005 ; P.LEVEL, « Le contrat dit sans loi », Comité français de droit international privé, 1967.

<sup>880</sup> L'arbitre est plus souple et peut très bien accepter un contrat qui n'est lié à aucune loi étatique.

<sup>881</sup> Civ., 21 juin 1950, D. 1951. 749, note Hamel.

## **TITRE 1 : LES RÈGLES GÉNÉRALES DE RATTACHEMENT**

**557.** Lorsqu'aucune loi n'a été exprimée dans le contrat par les parties quelle loi doit-on appliquer ? Il appartient au juge de déterminer cette loi. À l'instar des deux thèses qui se sont toujours affrontées dans l'histoire des conflits de lois, pour la détermination de la loi applicable en l'absence de choix deux manières sont utilisées : soit le juge recherche la volonté implicite, voire hypothétique, des parties soit il rattache le contrat aux éléments objectivement identifiables. Cette dernière façon de procéder a bien évidemment le mérite de la prévisibilité de la loi applicable : il s'agit dans ce cas soit d'appliquer le choix certain des parties soit localiser d'une manière objective le contrat. Cependant, le droit malgache ne semble pas suivre cette voie. Le contrat étant un terrain de prédilection de l'autonomie de volonté, la volonté pourrait exister même quand le choix n'est pas fait expressément, elle peut transparaître dans l'ensemble des clauses du contrat ou dans les circonstances qui entourent la conclusion ou l'exécution du contrat. Par conséquent, en l'absence de choix, la volonté des parties peut servir d'élément de rattachement du contrat (chapitre 1) au même titre que les éléments de rattachement objectif (chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : LA VOLONTE DES PARTIES : ELEMENT PRIVILEGIE DE RATTACHEMENT DU DROIT MALGACHE ?**

**558.** Le droit malgache consacre un seul article relatif à la *lex contractus* dans l'ordonnance n°62-041 (section 2). Ce qui implique forcément le manque de précision en la matière. Un article ne suffirait pas à faire le contour de la question aussi importante qu'est la loi applicable au contrat. Ce qui nous conduirait à rester dans la phase de tâtonnements voire de suppositions si on ne faisait référence qu'à cet article. Ainsi, afin de mieux analyser la problématique, la référence à d'autres dispositions ne serait-ce qu'à titre de comparaison nous paraît importante (section 3). Mais au préalable, il est important de rappeler les méthodes de rattachement utilisées en droit international privé (section 1).

### **Section 1 : Les méthodes de rattachement**

**559.** La principale difficulté du contrat international consiste en un problème de choix entre plusieurs rattachements possibles. Selon S. CLAVEL, « la théorie générale du conflit de lois regroupe l'ensemble des méthodes qui permettent de sélectionner et/ou d'identifier, parmi les règles de droit substantiel posées par les différents ordres juridiques ayant des liens avec une situation internationale donnée, celle qui sera en définitive appelée à régler cette situation »<sup>882</sup>. Afin de rattacher le contrat à la loi d'un État, le droit international privé emploie deux méthodes : la méthode conflictuelle et la méthode matérielle. Si la méthode conflictuelle consiste à créer des règles de droit international permettant de déterminer la loi de l'État qui va s'appliquer au contrat (§1) la méthode matérielle consiste à créer des règles internationales applicables directement à ce contrat (§2).

#### **§1 : La méthode conflictuelle de rattachement**

**560.** En cas de conflit de lois, la méthode conflictuelle désigne la loi d'un État qui va s'appliquer à la relation contractuelle indépendamment des règles matérielles prévues par la loi de cet État<sup>883</sup>. Aussi, la loi internationale applicable est-elle régie par la règle de droit nationale de l'État désigné. C'est la raison pour laquelle, elle est également appelée méthode indirecte. Tel est par exemple le cas lorsque l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041 dispose que « les biens

---

<sup>882</sup> S CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2021.

<sup>883</sup> V.F. MELIN, *Droit international privé*, Gualino Eds, 2022 ; J.-P. LABORDE et S. de SANACHAILLE NERE, *Droit international privé*, Dalloz, 2021 ; S CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2021.

relèvent de la loi du lieu de leur situation ». Ici, le droit malgache pose une règle conflictuelle selon laquelle lorsque le contrat porte sur un bien immobilier, la loi applicable sera la loi du pays où se situe l'immeuble. Dans ce cas, on recherche d'abord le lieu de la situation de l'immeuble et le contrat portant sur cet immeuble sera régi par les règles du droit interne de cet État de la situation de l'immeuble.

**561.** La méthode conflictuelle est composée d'une catégorie de rattachement et d'un critère de rattachement. La catégorie de rattachement constitue l'objet de la règle, en l'occurrence le contrat international. Il s'agit là du point de départ pour la désignation de la loi applicable. Le critère de rattachement vient ensuite fixer la situation où se déroule la relation. Si on reprend notre exemple, le législateur malgache fixe le point de rattachement du lieu de la situation de l'immeuble. En principe, pour chaque objet de la règle, le législateur détermine un point de rattachement spécifique. Ce qui va permettre de déterminer la loi applicable qui va donner la solution au fond sur le litige. Elle vise ainsi à désigner en résolvant le conflit de lois par le biais du point de rattachement, mais ne donne pas directement la solution au fond. Si l'immeuble se situe par exemple à Madagascar, l'article 29 donne la solution de la loi applicable qui est le droit malgache. Mais pour résoudre le problème au fond il faut recourir aux lois malgaches régissant l'immeuble<sup>884</sup>.

Pour désigner cette loi d'un État qui va s'appliquer au contrat, le législateur a recours soit à la méthode conflictuelle bilatérale (A) soit à la méthode conflictuelle unilatérale (B).

### **A- La méthode bilatérale**

Quand est-ce qu'on est en présence d'une règle de conflit bilatérale ? (1) Et en quoi cette méthode bilatéraliste n'est-elle pas aussi satisfaisante ? (2)

#### **1- Le contenu du principe**

**562.** À l'heure actuelle, la méthode la plus appropriée pour résoudre un conflit international est la méthode bilatérale appelée aussi méthode savignienne<sup>885</sup>: c'est la méthode dominante. On dénomme cette méthode la règle de conflit bilatérale en ce sens qu'elle offre

---

<sup>884</sup> Notamment la loi n° 2021-016 du 30 juin 2021 portant refonte de la Loi n°2006-031 du 24 novembre 2006 fixant le régime juridique de la propriété foncière privée non titré

<sup>885</sup> S. CLAVEL, *op.cit.*, p.14 et s. ; M. SOUJEAU-BERTRAND, *op.cit.*, p.81 et s. ; R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé*, Dalloz 2020, p.132 et s. ; J.SAGOT-DUVAUROUX, « La préservation des liens familiaux en droit international privé », in *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz 2015.192.

une solution bilatérale. Face à un litige soumis au juge, la méthode bilatéraliste peut conduire soit à l'application de la loi locale soit à l'application de la loi étrangère. Si on reprend notre exemple précédent, l'application de la règle *lex rei sitae* peut aussi bien aboutir à l'application du droit malgache, lorsque l'immeuble se trouve à Madagascar comme elle peut aboutir à l'application d'une loi étrangère lorsque l'immeuble est situé à l'étranger.

**563.** La méthode ne s'intéresse pas d'abord à la loi, mais au rapport de droit, la relation contractuelle. C'est ce rapport qui peut avoir plusieurs éléments de rattachement d'où est né le conflit. Par exemple, dans un rapport contractuel de vente, les parties au contrat peuvent ne pas avoir la même nationalité ou ne pas être domiciliées dans le même pays ou le juge malgache saisi connaît l'affaire qui s'est déroulée complètement à l'étranger.

**564.** Ensuite, la méthode raisonne catégorie par catégorie<sup>886</sup> et non au cas par cas. Ce qui consiste en la localisation pour chaque catégorie, du rapport de droit à partir de l'élément de rattachement le plus caractéristique afin de trouver le pays où la loi doit être applicable. Par exemple, un contrat de travail est conclu pour être exécuté en France entre un Anglais et un Malgache ; en appliquant la méthode bilatéraliste, on recherche l'élément le plus caractéristique de ce contrat de travail, tel que le lieu d'exécution, et on applique la loi du lieu de l'exécution du contrat, à savoir la loi française<sup>887</sup>. En principe, il appartient au législateur de sortir cet élément le plus caractéristique du contrat<sup>888</sup> : est-ce par exemple le lieu d'exécution du contrat, le lieu de la conclusion du contrat, le lieu de l'établissement de l'employeur... ? Si le législateur dispose que l'élément le plus caractéristique d'un contrat de travail est le lieu d'exécution, ce sera la loi du lieu d'exécution qui sera applicable. Cependant, il n'est pas rare que le législateur reste silencieux quant à la détermination de cet élément le plus caractéristique du contrat. C'est le cas du législateur malgache. Dans ce cas, il appartient au juge d'essayer de rechercher, catégorie par catégorie, l'élément de rattachement le plus caractéristique du contrat.

**565.** La méthode bilatéraliste présente deux caractéristiques : d'une part, elle est indirecte et d'autre part elle est neutre. Elle est indirecte parce qu'elle ne donne pas en soi la solution à appliquer, mais seulement une indication : elle n'est pas une règle de fond. Elle se limite de répartir les compétences. Elle permet de déclencher une loi qui sera applicable, mais n'entre pas dans le fond du litige. Elle désigne par exemple le droit malgache comme applicable,

---

<sup>886</sup> Par exemple, les contrats internationaux.

<sup>887</sup> Pour le rattachement le plus caractéristique v. *infra*. n°742 et s.

<sup>888</sup> V. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique*, Economica, 2002.

mais ne donne pas de solution quant au fond du litige. C'est la loi désignée qui se chargera après de donner les solutions au fond tels le montant des dommages, les procédures de saisie...

**566.** La méthode savignienne est neutre, car elle traite la loi nationale et la loi étrangère de la même manière. La *lex rei sitae* peut par exemple très bien aboutir à l'application de la loi malgache comme à celle de la loi étrangère dont le contenu peut être totalement inconnu du juge. La méthode bilatérale détermine la compétence d'un droit sans en connaître le contenu, ce qui a permis à certains auteurs de parler du « caractère aveugle » du bilatéralisme<sup>889</sup>.

## **2- Les critiques à l'encontre de la méthode bilatérale**

**567.** La méthode bilatérale quoique plus appropriée pour résoudre le problème de conflit de lois n'est pas sans faille. Elle fait l'objet de quelques critiques de la part de certains auteurs. Étant donné que le mécanisme peut aboutir aussi bien à l'application de la loi locale qu'à celle de la loi étrangère, la première difficulté consiste en la connaissance par le juge saisi de la loi étrangère. Ce, parce que ceux-ci ne sont amenés à traiter que ponctuellement des problèmes de contrats internationaux. Il n'est pas toujours évident que confronté à un litige international qui renvoie à l'application d'une loi étrangère, le juge saisi connaisse le contenu encore moins l'interprétation ni la portée de cette législation étrangère<sup>890</sup>. Le juge malgache est censé connaître l'ensemble du droit malgache, mais pas l'ensemble de droit qui existe dans le monde.

**568.** Ensuite, une deuxième difficulté peut surgir par rapport au fait que la méthode savignienne met sur le même pied d'égalité la loi locale et la loi étrangère. Ce qui peut présenter un risque d'internationalisation d'un litige purement interne ou inversement de nationalisation d'un différend international. À titre d'illustration, partant de l'idée d'égalité, dès que le contrat fait mention d'un pays étranger dans le contrat sans que ce pays ne joue suffisamment de rôles dans le contrat, le juge fait déjà un choix entre la loi locale et la loi étrangère alors que le contrat n'a en réalité rien d'international. Il a été jugé le contrat passé entre un Malgache domicilié à Madagascar et une compagnie aérienne malgache pour effectuer un vol international relève de la loi malgache.<sup>891</sup> Alors que l'application de la méthode bilatérale aurait très bien pu aboutir

---

<sup>889</sup> V. par exemple, M.FARGE, *Le droit international privé de la famille*, Dalloz 2020, p.63.

<sup>890</sup> M. FARGE, op ;cit.,n° 512-511 ; V.CJUE, 21 décembre 2021, n°C-243/20 ; CJUE, 2 sept.2021, n°C-932/19 CJUE, 16 juillet 2020, n° C-249/19 ; Civ.1<sup>re</sup>, 17 décembre 2009, n°07-21.115 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mars 2004, n°02-14.971 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 2000, n°98-23.099 ; ; Com., 1<sup>er</sup> décembre 1998, n°96-30.193 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 1990,n° 87-17.82 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 février 1975, n° 73-11.043.

<sup>891</sup> TC d'Antananarivo, 04 décembre 2020, *op.cit.*

au choix entre la loi française et la loi malgache. Et la situation inverse est également possible lorsque le contrat ne fait mention d'aucun élément d'extranéité, mais qui en réalité est international. Ce qui veut dire qu'on risque de désigner la loi étrangère dans un domaine où la compétence exclusive devait appartenir à la loi du juge saisi et inversement.

## **B- La méthode unilatérale**

On va commencer par présenter le mécanisme (1) avant de sortir les critiques dont la méthode unilatérale fait l'objet (2). Enfin, on verra les traductions de l'unilatéralisme en droit positif (3).

### **1- Le mécanisme d'unilatéralisme**

**569.** La méthode unilatérale consiste à fixer uniquement le champ d'application dans l'espace de la loi locale sans se préoccuper de la loi étrangère<sup>892</sup>. Elle laisse à chaque État le soin de déterminer le champ d'application de ses propres lois. Contrairement à la méthode bilatérale qui met sur un même pied d'égalité la loi locale et la loi étrangère, la méthode unilatérale ne se préoccupe que de la loi locale. Chaque État détermine ainsi sa compétence. Le juge va d'abord se focaliser sur la loi nationale en délimitant son champ d'application au lieu de s'attaquer à l'élément de rattachement. Si la loi nationale est applicable, le juge appliquera la loi nationale. Si la loi nationale n'est pas applicable, le juge devra néanmoins statuer : dans ce cas, le juge doit voir quelle est la loi étrangère qui se veut applicable. Par exemple, un contrat est conclu en Espagne entre un Allemand et un Malgache ; la loi espagnole est de plein droit applicable lorsque la règle de conflit espagnole précise que la loi espagnole est applicable à tous les contrats conclus en Espagne.

**570.** La méthode unilatérale s'est développée suites aux critiques portées à l'encontre de la méthode bilatérale selon lesquelles, cette dernière porte atteinte à la souveraineté de l'État en ce sens que la prérogative de décider l'application ou non de la loi nationale appartient à l'État et au juge saisi. La détermination par chaque ordre juridique de son champ de compétence peut se faire au moyen d'une classification des questions de droit en grandes catégories, ou par une analyse des liens entre la question de droit posée et le système juridique concerné.

---

<sup>892</sup>V. F. JAULT-SESEKE, « la détermination de la loi applicable aux rapports collectifs de travail », *Revue de droit du travail*, 2022.330.

**571.** Mais quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, la méthode unilatérale est considérée comme étant une méthode résiduelle par la majorité de la doctrine<sup>893</sup>. Même s'il faut lui reconnaître une certaine importance en raison des lois de police.

## **2- Les critiques à l'encontre de la méthode unilatérale**

**572.** La méthode unilatérale comme la méthode bilatérale est loin d'être parfaite, elle fait également l'objet de critiques.

**573.** La méthode en soi est assez complexe parce que le juge doit d'abord consulter la règle de conflit nationale et si la loi nationale ne s'avère pas applicable, le juge devra consulter la règle de conflit de tous les États concernés, qui peuvent être de plusieurs. Ce qui alourdit sensiblement la procédure.

**574.** Ensuite, la méthode unilatérale présente des lacunes particulièrement lorsque la règle de conflit nationale ne se veut pas applicable, et qu'aucune autre règle de conflit étrangère ne se veut pas non plus applicable<sup>894</sup>. Les auteurs qui défendent l'unilatéralisme considèrent que dans ce cas, il faut appliquer la loi du tribunal saisi alors que l'on sait pertinemment que la règle de conflit de lois du juge saisi ne se voulait pas applicable. Dans pareil cas, l'alinéa 2 de l'article 26 de l'ordonnance n° 62-041 dispose : « Lorsque la loi étrangère applicable ne se reconnaît pas compétente, il doit être fait application de toute autre loi étrangère qui accepte cette compétence ou, à défaut, de la loi malgache ». Pour le législateur malgache il faut d'abord chercher une autre loi qui accepterait la compétence, c'est uniquement lorsqu'aucune loi n'accepte la compétence que la loi malgache va s'appliquer.

**575.** C'est le cas également lorsque la règle de conflit national ne se veut pas applicable, mais plusieurs autres règles de conflit étrangères se veulent applicables. Les auteurs qui défendent l'unilatéralisme considèrent que dans ce cas, il faut appliquer la loi nationale ou la loi la plus effective alors que la loi nationale est la seule loi concernée qui ne se veut pas applicable et il n'y a aucun critère prédéterminé pour savoir quelle règle est la plus efficace.

## **3- Les traductions de l'unilatéralisme en droit positif**

**576.** En droit positif malgache, l'unilatéralisme peut se traduire par les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance n° 62-041 concernant les lois de police. Les lois de police sont

---

<sup>893</sup> S. CLAVEL, *op.cit.*, p 17.

<sup>894</sup> V. par exemple, P. LAGARDE, « Règlement n°650/2012 sur les successions -Loi applicable », répertoire de droit européen, 2014, n°188 ;

des règles d'une telle importance dans l'ordre juridique interne que même si on est face à une situation à caractère international et le rapport de droit se rattache à plusieurs ordres juridiques, on va tout de même appliquer la loi locale<sup>895</sup>.

**577.** Cet article 27 dispose : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le Territoire ». Cet article pose l'unilatéralisme des lois de police et de sûreté en ce sens qu'il délimite lui-même son propre champ d'application. Il est à remarquer toutefois qu'il n'intervient pas systématiquement. Il ne s'applique que dans un certain champ géographique, à savoir le territoire malgache. Les lois de police ne sont donc pas tout à fait unilatérales : on parle d'unilatéralisme partiel. En effet, les règles de conflit unilatéral ont vocation à s'appliquer exclusivement alors que les lois de police n'ont vocation à s'appliquer que lorsque l'on est en présence de l'élément de rattachement géographique. En réalité, l'élément de rattachement n'est pas le domicile à Madagascar, mais de manière plus générale, le territoire malgache en tant que lieu où se trouve la personne ou le rapport juridique. Par conséquent, les lois s'appliquent aux Malgaches, mais également aux étrangers qui se trouvent sur le territoire national malgache pour quelle que raison que ce soit. A contrario, elles ne s'appliquent pas aux Malgaches se trouvant à l'étranger.

**578.** À titre comparatif, il existe une autre traduction en droit positif français qui consiste à bilatéraliser les règles de conflit unilatérales. C'est le cas par exemple de l'article 3 alinéa 3 du Code civil français qui déclare que « l'état et la capacité des personnes françaises sont régis par la loi française ». Contrairement au droit malgache où l'état et la capacité des personnes sont soumis à leur loi nationale<sup>896</sup> ; ce qui relève de la méthode bilatérale. En droit français, on est en présence de la méthode unilatérale, puisque le juge va d'abord déterminer le champ d'application de la loi française. Or, les juges vont non seulement utiliser cet article comme principe général en matière d'état et de capacité français, mais ils vont aussi l'utiliser en matière d'état et de capacité étrangers. Elle va déterminer l'application de la règle étrangère, lorsqu'il s'agit d'un étranger<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> Sur les lois de police V.B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in Mélanges P. Mayer, *LGDJ-Lextenso*, 2015 ; P.MAYER, « Les lois de police », *travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série, 1988.

<sup>896</sup> Article 28 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>897</sup> Il est à remarquer que certaines règles de conflit unilatérales ne sont pas bilatéralisables tel que prévoit par exemple l'article 310 et l'article 370-4 du Code civil français.

## §2 : La méthode matérielle de rattachement

On va voir successivement le mécanisme (A), les sources (B) et les critiques face à la méthode matérielle (C).

### A- Le mécanisme de la méthode matérielle

**579.** Si la méthode conflictuelle est indirecte, elle se limite à désigner une loi applicable sans entrer dans le fond du litige, la méthode matérielle est directe puisqu'elle crée des règles internationales applicables directement aux relations internationales<sup>898</sup>. Au lieu de se préoccuper uniquement du droit interne, l'État crée des règles adaptées aux besoins des relations internationales qui présentent une spécificité par rapport aux relations internes et qui ne s'appliquent pas au niveau interne, mais au niveau international.

**580.** L'importance de cette méthode est qu'elle supprime le conflit de lois parce qu'il ne s'agit plus comme dans la méthode conflictuelle de choisir entre les différentes lois, mais d'appliquer directement sur un litige les règles internationales<sup>899</sup>. Elle règle le fond du litige et fait ainsi disparaître l'incertitude sur la loi applicable de la méthode conflictuelle.

**581.** Le juge national ne traite des affaires internationales que ponctuellement, aussi, les règles matérielles ne sont-elles pas non plus très fréquentes. La méthode matérielle est une exception, le principe reste la méthode conflictuelle, particulièrement, la méthode conflictuelle bilatérale.

**582.** Par opposition au caractère indirect de la méthode conflictuelle, la méthode matérielle est directe en ce sens qu'un État va directement élaborer des normes substantielles spécialement adaptées aux relations internationales. Par exemple, lorsque la question de savoir si un État peut s'engager ou non dans une convention d'arbitrage internationale, il y a deux manières de procéder. En raisonnant selon la méthode conflictuelle, il s'agit d'une question de capacité de l'État à s'engager. La règle de conflit de lois sur la capacité va être appliquée, il faut donc appliquer la règle de l'État concerné qui va dire si cet État en est capable ou non. Pour la méthode directe au contraire, il s'agit de dire qu'il y a une règle substantielle de droit

---

<sup>898</sup> M. FARGE, *op.cit.*, n° 512.12 ; P. GOTHOT et P. LAGARDE, « Conflits de lois : principe généraux », *Répertoire de droit international*, 2006, n° 11.

<sup>899</sup> S. CLAVEL, *op.cit.*, p. 18 et s.

international privé dans l'ordre juridique interne qui prévoit qu'un État peut s'engager dans une convention d'arbitrage internationale.

**583.** De telles lois sont spécialement élaborées pour les relations internationales étant donné que les législations internes sont rarement appropriées au commerce international.

## **B- Les sources de la méthode matérielle**

Les règles substantielles issues de la méthode matérielle peuvent être soit d'origine étatique (1), soit d'origine jurisprudentielle (2) soit d'origine conventionnelle (3).

### **1- La source étatique**

**584.** Un État peut dicter dans certains domaines des règles substantielles pour régler directement des problèmes posés dans des situations internationales. Mais ce cas est rare puisque la plupart du temps le législateur se focalise sur le droit national.

### **2- La source jurisprudentielle**

**585.** Le plus souvent, c'est la jurisprudence qui se trouve à l'origine des règles matérielles internationales. L'idée de la jurisprudence est la suivante : le droit interne n'étant pas approprié pour la question internationale posée, le juge va écarter le raisonnement classique pour appliquer une autre règle. À titre d'illustration, la jurisprudence française a commencé à l'utiliser pour valider les clauses « or » dans les contrats internationaux<sup>900</sup>. Il s'agissait d'un contrat indexé sur l'or. En droit interne, les clauses d'indexation sont très encadrées et ne sont admises que pour certains contrats.<sup>901</sup> Le contrat étant soumis au droit français, la clause d'indexation ne devait pas être admise. Toutefois, la jurisprudence a dit que la règle interne était inappropriée aux contrats internationaux, dans ces derniers il paraît normal que les parties indexent. La clause a été ainsi validée.

### **3- La source conventionnelle**

**586.** Ici, les États signent des conventions internationales qui au lieu de poser des règles de conflit de lois habituelles, posent directement des règles substantielles concernant les relations internationales. C'est le cas par exemple de la CVIM qui ne pose pas des règles de

---

<sup>900</sup> Arrêt les messageries maritimes, Civ. 21 juin 1950, *op.cit.*

<sup>901</sup> Comme le bail commercial (article L145-39 du Code de commerce français).

conflit de lois, mais pose plutôt des solutions substantielles relatives au contrat de vente internationale des marchandises.

### **C- Les critiques**

**587.** La doctrine majoritaire estime que ces règles matérielles s'appliquent automatiquement dès lors que le juge de l'ordre juridique dont elles émanent est saisi. D'autres auteurs contestent cette présentation et disent que ce n'est pas toujours vrai. Ces derniers font référence aux règles matérielles issues de conventions internationales qui délimitent leurs champs d'application dans l'espace. Dans d'autres cas, pour les règles matérielles d'origine étatiques qui ne délimitent pas leurs champs d'application, ces auteurs soutiennent qu'en réalité même dans ce cas, il y a une règle de conflit de lois implicite préalable.

### **Section 2 : Les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041**

**588.** Le principal texte qui régit le droit international privé malgache est l'ordonnance n° 62-041. À l'heure actuelle, aucune disposition de cette ordonnance ne mentionne une solution expresse quant à la loi applicable au contrat en l'absence de choix des parties. L'ordonnance consacre un article concernant la loi applicable au contrat en posant le principe de l'autonomie de la volonté des parties en édictant que « la juridiction saisie recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer »<sup>902</sup>. À la lecture de cet article, un doute s'impose. S'agit-il uniquement de la solution en présence de choix des parties ou pourra-t-on également utiliser ces dispositions en l'absence de choix des parties ?

**589.** L'interpréter uniquement dans le premier sens conduirait à dire qu'en l'absence de choix des parties de la loi applicable au contrat, le droit malgache est muet. Dans ce cas, il faut se référer directement au droit français sur la base de la jurisprudence désormais célèbre du 4 mai 2007 selon laquelle « Les Cours et les Tribunaux malagasy peuvent recourir aux dispositions du Code civil français lorsque la loi malgache ne prévoit pas le cas soumis à leur examen ou que les textes du Code civil soient plus explicites »<sup>903</sup>.

**590.** Si on l'interprète dans le second sens, on ne sera certes pas libéré de la possibilité de recourir au droit français, celui-ci étant forcément plus explicite vu que le droit malgache ne dispose que d'un seul article en la matière, mais au moins on aura un début de solution. Par conséquent, en l'absence d'autres dispositions plus explicites du législateur malgache, et eu

---

<sup>902</sup> Article 30 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>903</sup> Cour Suprême, 4 mai 2007, *op.cit.*

égard à l'arrêt du 26 juillet 2016 qui décide que « les époux, de nationalité française, ont voulu se placer sous l'emprise de la loi française en se mariant devant l'officier de l'État civil français »<sup>904</sup>, le choix du sens de l'interprétation est vite fait. En présence de choix, la loi applicable est la loi choisie par les contractants. En l'absence de choix, le juge « recherche » la volonté des parties.

**591.** L'article 30 semble par conséquent rejoindre la thèse subjectiviste en voulant donner une prééminence à l'autonomie de la volonté même en l'absence de choix (§1), mais quelle est la portée de l'application de cette thèse subjectiviste ? (§2)

### **§1 : La prééminence de la volonté des parties**

On va commencer par expliquer comment se fait la recherche de la volonté des parties selon la thèse subjectiviste (A) avant d'en sortir les traductions en droit positif malgache(B).

#### **A- La recherche de l'autonomie de la volonté selon la thèse subjectiviste**

Même en l'absence de choix, la thèse subjectiviste met au centre de la recherche de la loi applicable la volonté des parties (1). La recherche de la loi d'autonomie en l'absence de choix équivaut à rechercher la volonté implicite des parties (2).

#### **1- Le fondement du critère de l'autonomie de la volonté des parties comme critère de rattachement**

**592.** Le principe de l'autonomie de la volonté exprime la faculté laissée à toute personne qui en est capable de nouer une relation juridique avec une autre indépendamment de certaines contraintes. L'autonomie de la volonté est donc une liberté donnée aux parties par laquelle elles désignent le droit auquel sera soumis leur rapport ou leur situation juridique. Dans l'évolution du droit international privé, SAVIGNY énonce que la fonction essentielle du droit est de délimiter et de faire respecter le champ de libre domination de la volonté individuelle. Le rapport de droit définit cet espace réservé à la libre volonté de l'individu<sup>905</sup>.

**593.** La thèse subjectiviste modérée de MAYER essaie d'attacher le subjectivisme à la réalité<sup>906</sup>. Il a montré de ce fait que dans la théorie subjectiviste, la loi n'est pas incorporée

---

<sup>904</sup> Cour de cassation, 26 juillet 2016, *op.cit.*

<sup>905</sup> F. MELIN, *op.cit.* ; P.MAYER, V. HEUZE, B.REMY, *op.cit.* ; S. CLAVEL, *op.cit.* ; T. VIGNAL, *op.cit.*. A. BUCHER et A. BONOMI ; Droit international privé, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2001, p.89.

<sup>906</sup> P.MAYER, V. HEUZE, B.REMY, *op.cit.*, n° 736 ; B. HAFTEL, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 2020, n° 581.

dans le contrat, elle n'est pas au rang de simple clause contractuelle. C'est le contrat qui doit être soumis à la loi. La volonté des parties ne joue qu'un rôle : c'est de déterminer à quelle loi le contrat doit-il être soumis<sup>907</sup>. La recherche de la volonté des parties pour déterminer la loi applicable quand celles-ci n'ont pas fait expressément choix de la *lex contractus* peut s'agir d'un procédé objectif qui permet de localiser le contrat. Il faut observer en effet que lorsque les parties ont procédé au choix de la loi applicable au contrat, ce choix présente presque toujours un lien entre l'économie du contrat et la loi en cause<sup>908</sup>.

**594.** Quoiqu'on décide d'appliquer pour rattacher un contrat à un pays, il existe un principe général du contrat que l'on ne peut pas éliminer notamment à l'époque contemporaine, c'est la liberté contractuelle. Par conséquent, la recherche de la volonté des parties serait la théorie qui reflète le plus ce principe de liberté. Lorsque cette volonté n'est pas certaine, les juges vont procéder à la recherche de la volonté implicite des parties<sup>909</sup>. Selon une formule reproduite très souvent dans la jurisprudence : « il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement d'après les circonstances de la cause que [...] [les parties] ont eu la volonté d'adopter... »<sup>910</sup>

## 2- La possibilité de rechercher la volonté implicite des parties

**595.** La thèse subjectiviste pose comme principal critère de rattachement l'autonomie de la volonté. Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat, le juge doit découvrir leur volonté. Il s'agit de rechercher la volonté tacite ou présumée des parties. Il appartient ainsi au juge d'interpréter le silence des parties. L'arrêt *American trading*<sup>911</sup> peut servir d'illustration à cette position. Dans cet arrêt le juge décide d'appliquer la loi française<sup>912</sup> en arguant que la volonté des parties était d'exécuter ce contrat en France, pour valider la clause d'exonération de responsabilité du capitaine du navire insérée dans un contrat de charte-partie<sup>913</sup>.

**596.** La recherche de la volonté implicite des parties en cas d'absence de choix n'est pas une tâche aisée. Le juge ne peut éviter de rechercher la volonté des parties dans un procès

---

<sup>907</sup> P.MAYER, V. HEUZE, B.REMY, *op.cit.*, n° 698.

<sup>908</sup> Ph. Kahn, note sous Civ. 1<sup>re</sup>. 29 juin 1971, Banque commerciale africaine, JDI.1972.51, spéc. p. 54.

<sup>909</sup> P. LAGARDE, « régimes matrimoniaux-détermination de la loi applicable », *Répertoire de droit international*, 2020, n°19.

<sup>910</sup> Par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1996, *D.* 1997.28 ; Civ., 6 avril 1938, *Rev. crit. DIP* 1939.128.

<sup>911</sup> Civ. 5 décembre 1910, *American Trading*, *op.cit.*

<sup>912</sup> Même si le contrat a été conclu aux États-Unis.

<sup>913</sup> Cet arrêt est un symbole de l'affirmation de la loi d'autonomie par le droit français.

mettant en cause un contrat, car cette recherche n'est pas facultative. Le contrat est conclu par la rencontre des volontés<sup>914</sup>. Il faut en tout état de cause examiner l'intention des parties. Dans ce cas, le juge peut prendre en considération plusieurs éléments tels que l'économie du contrat, la langue du contrat, la monnaie du paiement... Tous ces éléments constituent bel et bien l'expression de la volonté des parties<sup>915</sup>. Il a été jugé que : « ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du Code civil la cour d'appel qui, pour décider qu'un cautionnement donné pour des obligations de paiement résultant de la location d'un bateau est soumis à la loi française, énonce que la caution n'est pas partie au contrat de location expressément soumis par les parties au droit américain et qu'aucun élément de fait ne conduit à appliquer ce droit au cautionnement liant deux parties de nationalité française et concernant un paiement dû en France au mandataire d'une société étrangère pour l'exécution d'un contrat en France, alors que l'acte de cautionnement ne contient aucune indication sur le droit applicable et que l'obligation garantie est régie par la loi de l'État de Floride, la cour d'appel ne caractérisant pas ainsi la volonté implicite des parties de soumettre le cautionnement à la loi française »<sup>916</sup>.

## **B- Les traductions de la thèse subjectiviste en droit positif malgache**

La thèse subjectiviste se reflète en droit positif malgache notamment par la prise en compte de l'expression de la volonté des parties (1) sous contrôle du juge (2).

### **1- L'expression de la volonté des parties**

**597.** L'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 permet l'application de la thèse subjectiviste en droit positif malgache aussi bien en présence de choix qu'en l'absence de choix. Le législateur pose le principe de l'autonomie de la volonté sans aucune autre précision ni référence à une quelconque règle de rattachement objectif. Ce qui dénote l'esprit subjectiviste de la loi malgache. Le législateur malgache ne rattache le contrat qu'à la seule volonté des parties à l'exclusion de tout autre critère.

**598.** En outre, la jurisprudence malgache semble aller dans ce sens puisque dans une affaire de divorce qui lui est soumise, même si l'argument ne semble pas convaincant puisque les juges ont assimilé le mariage à un simple contrat de droit commun dont les conditions

---

<sup>914</sup> V. par exemple, article 67 et article 123 de la LTGO.

<sup>915</sup> H. BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », Arch. Phil. Dr., Le rôle de la volonté dans le droit, *Sirey*, 1957, p.71-86, spéc. p.76.

<sup>916</sup> Civ. Ire, 3 décembre 1996, *op.cit.*

relèvent de la *lex contractus*<sup>917</sup>, la Cour de cassation a estimé qu'en l'absence de choix, les juges devraient rechercher la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Dans cette affaire, deux époux se sont mariés devant l'officier d'état civil français. Pour la demande de divorce auprès des juridictions malgaches, la Cour d'appel a appliqué la loi malgache. La Cour de cassation a cassé l'affaire en décidant qu'il fallait appliquer la loi française au motif que les époux « ont voulu se placer sous l'emprise de la loi française en se mariant devant l'officier de l'État civil français » et que « les époux nécessairement, et par le parallélisme de formes ont opté pour la loi française pour leur divorce »<sup>918</sup>.

**599.** Le droit international privé malgache apparaît ainsi comme le reflet du droit interne. En droit interne, lorsque le juge se trouve en présence de clauses obscures ou lacunaires d'un contrat, il doit rechercher la commune intention des parties. Cette commune intention à défaut de clause expresse sortira de l'ensemble du contrat. Tel que le prévoit la LTGO dans son article 125, les termes du contrat sont présumés exprimer cette commune intention.

**600.** Transposé dans le contexte international, à défaut de choix, le juge devra rechercher dans le contrat les indices pouvant ressortir « la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer »<sup>919</sup>. Comme en droit interne, le contrat reste l'expression de la volonté des parties. Tous les termes du contrat peuvent être utilisés pour déduire la commune intention des parties. Ainsi, lorsque le choix de la *lex contractus* n'est pas fait expressément, le recours à l'ensemble des termes du contrat peut servir à sortir ce que les parties auraient voulu. On part ainsi des termes exprimés dans le contrat pour induire la volonté non expressément exprimée.

**601.** On peut même aller au-delà des stipulations contractuelles pour aller puiser dans les circonstances qui entourent la conclusion ou l'exécution du contrat. À titre d'illustration, pour retenir l'application de la loi malgache dans un partage, alors que les parties n'ont pas choisi de loi applicable, le juge malgache a sorti tout un faisceau d'indices. En ses termes, la loi malgache est applicable puisque « les immeubles et domicile du défunt » se trouvent à Madagascar, le copartageant « ne connaît plus la loi chinoise, ses enfants sont nés à

---

<sup>917</sup> Dans l'arrêt du 26 juillet 2016, précité, la Cour de cassation fait référence à l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 pour le mariage. Seul le divorce relève de l'article 28 concernant l'état et la capacité des personnes. En ses termes : « il est sans conteste que le divorce est une question d'état de personne, et le mariage constitue un contrat liant les époux ».

<sup>918</sup> *Ibid.*

<sup>919</sup> Article 30 de l'ordonnance n° 62-041.

Madagascar, son mari décédé et enterré à Madagascar » « les immeubles successoraux dont le partage est sollicité se trouvent à Madagascar, les ayants-droits résidant tous à Madagascar et le mariage relevant du droit malgache »<sup>920</sup>.

## 2- La volonté des parties soumise au contrôle du juge

**602.** À l'instar de la plupart des pays européens au début du XXe siècle, ainsi que de l'Allemagne et de la Thaïlande à l'heure actuelle<sup>921</sup>, à défaut de choix des parties le droit positif malgache consacre la volonté des parties comme élément principal de rattachement du contrat<sup>922</sup>.

**603.** La règle de conflit de lois peut utiliser le principe d'autonomie comme critère de rattachement. Cependant, cela ne veut pas dire que cette liberté est absolue. À l'instar des limites prévues à la loi d'autonomie en présence de choix, la volonté implicitement induite des termes du contrat ou des circonstances entourant le contrat est soumise au contrôle du juge. BATIFFOL propose que lorsque la loi choisie par les parties apparaît manifestement contraire à l'économie de l'opération et porte atteinte à une loi qui est objectivement proche, la loi désignée doit être écartée par le juge au profit de la loi objectivement proche<sup>923</sup>. Cette idée est sortie pour soutenir la thèse de la localisation objective dont il est le père. En tant que telle, la loi désignée par les parties deviendrait selon lui un indice privilégié de la localisation du contrat, mais cet indice doit être opéré sous le contrôle du juge. C'est ce qui s'est passé dans un arrêt célèbre, *American Trading*<sup>924</sup>, la Cour de cassation française a appliqué la loi française au lieu de la loi américaine du lieu de conclusion du contrat en estimant que la volonté des parties était d'exécuter ce contrat en France, afin de valider la clause d'exonération de responsabilité du capitaine du navire, insérée dans un contrat de charte-partie. En effet, cet arrêt est un symbole de l'affirmation de la loi d'autonomie par la Cour de cassation française pour la première fois.

**604.** En l'absence de choix par les contractants de la loi applicable, l'autonomie de la volonté des parties est un rattachement souple. Elle permet de prendre en considération les particularités de chaque contrat. Le rôle du juge semble être modéré, car l'opportunité

---

<sup>920</sup> Cour de cassation, 3 novembre 2017, *op.cit.*

<sup>921</sup> Bundesgerichtshof, le 14 avril et le 13 novembre 1953, IPRspr.1953.150 et 153, cité par E. J. Cohn, « The Objective Practice on the Proper Law of Contracts », ICLQ, vol. 6, 1957, p. 373-391 ; le 22 septembre 1971 ; article 13 de la Loi thaïlandaise relative au conflit de lois B.E. 2481.

<sup>922</sup> V. article de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 et l'arrêt du 26 juillet 2016.

<sup>923</sup> V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°573, p. 268 et s.

<sup>924</sup> Civ. 5 décembre 1910, *op.cit.*

d'apprécier quelle est la loi la plus apte au contrat est relativement diminuée étant donné que celui-ci doit se baser sur la volonté des parties. Il ne devrait pouvoir écarter la loi désignée par cette volonté implicite que sous des conditions strictes proposées par BATIFFOL c'est-à-dire lorsqu'il est manifestement contraire à l'économie de l'opération et porte atteinte à une loi qui est objectivement proche<sup>925</sup>.

**605.** Cependant, il faut admettre que, dans certaines situations, même la volonté implicite des parties ne peut pas être trouvée. Comme l'affirme JACQUET<sup>926</sup>, ceci présente la lacune qui constitue une faiblesse grave de la thèse subjectiviste. Et la volonté des contractants peut ne constituer que le revêtement d'une solution à laquelle le juge aboutit à une analyse objective des circonstances de la cause<sup>927</sup>.

## **§2 : La portée de l'application de la thèse subjectiviste**

Selon la thèse subjectiviste, aucun critère n'a vocation exclusive à régir les contrats internationaux (A), seule la volonté des parties importe (B).

### **A- Le rejet des critères exclusifs de rattachement**

**606.** Traditionnellement, trois principaux facteurs ont été retenus pour désigner la loi applicable au contrat en l'absence de choix des parties : la nationalité des parties, le lieu de la conclusion du contrat et le lieu d'exécution du contrat. La thèse subjectiviste rejette aussi bien le critère de la nationalité commune des parties (1) que le lieu d'exécution du contrat (2). En revanche, quoique n'étant pas le critère exclusif de rattachement, le lieu de la conclusion du contrat tient une place importante dans la thèse subjectiviste (3).

#### **1- Le rejet du critère de la nationalité commune des parties**

**607.** La nationalité trouve son origine de rattachement du statut personnel. On utilise le rattachement à la nationalité, d'abord parce que la loi nationale exprime les mœurs et la tradition nationale d'un pays, elle est faite naturellement pour les ressortissants de ce pays<sup>928</sup>. On l'utilisait ensuite en raison de sa permanence. En effet, s'il est difficile de changer de nationalité, on peut facilement changer de domicile. Enfin, la loi nationale est stable étant donné

---

<sup>925</sup> H. BATTIFOL, *op.cit.*

<sup>926</sup> J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica 1983, p. 184.

<sup>927</sup> V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 2465 et s.

<sup>928</sup> D'où l'intérêt de rattacher l'état des personnes à leur loi nationale (article 28 de l'ordonnance n°62-041).

qu'en principe, on a toujours la même nationalité où qu'on se trouve dans le monde. La loi de la nationalité commune des parties est la loi que les cocontractants sont censés connaître ou à laquelle ils ont accordé leur confiance. En l'absence de choix, c'est la loi de la nationalité commune qui devrait prévaloir en tant que loi la plus proche des parties contractantes. C'est la raison pour laquelle avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la France et la Belgique laissaient au juge le soin de procéder à la localisation objective du contrat afin de découvrir quel est l'élément de rattachement qui doit être pris en compte. Et le facteur de nationalité commune était reconnu lorsque les parties ont la même nationalité.

**608.** Cependant, le rattachement du statut personnel à la loi nationale n'est pas totalement dépourvu d'inconvénients. Ce rattachement se traduit souvent par une application de lois étrangères qui sont parfois difficiles à connaître et à appliquer fidèlement.

**609.** En outre, des auteurs<sup>929</sup> estiment que la nationalité commune des parties n'est le plus souvent qu'un facteur relativement secondaire de rattachement économique comme localisation juridique des contrats internationaux.

**610.** Les acteurs du commerce international sont majoritairement des personnes morales. S'il est facile de rattacher une personne physique à la nationalité d'un État, il en est autrement pour les personnes morales. La plupart de temps, la nationalité des personnes morales n'est pas expressément précisée par des textes nationaux, ces textes se contentent généralement de fixer les indices pour déterminer leur nationalité. L'article 22 de l'ordonnance 62-041 semble poser le siège social comme indice prépondérant pour fixer la nationalité de la société, en disposant que : « les personnes morales, dont le siège social est à Madagascar, jouissent de tous les droits reconnus aux Malgaches et compatibles avec leur nature et leur objet » ; tout en posant des limites en énonçant d'autres indices puisque l'alinéa 2 de cet article continue que « Toutefois, si leur gestion est placée, de quelque manière que ce soit, sous le contrôle d'étrangers ou d'organismes dépendants eux-mêmes d'étrangers, elles ne jouissent que des droits reconnus aux étrangers ». Pour dire que telle ou telle société est contrôlée par telle ou telle personne, des critères sont également mis en avant<sup>930</sup>. Par ailleurs, dans toutes ces panoplies

---

<sup>929</sup> B. GOLDMAN, *op.cit.* JDI.1960.144.

<sup>930</sup> V. articles 192 et suivant de la loi n°2003-036 sur les sociétés commerciales.

d'indices et de critères, chaque État utilise des critères différents. Certains États tiennent compte d'un seul critère, d'autres prennent en compte deux ou plusieurs critères.

**611.** S'il faut recourir à cette nationalité, pour savoir si une personne morale a une nationalité ou non d'un État, le juge devrait prendre en compte les critères généraux retenus par la majorité des États. Il existe notamment trois critères de rattachement que le juge peut tenir compte pour déterminer la nationalité d'une personne morale : le siège social, la loi de constitution de la société et la personnalité des associés, plus précisément, la nationalité majoritaire des dirigeants ou des actionnaires. Par conséquent, il n'est pas aisé de savoir exactement la nationalité d'une société pour justifier l'utilisation de la nationalité comme critère de rattachement afin de déterminer la *lex contractus* à défaut de choix des parties.

## **2- Le rejet du critère du lieu d'exécution du contrat**

**612.** Le lieu d'exécution du contrat peut être retenu comme critère de rattachement en ce sens que c'est en ce lieu que se déroulent les opérations les plus importantes. Par exemple, pour le contrat de vente de marchandises, c'est le lieu où les marchandises sont livrées, pour le contrat de prestation de services, c'est le lieu où les services sont fournis.

La *lex loci solutionis*, en conflit de lois, est la loi appliquée à la place d'un événement. Elle était retenue comme un rattachement par le droit international privé allemand, les pays scandinaves et la Suisse. Selon la formule de SAVIGNY, c'est vers l'exécution du contrat qu'est tournée l'attente des parties. Cependant, certains inconvénients résultent de ce critère tel que l'impossibilité de déterminer une seule loi applicable au cas où le contrat devrait être exécuté dans plusieurs pays.

**613.** Si une affaire est jugée par un tribunal et que toutes ses caractéristiques principales sont locales, le tribunal appliquera alors la *lex fori*, pour statuer sur l'affaire.

**614.** Ce rattachement risque d'entraîner un dépeçage du contrat et conduit à appliquer différentes lois à chaque partie du contrat en fonction des différents pays d'exécution. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de la Convention de Rome de 1980 et du règlement Rome I avaient éliminé ces difficultés. On se trouve ici face à l'argument de la nécessité de « prévisibilité » des parties et en même temps on devra éviter une scission qui consiste à soumettre chaque partie d'un contrat à la loi différente ; il faut s'attacher au lieu d'exécution « principal » du contrat. Ce principe a été adopté à travers la prestation d'une partie qui caractérise l'opération par sa fonction économique que nous verrons par la suite.

### **3- Le lieu de la conclusion du contrat comme critère privilégié, mais pas exclusif**

**615.** Dans la recherche de la volonté des parties, les subjectivistes mettent le lieu de la conclusion du contrat sur un piédestal comme portant en soi la loi d'autonomie. En effet, la soumission du contrat à la loi du lieu de conclusion a été justifiée par la présomption que les parties avaient entendu que leur contrat fut régi par la loi du lieu où il avait été conclu.

**616.** Même si le lieu de la conclusion du contrat est vu par les subjectivistes comme un critère de rattachement du contrat, d'une part, il peut être écarté lorsque les parties expriment leur volonté autrement ou même lorsqu'il résulte d'un ensemble de présomptions qu'elles ont entendu que leur contrat soit soumis à une autre loi<sup>931</sup> ; d'autre part, il ne constitue pas un critère exclusif. Les subjectivistes estiment que le critère du lieu de la conclusion du contrat ou d'autres critères comme la loi de la nationalité commune des parties ou du lieu de l'exécution du contrat n'a pas vocation exclusive à régir les contrats internationaux. La volonté des parties prévaut sur les autres critères de rattachement.

**617.** En définitive, l'un de ces critères va être choisi comme élément de rattachement uniquement parce la volonté des parties permet de dire qu'une telle loi convient le mieux au contrat.

#### **B- L'admission du critère unique : la volonté des parties**

**618.** Les objectivistes soutiennent l'idée selon laquelle en cas de l'absence de volonté explicite, la recherche de volonté implicite des contractants est artificielle. C'est une recherche de la volonté qui n'existe pas, car les parties n'ont pas eu conscience au moment de la conclusion du contrat de l'existence d'un conflit de lois<sup>932</sup>.

**619.** Au contraire, les subjectivistes estiment que par le biais des indications qui se trouvent dans le contrat, on peut induire la volonté des parties. Prenons un exemple, un Malgache domicilié en France conclut un contrat avec un Français qui réside en Angleterre. Aucune clause de choix n'existe dans le contrat, mais il s'agit d'un contrat à exécuter en France, rédigé en langue française, la monnaie utilisée est l'euro. Lorsque le litige survient, il sera

---

<sup>931</sup> J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, p. 181.

<sup>932</sup> E. J. COHN, « The Objective Practice on the Proper Law of Contracts », *op.cit.*, p. 373-391. Cet auteur voit que la théorie objectiviste considère que les contractants n'ont pas la liberté de choisir la loi qui leur convient, mais seulement celle du pays avec lequel le contrat présente la connexion.

difficile pour le juge de rattacher le contrat à d'autres lois que la loi française. On peut arguer que là, il s'agit d'une application de la théorie de la localisation objective. Cependant, cette localisation objective n'est pas un fruit du hasard. Si les parties ont choisi d'exécuter le contrat en France, ont choisi de rédiger leur contrat en français et ont utilisé l'euro comme monnaie, c'est que quelque part, elles n'ont pensé à l'éventualité qu'un autre droit à part le droit français puisse être pris en compte. On peut déduire de leur choix de lieu d'exécution, de langue et de la monnaie, le choix de la loi qu'elles auraient voulu être applicable.

**620.** Même si la volonté implicite ou même explicite des parties se présente comme un élément psychologique que le juge devrait démêler avec attention, il n'a jamais été question de désigner d'une façon arbitraire la loi applicable au contrat. La désignation opérée par le juge de la loi applicable doit être aussi indicative que possible du centre de gravité du contrat. Et si les parties ont bel et bien choisi ce centre de gravité du contrat, ce serait parce que c'est ce qui se passe dans ce pays qui les intéresse, corollairement, le droit de ce pays. Et l'absence de choix de la loi par les parties ne signifie aucunement l'absence de volonté de soumettre le contrat à telle ou telle loi. Ce défaut peut simplement être le fruit de négligence, de l'ignorance, de l'omission ou plus simplement le fait de croire que cela va de soi. La reconstitution de la volonté qu'elles auraient dû exprimer ne serait nullement hypothétique.

**621.** Mais même si c'est le cas, l'hypothèse se base sur des logiques, sur un processus forcément intellectuel. Le résultat de cette recherche de la volonté hypothétique serait plus proche de ce que les parties ont voulu que d'un quelconque rattachement qui ne dépend pas du tout des clauses du contrat.

**622.** En réalité, quand le juge procède à une localisation objective du contrat, il induit des indices qui se trouvent dans le contrat le choix des parties. Ces indices étant bel et bien volontaires reflètent la volonté des parties qui les ont choisis. C'est l'expression de la volonté des parties que les objectivistes mettent sous abri de la localisation objective.

**623.** Selon la thèse transactionnelle de la localisation : « la loi applicable au contrat est déterminée par le juge, selon la volonté des parties quant à la localisation du contrat<sup>933</sup> ». Prenons la soumission du contrat à la loi du lieu de conclusion comme un exemple, on trouve qu'elle est justifiée non pas en raison des mérites propres de ce lieu, mais surtout par la présomption que les parties ont entendue que leur contrat soit régi par la loi du lieu où le contrat

---

<sup>933</sup>H. BATIFFOL, *op.cit.*, p. 265.

été conclu. On trouve que la loi applicable se déduit de l'ensemble des éléments du contrat, des éléments qui ont été librement choisis par les parties.

**624.** La théorie objectiviste de la localisation se base ainsi sur la volonté présumée des parties lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat. Pour bien illustrer, citons un exemple classique de l'affaire des francs C.F.A.<sup>934</sup> qui était la première application jurisprudentielle de la localisation des contrats. Un immeuble situé en Afrique occidentale française avait été vendu entre l'acheteur et le vendeur ayant eu leurs sièges en France métropolitaine moyennant le prix fixé payable en francs. Ultérieurement, on avait dissocié le franc métropolitain et le franc C.F.A., de ce fait, ils n'avaient plus de même valeur. Le problème était de savoir avec quelle monnaie devait payer l'acquéreur, des francs métropolitains ou des francs C.F.A. ? Force est de constater que ce problème peut être réglé par la *lex contractus*, car à l'époque il n'y avait qu'une seule loi monétaire en vigueur ; les parties ne pouvaient pas songer à l'application d'une autre loi<sup>935</sup>. Dans ce cas, pour savoir quelle loi était la loi applicable, il fallait chercher ce qu'ont voulu les parties au moment de la conclusion du contrat. La Cour d'appel a estimé que le contrat est régi par le droit africain pour deux raisons ; d'une part, le prix était payable au siège d'une banque africaine, d'autre part, le vendeur entendait réinvestir ses fonds par l'achat d'un autre immeuble situé en Afrique. Dès lors, la Cour d'appel a estimé que les parties ont voulu conclure une affaire africaine et que la loi régit au paiement du prix était la loi antérieurement en vigueur en Afrique au moment de la passation du contrat, par conséquent l'acquéreur devait régler l'achat en francs C.F.A.<sup>936</sup>. La Cour de cassation avait conclu que la Cour d'appel avait « à bon droit, dégagé l'économie de l'opération contractuelle en recherchant dans le silence du texte et de la convention, l'intention présumée des parties quant à la localisation de celle-ci »<sup>937</sup>. La localisation n'est ainsi rien de plus que « l'intention présumée » des parties. De cet arrêt, on peut déduire que la localisation objective implique la recherche de volonté implicite des parties.

**625.** L'arrêt du 29 juin 1971 a formulé cette situation comme suit : « (...) les juges du fond apprécient souverainement les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat, d'où ils déduisent la loi qui lui est applicable (...) ». Force est de constater que « les

---

<sup>934</sup>CA Aix, 13 juillet 1948, Francs C.F.A., *RCDIP*.1949.332., note Batiffol et Dehove.

<sup>935</sup> Ph. Kahn, note sous Civ. 1<sup>re</sup> 29 juin 1971, Banque commerciale africaine, p. 52.

<sup>936</sup> H. BATIFFOL, « Problèmes des contrats privés internationaux », *Cours I.H.E.I.*, 1961-1962, fasc. 2, p. 68-69.

<sup>937</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 avril 1952, Francs C.F.A., *RCDIP*.1952.502., note H. Motulsky ; S. 1952.1.185, note Batiffol.

circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat » incluent forcément la volonté des parties. Il en résulte que l'interprétation souveraine du juge de ces circonstances entraîne la localisation de l'ensemble des éléments à une structure spatiale par la simple recherche de la volonté des contractants.

**626.** Dans tous les cas, rien n'indique que la théorie de localisation peut rendre mieux compte des solutions que la théorie subjectiviste. En tant que méthode fondamentale, l'autonomie de la volonté étant l'essence même de tout contrat, la théorie subjectiviste a toute sa place dans les règles de conflits de lois. La volonté des parties constitue un véritable critère de rattachement en matière de contrat international, aussi bien en présence qu'en l'absence de choix. Il n'y a que par la recherche de la volonté des parties qu'on peut rattacher le contrat à la loi qui lui convient et qui présente un lien véritable et fort à la situation.

**627.** N'ayant pas un véritable appui de la jurisprudence malgache<sup>938</sup> pour étayer cette interprétation, on va se retourner vers d'autres instruments pour essayer de sortir des solutions précises.

### **Section 3 : Les autres dispositions susceptibles d'être prises en compte**

**628.** En dehors du droit international privé malgache, d'autres dispositions peuvent être prises en considération, la première c'est la CVIM. En ratifiant la CVIM, Madagascar a entériné dans son droit positif ses dispositions. Quand une règle de conflit indique la loi malgache comme loi applicable, lorsqu'il s'agit des contrats de vente de marchandises entrant dans le champ d'application de la CVIM, cette dernière est applicable. Ce qui rend important de voir ce que prévoit la CVIM en matière de la loi applicable au contrat à défaut de choix des parties (§1). Ensuite, comme il a été maintes fois répété, les juges malgaches pouvant se référer au droit français, il est non négligeable d'étudier la position du droit français en la matière (§2).

#### **§1 : Les solutions issues de la Convention internationale ratifiée par Madagascar, la CVIM**

**629.** Si on est contraint de se baser sur l'unique article du principal texte de droit international privé malgache pour les autres contrats internationaux, tel n'est pas le cas en matière du contrat de vente international de marchandises du moins en dehors des certains

---

<sup>938</sup> Le seul arrêt qui a pu vraiment parler de cette recherche de volonté en l'absence de choix de la loi sur la base de l'article 30 de l'ordonnance n°62 est l'arrêt du 26 juillet 2016 relatif au mariage.

contrats plus spécifiques tels que les contrats de transport, les contrats bancaires<sup>939</sup>... Quoique l'autonomie de la volonté garde une place prépondérante dans le droit du commerce international en général et que les parties peuvent choisir de soumettre volontairement leur contrat à la CVIM même si elles ne sont pas établies dans les États membres de la CVIM ou inversement, exclure l'application de la CVIM alors qu'elles ont leurs domiciles dans les pays qui ont ratifié la CVIM, la ratification par l'État malgache constitue un grand pas en avant quant à cette question de la détermination de la loi applicable au contrat. La CVIM étant « un droit uniformisé, équilibré et parfaitement adapté aux impératifs du commerce international »<sup>940</sup>, la solution qui y est prévue sert inéluctablement de base aux contrats internationaux.

**630.** Ce, parce que d'une part la CVIM constitue désormais le droit malgache de la vente internationale. L'article 1 de la CVIM en édictant que « la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents a) lorsque ces États sont des États contractants ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant » pose la règle selon laquelle la CVIM s'appliquera automatiquement lorsqu'une entreprise malgache contractera avec une entreprise d'un des autres pays ayant adhéré à la Convention. En revanche, si l'entreprise malgache contracte avec une entreprise dont le pays n'a pas adhéré à la CVIM, la CVIM ne sera applicable que si les règles du droit international privé désignent la loi malgache comme loi applicable au contrat<sup>941</sup>.

**631.** D'autre part, l'exclusion de la CVIM par les parties nécessite un choix conscient dépourvu d'ambiguïté. Ainsi, une exclusion tacite notamment sous les termes de « l'application des lois malgaches » ne permet pas une exclusion de la CVIM puisque la CVIM est désormais le droit malgache de la vente internationale<sup>942</sup>.

**632.** La CVIM ne contient pas expressément des dispositions quant à la loi applicable à défaut de choix<sup>943</sup>, elle se contente de délimiter son champ d'application. La CVIM fait partie

---

<sup>939</sup> *Infra* 874 et s.

<sup>940</sup> J.-B. SEUBE, *op.cit.* p.6.

<sup>941</sup> *Ibid.*

<sup>942</sup> J.-B. SEUBE propose : « Il faudrait donc expressément préciser que le contrat n'est pas soumis à la CVIM et qu'il reste soumis, non pas « aux lois malgaches », mais « aux seules règles de la LTGO », *op.cit.* p.8.

<sup>943</sup> Une autre convention dont Madagascar n'est pas adhérent le fait, c'est la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Elle dispose notamment dans son article 8 : « Dans la mesure où la loi applicable à la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux dispositions de l'article 7, la vente est régie par la loi de l'État dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat ».

de source de la méthode matérielle. Elle ne prévoit pas des règles de conflit de lois, mais édicte les règles substantielles applicables lorsque les contrats entrent dans son champ d'application. Ainsi, les parties même si elles n'ont pas fait de choix relatif à la loi applicable à leur contrat, à partir du moment qu'elles entrent dans les cas prévus par l'article 1<sup>er</sup> de la CVIM, la CVIM s'applique automatiquement. En d'autres termes, à défaut de choix de la *lex contractus*, la CVIM sera appliquée dès que les parties entrent dans son champ d'application.

## **§2 : Les solutions du droit français susceptibles d'être appliquées par le juge malgache**

**633.** Comme on l'a déjà expliqué, le droit français est susceptible d'être applicable à Madagascar. De ce fait, il est important de faire référence à la Convention de Rome de 1980 et au règlement Rome I qui sont ratifiés par la France afin de combler les lacunes du droit malgache. Vu que quasiment aucune jurisprudence<sup>944</sup> n'est venue interpréter les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance de 1962, faire référence aux solutions posées par la Convention de Rome et le règlement Rome I n'est pas superflu.

**634.** Ces deux instruments sont des mécanismes qui servent entre autres, à désigner la loi applicable au contrat en l'absence de choix. Selon l'article 4 de la Convention « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». On voit que la Convention contient un rattachement souple et en même temps objectif. Cette souplesse pouvait être un facteur d'incertitude, mais elle avait été corrigée par un jeu de présomptions, pour guider le juge, présomptions prévues dans les paragraphes suivants de cet article. En revanche, l'article 4 du règlement Rome I a déjà déterminé la loi applicable pour chaque catégorie du contrat. La Convention de Rome de 1980<sup>945</sup> comme le règlement Rome I<sup>946</sup> prévoient de clause d'exception dans leurs dispositions. Cette clause permet d'écarter les rattachements rigides et conduire à appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits au contrat.

**635.** Dans tous les cas, que l'on applique l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 qui semble poser l'autonomie de la volonté même en l'absence du choix ou qu'on applique la Convention de Rome ou le règlement Rome I, la notion des liens les plus étroits présente un intérêt certain. Lorsque le juge « recherche » la loi sur laquelle les parties ont entendu se placer, le résultat de la recherche ne sort pas *ex nihilo*, le juge doit bien se baser sur le contrat ou sur les circonstances qui entourent la conclusion ou l'exécution du contrat. Et d'une manière ou

---

<sup>944</sup> Sauf celle du 26 juillet 2016 concernant le mariage.

<sup>945</sup> Article 4.3 de la Convention.

<sup>946</sup> Article 4.4 du règlement.

d'une autre, les clauses du contrat ou ces circonstances pour être le reflet de la volonté implicite des parties ne peuvent véritablement ne renvoyer que vers la notion de liens les plus étroits avec le contrat. D'où l'importance du principe de liens les plus étroits que nous verrons dans le chapitre suivant.

## **CHAPITRE 2 : LE POINT DE RATTACHEMENT INCONTOURNABLE : LES LIENS LES PLUS ETROITS**

**636.** À côté de la volonté des parties, d'autres critères sont utilisés pour rattacher le contrat à la loi d'un pays en l'absence de choix des parties. Ce sont les rattachements dits objectifs. Dans ces rattachements objectifs, il s'agit de localiser le contrat à partir des éléments objectifs du contrat. Des conventions internationales, des dispositions internes relatives au droit international, la jurisprudence et la doctrine ont tenté de sortir une règle uniforme de points de rattachements des contrats. Force est toutefois de constater que cet objectif n'est pas encore atteint. À défaut de règle précise, de nombreux pays ont tenté de poser en tant que règle le principe qui est à la base du système de conflit de lois : les « liens les plus étroits ».

**637.** Le droit malgache y fait référence non pas dans le texte relatif au droit international privé, mais dans le Code de la procédure civile en matière de l'arbitrage international. L'article 452.1 dispose qu'un arbitrage est international « si un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : [...] b) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ». On peut remarquer que c'est dans le Code de procédure civile que le législateur malgache fait incidemment référence aux règles de conflit de lois puisque contrairement au texte sur le droit international privé, le Code de procédure civile fait de temps en temps l'objet de mise à jour. Ces dispositions de l'article 452.1 sont par exemple issues de la loi n° 2001 - 022 du 9 avril 2003.

**638.** Ces liens les plus étroits sont présents dans la majorité des dispositions relatives au droit des conflits de lois, seule son application diffère. En effet, la plupart du temps, les législateurs prévoient la loi d'autonomie en présence de choix et renvoient aux rattachements objectifs en l'absence de choix. Tel est le cas du droit français en employant le système dualiste<sup>947</sup>. Lorsqu'on fait appel aux règles de rattachements objectifs, la notion de liens les plus étroits constitue le noyau. Ce qui justifie d'ores et déjà la nécessité de s'y attarder même si l'article 30 de l'ordonnance de 1962 semble rattacher le contrat à la volonté des parties que l'on soit en présence ou en l'absence de choix des parties.

**639.** Mais en plus, dans la recherche de la volonté implicite prônée par le législateur malgache, le juge se base nécessairement sur des éléments exprimés dans le contrat. Et ces

---

<sup>947</sup> *Supra* n°202 et s.

éléments renvoient systématiquement vers ce principe des liens les plus étroits. Qu'en est-il de ce principe (section 1) ? Quels sont les correctifs qui y sont apportés (section 2) ?

### **Section 1 : Le principe de proximité comme lien de rattachement**

Avant d'analyser le contenu du principe (§3) ainsi que de la variation de l'importance de ce principe entre la Convention de Rome et le règlement Rome I (§2), il est primordial de régler au préalable les raisons pour lesquelles la question concerne également le droit malgache (§1).

#### **§1 : Pourquoi parler des liens les plus étroits en droit malgache ?**

**640.** Deux raisons poussent à ne pas négliger la notion des liens les plus étroits en droit malgache : celle de la portée de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 (A) et celle de la portée de l'arrêt de la Cour suprême malgache du 4 mai 2007 (B).

#### **A- La localisation du contrat, conséquence implicite de la recherche de la volonté des parties**

**641.** L'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 dispose que le juge doit rechercher la loi sur laquelle les parties ont entendu se placer. Cet article semble poser le principe de l'autonomie de la volonté aussi bien quand les parties ont choisi la *lex contractus* que lorsque le choix de la loi ne figure pas dans le contrat. Or, pour rechercher cette volonté, lorsque celle-ci n'est pas expressément prévue dans le contrat, il est évident que le juge doit se baser sur des éléments du contrat qui sont eux des éléments objectifs. La démarche serait identique à celle du droit international privé français avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980. En effet, avant ladite Convention, la solution du droit français semblait être l'application de la loi d'autonomie même en l'absence de choix<sup>948</sup>. Ce qui, bien sûr va dans le sens de la thèse subjectiviste. Toutefois, pour sortir cette volonté qui est subjective, les juges français se sont basés sur des éléments du contrat qui eux constituent la thèse objective.

**642.** La recherche de la volonté des parties par le biais des clauses contractuelles, des circonstances qui entourent la conclusion et de l'exécution du contrat implique la localisation de ce contrat. L'arrêt français Société Fourures Renel<sup>949</sup> illustre parfaitement cette situation qui

---

<sup>948</sup> V. l'arrêt *American trading*, Civ. 5 décembre 1910, *op.cit.*

<sup>949</sup> Civ 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1959, Sté des Fourures Renel, *RCDIP*.1959.708., note H. Batiffol; B. Ancel, *GA*, n°35, p.307.

pourra inspirer les juges malgaches dans l'interprétation de l'article 30 susmentionné. Le juge a affirmé la loi d'autonomie tout en se basant sur des éléments de localisation qui sont objectifs. En ses termes : « Attendu que la loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée ; qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »<sup>950</sup>. En d'autres termes, pour déterminer la volonté implicite des parties, le propre de la thèse subjective, le juge se base sur les éléments du contrat, constituant les points de rattachements objectifs, propres à la thèse objective.

**643.** La Cour de cassation française a eu l'occasion de réaffirmer le même principe dans l'arrêt *Mercator Press*<sup>951</sup>. Il s'agit d'un salarié français travaillant dans une société belge dont le contrat s'exécute en France. Ce salarié a été licencié. La Cour de cassation disposait que le principe selon lequel la loi applicable au contrat est la loi désignée par les parties, et en l'absence de choix il convient de déterminer la volonté commune implicite des parties par référence aux éléments du contrat dont le plus déterminant est celui du lieu d'exécution du contrat. Selon la Cour de cassation : « les juges du fond ont souverainement apprécié que les éléments sur lesquels ils se fondaient leur permettaient de déterminer la volonté des parties au moment où elles avaient conclu le contrat ». C'est pourquoi le juge a décidé d'appliquer le droit français.

**644.** Ainsi, le fait de conférer à la volonté des parties la fonction d'un véritable facteur de rattachement n'empêche pas d'appliquer les critères objectifs de la localisation du contrat. Transposé en droit malgache, cela équivaldrait à garder la volonté des parties comme principe de rattachement conformément à l'article 30 susmentionné, mais pour rechercher cette volonté le juge pourrait utiliser la localisation du contrat qui est fondée sur un faisceau d'éléments objectifs. Afin de choisir entre plusieurs éléments entrant dans ce faisceau, le rattachement au pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits paraît inéluctable.

## **B- La référence au droit français permise par la jurisprudence malgache**

**645.** Tel que nous l'avons dit, il est donné au juge malgache la possibilité de recourir au droit français lorsque les dispositions du droit malgache sont lacunaires ou que celles-ci

---

<sup>950</sup> *Ibid.*

<sup>951</sup> Civ 1<sup>re</sup> . 25 mars 1980, *Mercator Press*, *JDI*.1980.650., note Kahn. ; *RCDIP*.1980.576., note H. Batiffol ; *D.* 1981. IR. 162.

soient plus explicites<sup>952</sup>. L'interprétation large de cet arrêt permet au juge malgache de se référer aux règles applicables en France lorsque les textes malgaches sont lacunaires ou moins explicites que ceux de la France.

**646.** Nul doute que ne faisant l'objet que d'un seul article dans l'ordonnance de 1962, la question de choix de la *lex contractus* est lacunaire et justifie en conséquence la référence au droit français. La recherche faite sur les décisions de la Cour suprême de Madagascar n'a pas permis de sortir une quelconque précision. En effet, en l'état actuel de la jurisprudence malgache, aucun arrêt ne traite la question. Sans entrer dans les raisons pour lesquelles aucune jurisprudence malgache ne traite la matière, le caractère lacunaire du droit malgache ouvre un champ de recherche et d'interprétation large du droit malgache. La référence au droit français n'en sera que plus pertinente.

**647.** La référence au droit français nous amène à nous pencher sur la Convention de Rome et le règlement Rome I qui prévoient des règles générales pour déterminer la loi applicable au contrat ainsi que des règles spécifiques applicables à certaines circonstances à défaut de choix des parties. Aussi bien la Convention de Rome que le règlement Rome I font référence aux liens les plus étroits. Seulement, la différence des formulations entre les deux a modifié sensiblement l'importance de ces liens les plus étroits en tant que rattachement des contrats.

**648.** La Convention de Rome de 1980 prévoyait comme principe la référence aux liens les plus étroits pour déterminer la loi applicable au contrat à défaut de choix : c'est le principe de proximité. Entre l'adoption de cette Convention et l'adoption du règlement Rome I en 2009 qui marque l'étape finale vers la communautarisation du droit international privé des obligations, de nombreux travaux ont été effectués notamment une large consultation des États membres, des institutions et de la société civile, une audition publique<sup>953</sup> qui se sont terminés par la rédaction de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles publiées le 15 décembre 2005. « La proposition ne vis[ait] pas à créer un nouveau corps de règles juridiques, mais à transformer une convention existante en instrument communautaire »<sup>954</sup>. Cette Proposition a apporté des modifications qui

---

<sup>952</sup> Arrêt du 4 mai 2007 *précité*.

<sup>953</sup> Faite à Bruxelles le 7 janvier 2004.

<sup>954</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), présentée par la Commission, le 15 décembre 2005, COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

devaient « moderniser certaines dispositions de la Convention de Rome ainsi que les améliorer en termes de clarté et de précision du texte, renforçant ainsi la sécurité juridique, sans pour autant introduire de nouveaux éléments qui seraient de nature à modifier substantiellement le régime juridique existant »<sup>955</sup>. Il s'est toutefois avéré que la Commission de rédaction s'est éloignée<sup>956</sup> de cette approche « purement évolutionniste »<sup>957</sup> et lui a préféré des solutions « d'une radicalité inattendue »<sup>958</sup>. Cela a d'ailleurs amené un auteur à considérer que « de l'ancien article 4 [...] ne reste pratiquement rien »<sup>959</sup>. D'où l'intérêt de comparer l'article 4 de la Convention de Rome à l'article 4 de règlement Rome I.

## §2 : L'importance variable de la règle des « liens les plus étroits »

**649.** Lorsque le droit applicable ne peut être identifié uniquement au moyen de l'élément subjectif qu'est la volonté des parties, il faut avoir recours aux critères de rattachements objectifs. L'article 4 de la Convention de Rome pose la règle principale de proximité selon laquelle le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (A). Le règlement Rome I quant à lui, n'a pas repris la règle principale de l'article 4 de la Convention, mais n'a pas pour autant abandonné le concept des liens les plus étroits (B).

### A- Le principe de proximité posé par l'article 4 de la Convention de Rome

**650.** Comme on l'a vu, le droit malgache ne mentionne nulle part le principe de proximité. C'est l'article 4.1 de la Convention de Rome qui a posé clairement cette règle, et met la notion des liens les plus étroits au centre de règles de rattachement du contrat international. Aux termes de cet article : « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Le principe est posé : à défaut de choix de la *lex contractus* opérée par les parties, le juge recherche le pays avec lequel le contrat présente des liens les plus étroits et appliquera la loi de ce pays. À la lecture de cet article, pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix, la Convention de Rome impose de recourir aux liens les plus étroits. Cette règle de proximité constitue ainsi le principal critère de rattachement prévu par la

---

<sup>955</sup> *Ibid.*

<sup>956</sup> *Ibid.*

<sup>957</sup> M.PLANCK, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) », Institute for Comparative and International Private Law, *Rebels Z 71/2*, 2007, p.255 .

<sup>958</sup> *Ibid.*

<sup>959</sup> *Ibid.*

Convention de Rome. Lorsqu'un Malgache, le vendeur, domicilié en France passe un contrat de vente avec un Anglais, l'acheteur, habitant en Allemagne par exemple, lorsqu'aucun choix n'est expressément fait, l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 dispose que le juge doit chercher la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Le juge doit chercher la volonté implicite des parties par le biais de l'ensemble des clauses contenues dans le contrat. L'article 125 de la LTGO précise que les termes du contrat sont présumés exprimer la commune intention des parties<sup>960</sup>. Parmi les éléments fournis par les clauses du contrat, l'élément de rattachement le plus à même de sortir cette commune intention est probablement l'élément qui se trouve au centre de gravité dudit contrat. C'est la loi du pays où se trouve le centre de gravité du contrat qui doit être applicable. En d'autres termes, c'est la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat qui est la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Est-ce la loi malgache ? La loi française ? La loi anglaise ? Ou la loi allemande ? Quel pays présente des liens les plus étroits avec ce contrat ? Une fois le pays représentant ces liens, identifié, le juge malgache serait en droit d'estimer que c'est sous la loi de ce pays-là que les parties ont entendu placer leur contrat et appliquerait cette loi. Bien évidemment, à ce stade il est difficile d'identifier le pays en question, les lois des quatre pays sont susceptibles de répondre au critère.

**651.** Pour pallier cette difficulté, l'article 4 de la Convention poursuit en posant trois présomptions. La première présomption pose la règle générale<sup>961</sup> selon laquelle « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale »<sup>962</sup>. Pour connaître le pays avec lequel le contrat présente des liens les plus étroits, la Convention renvoie au pays du débiteur de la prestation caractéristique, plus précisément au pays où le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat. Pour notre exemple, le juge va chercher quel est le pays du débiteur de cette prestation caractéristique au moment de la conclusion du contrat de vente. Cette présomption permet déjà d'éliminer la loi malgache et la loi anglaise qui sont les lois nationales des parties. Il reste deux lois susceptibles d'être appliquées : la loi du domicile du vendeur ou la loi du domicile de

---

<sup>960</sup> Article 125 de la LTGO : « La commune intention des parties détermine leurs engagements réciproques. Toutefois, les termes du contrat sont présumés l'exprimer.

<sup>961</sup> Les deux autres présomptions consistent dans les règles spéciales prévues pour les contrats portant sur un immeuble et les contrats de transport de marchandises (article 4.3 et 4 de la Convention de Rome).

<sup>962</sup> Article 4, §2 de la Convention de Rome.

l'acheteur. Qui est débiteur de la prestation caractéristique<sup>963</sup> ? Le vendeur ou l'acheteur ? La Convention de Rome n'apporte pas de réponses.

**652.** Ce qu'elle a fait c'est d'ajouter deux autres présomptions relatives à la détermination des liens les plus étroits concernant particulièrement deux contrats : le contrat portant sur un immeuble et le contrat de transport<sup>964</sup>. À propos du contrat de transport, on en parlera dans le chapitre relatif aux contrats spécifiques<sup>965</sup>. En revanche, concernant le contrat portant sur l'immeuble, on retrouve la force d'attraction du lieu de la situation de l'immeuble. Pour reprendre notre exemple, si le contrat porte sur un immeuble, la solution rejoint l'article 29 de l'ordonnance n°62-041 les immeubles sis à Madagascar sont régis par la loi malgache. Il est prévu par la Convention qu'il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble. Il n'est donc pas besoin de chercher le débiteur de la prestation caractéristique, il faut simplement désigner la loi de la situation de l'immeuble objet de la vente comme loi applicable.

**653.** Ces trois présomptions sont d'une aide non négligeable dans la recherche de la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Mais ces présomptions sont loin d'être irréfragables. En effet, l'article 4.5 revient sur le principe de proximité pour écarter l'application des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 4 de la Convention en disposant que « les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>966</sup>. Ce qui signifie que même si on arrive à trouver le débiteur de la prestation caractéristique, même si le contrat porte sur un immeuble ou un contrat de transport, si le contrat présente des liens les plus étroits avec un autre pays que ceux prévus par les trois présomptions, c'est la loi de ce pays qui est applicable.

---

<sup>963</sup> V.M.-E. ANCEL, *La Prestation caractéristique*, Economica, 2002.

<sup>964</sup> Article 4, §3 et 4 de la Convention de Rome : « 3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble. 4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises ».

<sup>965</sup> *Infra* n°874.

<sup>966</sup> Article 4, §5 de la Convention de Rome.

**654.** La règle de proximité est en plus d'être le rattachement de principe est également applicable lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui vers lequel pointent les présomptions des paragraphes 2 à 4, à savoir lorsque la relation entre dans le « champ d'application secondaire »<sup>967</sup> de la règle générale.

**655.** Comme la convention de Rome ne précise pas les circonstances qu'il faut prendre en considération pour établir ces liens les plus étroits, celles-ci peuvent être celles des paragraphes 2, 3 et 4, comme elles peuvent être la nationalité des parties, la langue du contrat, son lieu de conclusion ou de son exécution, la monnaie, etc. à condition que ces indices ne désignent pas un rattachement plus faible que les présomptions de l'article 4. Ce qui signifie que pour l'exemple qu'on a pris, il n'est pas sûr que la loi applicable soit la loi française ou la loi allemande, en ce sens que lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui vers lequel le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou la *lex rei sitae* si le contrat porte sur l'immeuble.

**656.** Les liens les plus étroits jouent ainsi un rôle central dans la convention de Rome. Ils permettent de « toujours déterminer une loi applicable, sans exception aucune »<sup>968</sup>.

**657.** Il est à noter en outre que la Convention de Rome prévoit la possibilité de dépeçage même à défaut de choix des parties en précisant que « toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays »<sup>969</sup>.

## **B- Le déclassement du principe de proximité par l'article 4 du règlement Rome I**

**658.** L'adoption du règlement Rome I a été précédée de la rédaction de la Proposition de règlement Rome I. Toutefois, contrairement à la Convention de Rome caractérisée par sa flexibilité, par souci de prévisibilité, la Proposition contient des règles rigides (1) qui ont complètement dénaturé l'article 4 de la Convention (2).

---

<sup>967</sup> F.FERRARI, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *Pedone* 2009, p.121.

<sup>968</sup> F.FERRARI, *op.cit.*, p.121.

<sup>969</sup> Article 4, §1 de la Convention de Rome.

## 1- Une velléité de suppression de caractère flexible des liens les plus étroits au profit de la prévisibilité

**659.** Si l'article 4 de la Convention pose le critère des liens les plus étroits comme principe, donnant ainsi au juge une certaine liberté quant à l'appréciation de ces liens et prenant en considération la spécificité de chaque contrat, au passage de la Convention de Rome vers le règlement Rome I, les rédacteurs de la Proposition du règlement Rome I ont tenté d'abandonner la flexibilité de la Convention sous prétexte d'assurer plus de prévisibilité et de sécurité juridique aux contractants lorsque ceux-ci n'ont pas choisi leur *lex contractus*.

**660.** Cette Proposition de règlement Rome I apporte des innovations dont la principale est l'élimination du principe de proximité posé par l'article 4.1 de la Convention. En effet, à la place de la règle générale de rattachement au critère des liens les plus étroits, la Proposition a introduit un ensemble de critères de rattachement applicables à défaut de choix des parties particulièrement rigides et autonomes<sup>970</sup>. Le système mis en place par la Proposition n'offre aucune marge de manœuvre au juge qui peut permettre une approche visant l'équité des cas individuels<sup>971</sup>. Il ne tient pas compte de la « large palette de contrats qui existent »<sup>972</sup> ni de la disparité et variété des contextes dans lesquels ces contrats s'inscrivent. Dans notre exemple, le juge ne va plus chercher le pays qui présente des liens les plus étroits avec le contrat, il suffit au juge de se référer aux règles spécifiques pour chaque type de contrat et désigner cette loi. Il est évident que cette solution s'éloigne largement de la recherche de la volonté implicite prévue par l'article 30 de l'ordonnance n°62-041. Au contraire, la volonté des contractants importe peu, il suffit que le contrat entre dans la catégorie prévue par la Proposition que la loi applicable soit la loi qui y est désignée. Cette rigidité se conjugue mal avec la flexibilité du rattachement à la volonté des parties choisie par le législateur malgache.

**661.** Heureusement, les rédacteurs du règlement Rome I tout en tenant compte de la prévisibilité prônée par la Proposition ne s'éloignent pas autant de son équivalent, l'article 4 de la Convention de Rome. L'approche rigide de la Proposition a fait place à un système plus flexible qui ressemble à celui de la Convention de Rome, sans pour autant être identique. En

---

<sup>970</sup> F. FERRARI, *op.cit.*, p.122.

<sup>971</sup> MAGNUS U. MANKOWSKI P., « The Green Paper on a future Rome I Regulation on the road to a renewed European private international law of contracts », *ZvglRWiss* 103, 2004, p. 131-189.

<sup>972</sup> MAX PLANCK INSTITUTE WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) *op. cit.*, 2007, p. 263.

effet, comme l'article 4.1 de la Proposition, l'article 4.1 du règlement prévoit huit critères de rattachement spéciaux pour différents types de contrats<sup>973</sup> et certains d'entre eux sont comparables à ceux de l'article 4.1 de la Proposition, mais le règlement garde l'ouverture du critère des liens les plus étroits<sup>974</sup>.

## **2- La nouvelle formulation des liens les plus étroits : entre la prévisibilité et la flexibilité**

L'article 4 du règlement Rome répond au souci de flexibilité voulue par le législateur malgache tout en répondant à la question laissée en suspens par la Convention de Rome<sup>975</sup>. Ce nouvel article 4 est marqué par la disparition du paragraphe 1 de la Convention (a). En raison de besoin de concilier la prévisibilité et la flexibilité (b), cet article est structuré autrement (c), mais l'importance du critère des liens les plus étroits est restée quasiment intacte (d).

### **a- La disparition de disposition érigeant les liens les plus étroits en principe**

**662.** L'article 4 du règlement Rome I a modifié la structure de l'article 4 de la Convention. Celui-ci a, au même titre que la Proposition de règlement Rome I, éliminé l'article 4, §1 de la Convention qui pose le principe de proximité. Ce qui a comme conséquence le déclassement de la règle de proximité. De la règle principale, le principe de proximité est devenu subsidiaire. Le système flexible de la Convention de Rome fondé sur la règle de proximité du paragraphe 1 de l'article 4, les présomptions des paragraphes 2 à 4 et le correctif du paragraphe 5 est remplacé dans le règlement Rome I par une liste de huit règles spéciales correspondant aux différents types de contrats<sup>976</sup>.

---

<sup>973</sup> WAGNER, « Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) », *IPRax*, 2008. 377, p. 386.

<sup>974</sup> V. article 4.3 et 4 du règlement Rome I.

<sup>975</sup> Notamment à la question de savoir qui est le débiteur de la prestation caractéristique dans notre exemple, le vendeur ou l'acheteur ?

<sup>976</sup> Article 4,§1. du règlement Rome I : « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit: a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle; b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle; c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble; d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays; e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle; f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle; g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé; h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples

**663.** Par ailleurs, en enlevant ce paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention, le règlement Rome I a fait également disparaître la possibilité du dépeçage prévue par la Convention. Ce qui renforce l'idée de la soumission du contrat à une loi unique.

#### **b- Les raisons de la modification**

**664.** Les rédacteurs du règlement Rome I estimaient que le critère des « liens les plus étroits » accorderait au juge une trop large appréciation dans la détermination des liens les plus étroits. Donner une définition de ce qu'on entend par les liens les plus étroits amène à renfermer dans des critères rigides, une notion qui se veut flexible. Cette absence de délimitation quant aux contours de ce critère inciterait à l'imprévisibilité contractuelle en ce sens qu'elle accorde une trop grande place à l'appréciation des juges sur la détermination de ces liens. Par conséquent, afin d'assurer une plus grande prévisibilité et une plus grande sécurité juridique, les rédacteurs du règlement Rome I ont préféré soumettre le contrat à un rattachement déterminé à l'avance en procédant à un remaniement du principe de l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat énoncé à l'article 4, §1 de la Convention de Rome.

**665.** Certes, le règlement Rome I a modifié la teneur de l'article 4 de la Convention. Cependant, les règles spéciales prévues en remplacement du principe de proximité de l'article 4, §1 de la Convention ne sont pas aussi rigides qu'elles auraient été prévues par la Proposition. Cela est dû à l'article 4, §3 du règlement Rome I qui prévoit une clause d'exception semblable à celle de l'article 4, §5 de la Convention de Rome. En ses termes « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Il résulte de cette formulation que les règles spéciales de l'article 4§1 ainsi que la règle de l'article 4§2 sont aussi flexibles que ne l'étaient les présomptions de l'article 4 de la Convention de Rome. La flexibilité prônée par le législateur malgache lorsqu'il a décidé de rattacher la loi applicable au contrat à la volonté des parties est ainsi préservée. Même si les liens les plus étroits ne constituent plus la règle de principe en droit français, ils restent incontournables, puisque lorsque le contrat présente des liens manifestement étroits avec un pays autre que celui vers qui pointent les règles prédéterminées, c'est cette loi qui est applicable.

---

intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi ».

**666.** Mais, par rapport à l'article 4, §5 de la Convention, les rédacteurs du règlement ont restreint les conditions dans lesquelles il est possible d'appliquer une loi autre que celle désignée par l'un des critères spéciaux de rattachement. La nouvelle formulation de la clause d'exception est plus restrictive que celle de l'article 4, §5 de la Convention de Rome et qu'en tant que telle elle engendre moins d'incertitude et plus de prévisibilité tout en gardant sa flexibilité.

**667.** Quoiqu'il en soit, la clause d'exception de l'article 4, §5 de la Convention de Rome a en réalité presque toujours été appliquée dans des circonstances qui permettraient également d'appliquer l'article 4, §3 du règlement Rome I même s'il ne peut pas être ignoré que la teneur de la disposition est différente<sup>977</sup>.

### **c- La structure à la fois prévisible et flexible de l'article 4 du règlement Rome I**

**668.** Dans l'exemple de contrat de vente entre un Malgache domicilié en France et un Anglais domicilié en Allemagne, par application de la recherche de la volonté implicite prévue par l'article 30 de l'ordonnance n°62-041, par le biais de la recherche de la loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, utilisant pour ce faire la présomption de la Convention de Rome selon laquelle, c'est la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique qui est présumée présenter les liens les plus étroits avec le contrat ; on est restée sur deux lois en concurrence : la loi du vendeur et la loi de l'acheteur. La question restait de savoir qui est le débiteur de la prestation caractéristique. Avant l'entrée en vigueur du règlement Rome I, la réponse à cette question relevait de la jurisprudence. C'est au juge qu'il appartient de chercher ce débiteur de la prestation caractéristique.

**669.** Désormais, sans faire expressément référence à la prestation caractéristique, l'article 4 du règlement Rome I donne des réponses pour huit catégories de contrats. Lorsque le contrat entre dans une de ces catégories, le juge n'a plus à chercher qui est le débiteur de la prestation caractéristique puisque le règlement prévoit la loi applicable à huit catégories de

---

<sup>977</sup> Article 4, §3 du règlement Rome I : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique » ; article 4.5 de la Convention : « Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre ».

contrat<sup>978</sup>, dont certains reposent sur le critère de la prestation caractéristique retenu du temps de la Convention. Il suffit ainsi dans notre exemple déterminer de quel type de contrat s'agit-il pour savoir qui est le débiteur de la prestation caractéristique.

**670.** Des difficultés continuent toutefois de subsister. Premièrement, le nouvel article 4 ne prend pas en compte les variétés et l'individualité de chaque contrat. Il cite huit catégories de contrats alors que le contrat étant question de la volonté des parties, il peut y avoir autant de variétés de contrats qu'il y a de contractants.

**671.** Deuxièmement, un contrat peut être rattaché à plusieurs des règles spéciales ou inversement, la question peut se poser lorsque pour une raison ou une autre, l'article sur la catégorie qui concerne le contrat ne peut être appliqué, peut-on le rattacher à une autre catégorie ? Par exemple, l'article 4, §1.a) prévoit que le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle, tandis que l'article 4, §1.g) incluant la règle calquée sur le modèle de l'article 3,§3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dispose que « le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé »<sup>979</sup>. Si la loi du pays où la vente aux enchères a lieu ne peut être appliquée, se référerait-on à l'article 4, §1. a) dans la mesure que la vente de biens aux enchères entre également dans le champ d'application de l'article 4, §1. a) ou faudrait-il recourir à d'autres critères tels que l'article 4, §4 ? Un recours à l'article 4, §1. a) est

---

<sup>978</sup> Article 4, §1 du règlement Rome I : « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit: a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle; b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle; c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble; d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays; e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle; f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle; g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé; h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi ».

<sup>979</sup> Article 4§1.g) du règlement Rome I.

envisageable lorsque la condition d'application de l'article 4, §1. g) n'est pas remplie, ou lorsqu'il est impossible de déterminer dans quel pays la vente aux enchères a eu lieu<sup>980</sup>.

**672.** À l'instar de la Convention de Rome, l'article 4, §2 du règlement fait référence au rattachement au critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, mais uniquement lorsque le contrat ne peut pas entrer dans l'un des huit types de contrats prévus au paragraphe 1<sup>981</sup>. Mais comme l'article 4 de la Proposition, l'article 4 du règlement Rome I prévoit le critère de la prestation caractéristique, qui est autant sujet à la clause d'exception que les critères spéciaux et est de surcroît de nature « autonome ». Ce, parce qu'il n'a pas pour fonction de concrétiser un autre critère général<sup>982</sup> tel que c'était le cas dans l'article 4, §2. de la Convention de Rome. En effet, sur l'échelle hiérarchique des règles de conflit introduites par le règlement, le critère de la prestation caractéristique figure au même rang que les critères de rattachement spéciaux et la règle prévue à l'article 4, § 4 selon laquelle « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Dorénavant, le critère de la prestation caractéristique ne constitue plus la règle principale. Même si d'une part, statistiquement, ce critère s'applique à davantage de contrats que les règles spéciales listées à l'article 4, §1 du règlement, d'autre part, certaines de ces règles spéciales<sup>983</sup>, ne constituent rien d'autre que des cas d'application de ce critère<sup>984</sup>.

**673.** Bref, contrairement à ce qui prévaut sous la Convention de Rome, aucune règle de conflit générale ne constitue le point de départ obligatoire de toute analyse de la loi applicable<sup>985</sup>. Le principe de proximité n'est plus la règle générale et la prestation caractéristique ne constitue plus une présomption générale de liens les plus étroits. Au contraire,

---

<sup>980</sup> Z. TANG, « Law applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation », *Modern Law Review*, 2008. 71. 785, p. 794.

<sup>981</sup> Article 4.2 du règlement Rome I : « Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle

<sup>982</sup> F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome I Regulation : Much ado about nothing ? », *European Legal Forum* 2008. 61, p. 67.

<sup>983</sup> La règle concernant les contrats de franchise, par exemple, à teneur de laquelle ces contrats sont « régi[s] par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle » (article 4.1.e) du règlement Rome I, ne constitue pas un cas d'application de la règle de la prestation caractéristique. Selon la doctrine majoritaire, ce n'est pas le franchisé, mais bien le franchiseur qui effectue la prestation caractérisant les contrats de franchise.

<sup>984</sup> TANG, *op.cit.*, p. 787.

<sup>985</sup> GARCIMARTIN ALFEREZ, *op. cit.*, p. 67-68.

tous les critères de rattachement ont le même rang. Le recours à l'un ou l'autre d'entre eux dépend exclusivement de motifs matériels, à savoir selon que le contrat entre dans le champ d'application matériel d'un critère plutôt qu'un autre. Dans notre exemple, il n'y a plus donc lieu de chercher en amont le pays ayant des liens les plus étroits avec le contrat ni de chercher qui est le débiteur de la prestation caractéristique. Il suffit de se référer à l'une des huit catégories de contrats. Si le contrat figure dans une catégorie, c'est la loi désigner par la règle de ce type de contrat qui est applicable. On fait donc référence à la loi applicable à la catégorie, il s'agit de contrat de vente. Le contrat de vente de biens relève de l'article 4, §1a) tandis que la vente immobilière relève de l'article 4, §1c).

**674.** Toutefois, et c'est en cela que le nouvel article est tout à fait flexible que l'était l'ancien article et se trouve parfaitement en phase avec le droit malgache dans la mise en avant de la volonté des parties, les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 du règlement Rome I revient aux liens les plus étroits, en les gardant à titre de clause d'exception. Selon cet article : « 3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. 4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Ainsi, le principe de proximité continue à tenir un rôle, mais pas de la même manière que dans la Convention. Ce qui démontre le caractère incontournable du critère des liens les plus étroits. Même si les rédacteurs du règlement Rome I ont prévu des règles de rattachement pour différents types de contrats, ils n'ont pas pour autant éliminé le critère des liens les plus étroits conscient que ces derniers constituent la solution « infaillible » pour déterminer la loi applicable au contrat à défaut de choix.

#### **d- L'importance avérée des liens les plus étroits**

**675.** De tout ce qui précède, pour déterminer la loi applicable au contrat en l'absence de choix des parties, à la lumière du règlement Rome I, la démarche est inversée. Le but en droit malgache est de rechercher et appliquer la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Et on a vu que cette recherche de la volonté implicite nous ramène incontournablelement vers la recherche du pays représentant les liens les plus étroits. Mais au lieu de partir des présomptions du débiteur de la prestation caractéristique où on a vu que la question de savoir qui est le débiteur de la prestation caractéristique est laissée en suspens et relève du juge, sous le règlement Rome I, le juge vérifie directement si le contrat entre dans le

champ d'application de l'une des règles spéciales de l'article 4§1<sup>986</sup>. Si c'est le cas, il n'y aura pas lieu de recourir à d'autres articles ou d'autres présomptions ou suppositions, il faudra se référer directement à la loi désignée par la catégorie. Si le contrat n'est pas prévu dans les huit types de contrats ou au contraire si les éléments du contrat sont susceptibles d'être rattachés à plusieurs types de contrats prévus à l'article 4, §1, c'est là seulement qu'il faudra recourir au critère de prestation caractéristique du paragraphe 2. Et lorsqu'aucune de ces règles ne permet de désigner la loi applicable<sup>987</sup> : le contrat ne fait l'objet d'aucune règle spéciale et il n'est pas possible d'identifier une prestation caractéristique, on revient à la règle de proximité, celle « de la dernière chance » qui permet toujours de désigner la loi applicable, sans exception<sup>988</sup>.

**676.** En outre, lorsque l'une des règles spéciales ou du critère de la prestation caractéristique identifie la loi d'un pays donné, mais que le contrat présente un lien manifestement plus étroit avec un autre pays, on applique également le critère des liens les plus étroits en tant que clause d'exception. À l'instar de ce qui prévalait sous l'empire de la Convention de Rome<sup>989</sup>, il appartient au juge d'examiner les conditions d'application de la clause d'exception.

**677.** La clause d'exception permet d'appliquer une autre loi que celle désignée par le rattachement aux critères spéciaux ou à la règle de la prestation caractéristique. A contrario, les règles prévues par l'article 4, §1 et 2 ne s'appliquent que si le contrat ne présente des liens les plus étroits avec un autre pays conformément à l'article 4, §3. À part, l'ajout du mot « manifestement » rien ne semble changer par rapport à la Convention de Rome, relativement à cette clause d'exception : l'absence d'un lien plus étroit avec un pays autre que celui identifié par le biais de l'une des règles susmentionnées constitue une condition d'application négative de la loi du pays en question<sup>990</sup>. La formulation différente et plus restrictive, notamment dans l'interprétation des liens « manifestement » plus étroits, par rapport à l'article 4, §5 de la Convention de Rome, de l'article 4, §3 du règlement n'a apporté aucune modification à cet égard. Seul le seuil à atteindre pour appliquer une loi différente a changé, le rapport entre la

---

<sup>986</sup> GARCIMARTIN ALFEREZ, *op.cit.*, p.68.

<sup>987</sup> Par exemple en raison d'un choix négatif des parties entraînant l'inapplicabilité de la loi désignée par l'un des critères spéciaux ou par la règle de la prestation caractéristique,

<sup>988</sup> F.FERRARI, *op.cit.*, p.127.

<sup>989</sup> *Ibid.*

<sup>990</sup> WAGNER, *op. cit.*, p. 382.

clause d'exception et les règles de conflit « autonomes » mentionnées à l'article 4, §b 1 et 2 sont restés intacts.

### **§3 : Le contenu du principe de proximité**

Les liens les plus étroits sont une notion volontairement flexible (A), mais dont les contours sont identifiables (B).

#### **A- Les « liens les plus étroits », notion volontairement flexible**

Il n'y a pas de définition légale des liens les plus étroits (1), mais l'article 4 a été écrit de telle sorte que des précisions peuvent être apportées (2).

##### **1- L'absence de définition légale**

**678.** La notion de « liens les plus étroits » n'est définie ni à l'article 4 de la Convention de Rome<sup>991</sup> ni à l'article 4 du règlement Rome I. Les textes, la jurisprudence et la doctrine définissent souvent avec soin les concepts juridiques pour permettre d'expliquer, de critiquer ou de justifier un raisonnement. La définition aide à préciser les contours d'un concept et à s'assurer de son application uniforme<sup>992</sup>.

**679.** La pratique démontre toutefois que nombreux sont des concepts qui ne peuvent être définis avec certitude. Il n'est pas toujours aisé d'identifier les critères nécessaires et suffisants pour délimiter un concept alors qu'il est tout à fait possible de maîtriser un concept et de l'employer correctement sans en posséder la définition<sup>993</sup>. En revanche, la flexibilité des concepts permet au droit de s'adapter aux cas particuliers et de tenir compte de l'évolution sociale. Elle offre aux juges la possibilité d'apprécier les faits en tenant compte des spécificités de chaque cas et de se réserver le droit de requalifier les faits. Les rédacteurs de la Convention et du règlement n'ont pas défini les termes de liens les plus étroits pour éviter de les renfermer dans une définition afin d'éviter de restreindre son champ d'application. C'est cette ouverture et flexibilité qui fait que ce critère permet toujours de déterminer la loi applicable au contrat, peu importe le silence et les contradictions des parties dans un contrat. Les liens les plus étroits peuvent traduire la volonté la plus implicite des parties puisque ceux-ci peuvent ressortir même

---

<sup>991</sup> D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 6e éd., 2004, p.114.

<sup>992</sup> CUMYN M., « Pourquoi définir les concepts juridiques », *Chaire de rédaction juridique, (dir) Louis-Philippe-Pigeon*, université Laval, 15 janvier 2018.

<sup>993</sup> CUMYN M. et GOSSELIN F., « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill* 329-387, 2016, n° 62, p.2.

de la plus faible information telle que l'adresse des parties contractantes. On peut en effet relever de la simple information de l'adresse du vendeur le domicile du débiteur de la prestation caractéristique<sup>994</sup> ou selon le règlement : « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

**680.** Quoi qu'il en soit, on peut quand même déduire de l'article 4.1 de la Convention qu'il s'agit des liens les plus étroits entre le contrat et un pays. Il résulte que l'article 4 ne peut mener à l'application d'une loi non étatique<sup>995</sup>. Il ne peut ainsi y avoir notamment ni un contrat sans loi ni l'application de la *lex mercatoria*. Ensuite, des facteurs qui n'ont aucun impact sur le lien entre le contrat et un pays donné tel que la solution de droit matériel en vigueur dans ce pays ne jouent un quelconque rôle dans la détermination de la loi applicable.

## **2- Les précisions apportées au critère des liens les plus étroits**

**681.** C'est dans l'idée de préciser ce critère des « liens les plus étroits » dont le caractère est volontairement vague<sup>996</sup> pour donner plus de flexibilité à l'article 4 que les rédacteurs de la Convention de Rome ont introduit les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4. Ces présomptions ne permettant d'indiquer la loi du pays qui présente *de facto* les liens les plus étroits avec le contrat notamment du fait qu'il existe de très nombreux types de contrats et de réalités et de contextes très variés dans lesquels ces contrats s'inscrivent.

**682.** Le règlement Rome I a listé huit types de contrats avec leurs éléments de rattachement prédéfinis. À la lecture de ces liens de rattachement, il s'agit bel et bien de rattachement à la loi du pays qui présente des liens les plus étroits avec le contrat. Les deux premiers types de contrats, la vente de biens<sup>997</sup> et la prestation de services<sup>998</sup> sont par exemple rattachés au pays du débiteur de prestation caractéristique, présomption de liens les plus étroits selon la Convention<sup>999</sup>. Comme le disent des auteurs : « la règle propre au contrat de « vente de biens », désignant la loi du pays de la résidence habituelle du vendeur, est une curiosité du règlement Rome I [...]. Sur le fondement de sa règle générale [...] sans contenir de règle

---

<sup>994</sup> Selon la Convention de Rome.

<sup>995</sup> J. BASEDOW, « Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR », *Jahrbuch für die Praxis des Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989.p.3.

<sup>997</sup> Article 4§1a) du règlement Rome I.

<sup>998</sup> Article 4§1b) du règlement Rome I.

<sup>999</sup> Article 4§2 de la Convention.

spéciale [la Convention] parvenait aussi à la désignation de la loi de la résidence habituelle du vendeur »<sup>1000</sup>. Aussi pourrait-on dire que cette règle spéciale est un exemple de rattachement qui se fonde sur la prestation caractéristique. C'est donc la réponse expresse à la question laissée à l'appréciation du juge selon l'exemple qu'on a pris : qui est le débiteur de la prestation caractéristique dans un contrat de vente ? À partir de la présomption de la Convention, le juge aurait pu arriver à la même réponse que l'article 4, §1a) du règlement. Sauf que maintenant, il y a une réponse précise et claire : c'est la loi du pays de la résidence habituelle du vendeur qui est applicable soit la loi française pour notre exemple.

**683.** En plus du principe posé par l'article 4, §1, précisé par les présomptions des paragraphes 2 et 3, la Convention prévoit encore l'application de la loi du pays le plus étroitement lié au contrat à titre de clause d'exception. La clause d'exception permet de revenir sur le principe de proximité au cas où le contrat présente des liens les plus étroits avec un pays autre que les présomptions pointent. Elle sert ainsi à écarter les présomptions. Selon le paragraphe 5 de l'article 4 de ladite convention : « les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Cette clause d'exception est reprise par le règlement Rome I même si la formulation a quelque peu changé notamment par la restriction faite dans l'exigence d'un lien « manifestement » étroit. Selon le paragraphe 3 de l'article 4 du règlement : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Par conséquent, au même titre que les présomptions de la convention, les règles spéciales du règlement sont écartées lorsque le contrat présente un lien plus étroit avec un autre pays.

**684.** Cela permet de reconnaître « ... au juge une certaine marge d'appréciation quant à la présence, dans chaque cas d'espèce, de l'ensemble des circonstances qui justifient la non-application des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 »<sup>1001</sup>.

**685.** La clause d'exception du règlement poursuit le même but que la clause d'exception de la Convention : l'application de la loi du pays présentant le lien le plus étroit avec le contrat. Et comme le dit la doctrine « il ne saurait y avoir de liens plus étroits que le lien le plus étroit ». En conséquence, la loi identifiée en application de l'une des règles spéciales ne

---

<sup>1000</sup> ANCEL M.-E, DEUMIER P., LAAZOUZI M., *op.cit.*, p.210, n° 251.

<sup>1001</sup> M.-E.ANCEL, P.DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.210, n° 251.

sera pas nécessairement la loi applicable. Si le juge estime que le contrat présente un lien « manifestement » étroit avec un autre pays que celui prévu par les règles spéciales du paragraphe 1, ce sera la loi de ce pays qui sera applicable.

**686.** Cette recherche relève de l'appréciation du juge au vu des circonstances qui entourent la conclusion du contrat. En d'autres termes, l'absence d'un lien plus étroit avec un pays autre que celui vers lequel pointe l'une des règles spéciales constitue une condition d'application négative de la loi de ce pays. Dès lors, lorsque le contrat présente un lien plus étroit avec un autre pays, la loi de ce dernier devra être appliquée.

**687.** En développant sa doctrine de la prestation caractéristique, SCHNITZER<sup>1002</sup> affirmait à partir du principe qu'un contrat doit être régi par l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits. Ce principe de proximité exprime, en matière de conflits de lois, « l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits »<sup>1003</sup>. Le principe de proximité paraît traduire l'objectif idoine de toute règle de conflits de lois. Telle que le précise l'auteur : « si nous l'approuvons, ce n'est pas parce qu'il nous paraît fournir une bonne solution, mais plutôt parce qu'il ne pose pas une mauvaise question »<sup>1004</sup>. La recherche des liens les plus étroits entre un rapport de droit et un ordre juridique n'est pas arbitraire : elle constituerait l'exercice d'une discrétion encadrée, ou guidée, par l'obligation d'apprécier l'ensemble des points de rattachement qu'une situation présente avec différents ordres juridiques, pour ensuite procéder à une évaluation qualitative de l'intensité de ces liens, et finalement retenir le lien, ou l'ensemble de liens, qui traduit le rapport le plus étroit<sup>1005</sup>. Elle constituerait l'image la plus fidèle possible de ce qu'auraient voulu les contractants qui n'ont pas fait de choix de la loi.

**688.** Ainsi, les critères de rattachement de l'article 4 du règlement Rome I sont plus flexibles que ne l'étaient ceux de l'article 4 de la Proposition. Le degré de flexibilité de l'article

---

<sup>1002</sup> A. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Handels, Wechsel- und Checkrechts*, Zurich/Leipzig, 1938, p. 203-209.

<sup>1003</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », RCADI, 1986, t. 196, p. 9, à la page 25. Si ce n'est que nous prenons parti en faveur de la règle de conflit bilatéral pour résoudre le conflit de lois.

<sup>1004</sup> Mieux vaut adopter une formule vague plutôt que métaphorique, comme celle du projet de Code civil du Québec de 1977, qui, pour désigner la loi applicable au contrat, faisait tout simplement référence à la loi qui, « compte tenu des circonstances, a le meilleur titre pour le régir. », Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol 1, Projet de Code civil, Québec, 1978, p. 600, 601). On a finalement préféré la formule des liens les plus étroits ( Articles 3112 et 3113).

<sup>1005</sup> R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale private dei contratti*, Milan, Giuffrè, 1991, p. 64-66, 181-182, 187-190 et 249.

4 du règlement ne paraît cependant pas atteindre celui de son homologue de la Convention. Cela découle également du fait que la disposition du règlement n'a pas maintenu la possibilité réservée par l'article 4.1, 2e phrase, de la Convention d'appliquer « à titre exceptionnel » à « une partie du contrat [...] séparable du reste du contrat et [qui] présente un lien plus étroit avec un autre pays [...] la loi de cet autre pays ». L'article 4 du règlement ne semble dès lors pas permettre un dépeçage, à tout le moins pas formellement, même pas « à titre exceptionnel », rendant apparemment le système mis en place moins flexible que celui de la Convention de Rome.

**689.** Mais comment mesurer la qualité des liens les plus étroits ?<sup>1006</sup> À cet égard, SCHNITZER, reprochait à la formule des liens les plus étroits de ne donner « aucun moyen d'établir quel est le lien le plus étroit avec un pays déterminé »<sup>1007</sup>.

### **B- Les « liens les plus étroits », notion dont les contours sont identifiables**

L'établissement des liens les plus étroits est une question de fait qui relève de l'appréciation du juge (2) par la recherche du centre de gravité du contrat (1)

#### **1- Le centre de gravité du contrat**

**690.** La recherche d'un pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits nécessite de déterminer son centre de gravité. Pour ce faire, le juge devra apprécier des facteurs très variés : économiques, juridiques, mais surtout psychologiques<sup>1008</sup>. C'est la raison pour laquelle on estime que cette localisation du contrat se fait par la recherche de la volonté des parties. Le contrat entretient des liens les plus étroits avec un pays parce telle était la volonté des parties. Ce sont les parties qui choisissent leurs cocontractants, le pays d'exécution du contrat, la langue ou la monnaie du contrat...C'est à partir de ces circonstances nées de la volonté des parties que le juge établit le pays avec lequel le contrat a des liens les plus étroits. Le juge apprécie à partir de ces éléments qui constituent le centre de gravité du contrat, le pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Par exemple, l'article 4.1c) prévoit que « le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ». Il est évident que lorsque les parties concluent un

---

<sup>1006</sup> Nous trouvons tout à fait fascinant que M. BARATTA, qui défend le principe de proximité avec rigueur, ne s'interroge nulle part sur ce qui fait l'intensité d'un lien entre un contrat et un ordre juridique.

<sup>1007</sup> A. SCHNITZER, *op.cit.*, p. 206.

<sup>1008</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J-Cl. Europe, Traité*, 1996, Fasc.3201.

contrat portant sur un immeuble que le centre de gravité du contrat se trouve là où l'immeuble est situé. C'est d'ailleurs parce que le centre de gravité d'un contrat portant sur un immeuble se trouve au lieu de la situation de l'immeuble que la majorité des règles nationales de droit international privé à l'instar du droit malgache pose la règle de la *lex rei sitae*<sup>1009</sup>. Même si le règlement Rome I prévoit des règles spéciales pour huit catégories de contrat et prévoit que les liens les plus étroits ne sont utilisés qu'à titre de clause d'exception ou « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2 »<sup>1010</sup>, ces règles de rattachement prédéterminées même ne renvoyant pas expressément aux liens les plus étroits équivalraient à ce qui aurait pu être désigné par l'application du principe de proximité.

## 2- L'appréciation du juge

**691.** On a vu qu'il n'y a pas de définition des liens les plus étroits. Ce qui implique qu'il appartient aux juges d'en délimiter les contours.

**692.** Les législateurs européens ne précisent pas le moment auquel le juge doit se placer pour évaluer l'existence et le poids des circonstances de nature à contredire les rattachements prédéterminés. Mais comme ils prévoient expressément ce moment pour apprécier la résidence habituelle<sup>1011</sup>, on peut déduire par analogie que pour apprécier ces circonstances il faut se placer au moment de la conclusion du contrat<sup>1012</sup>.

**693.** L'article 4, §3 du règlement Rome I prévoit l'application de la règle de la proximité par rapport à « l'ensemble des circonstances de la cause ». Le juge étudie ainsi « l'ensemble des circonstances » pour apprécier les liens les plus étroits. ? Même s'il s'agit ici de rattachement selon la thèse objective, des auteurs<sup>1013</sup> ont pu remarquer qu'il n'est pas rare que les juges aillent dans le sens de la quête de la volonté hypothétique diraient certains, mais nous dirons qu'il s'agirait plutôt de la recherche de la volonté implicite des parties. En effet, on a souvent trouvé dans la motivation de leurs décisions des éléments qui invitent à présumer les intentions des parties. Ce qui renforce l'idée selon laquelle, la recherche des liens les plus étroits est parfaitement au service de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 malgache en ce sens que

---

<sup>1009</sup> Article 29 de l'ordonnance n° 62-041.

<sup>1010</sup> Article 4.4 du règlement Rome I.

<sup>1011</sup> Article 19.3. du règlement Rome I : « La résidence habituelle est déterminée au moment de la conclusion du contrat ».

<sup>1012</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.* p.228, n° 271.

<sup>1013</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.* p.228, n° 272.

la recherche de la volonté implicite est facilitée par l'examen de l'ensemble des circonstances qui entourent le contrat au même titre que la recherche des liens les plus étroits.

## **Section 2 : Les correctifs au principe de proximité**

**694.** Le nouveau visage de l'article 4, §1 du règlement Rome I est caractérisé par des rattachements prédéterminés (§1) qui ont relégué le principe en exception (§2), mais qui ne manque pas d'avantages puisque tout en permettant d'avoir des règles précises, il laisse ouverte la possibilité de revenir sur les liens les plus étroits.

### **§1 : Les règles de rattachements prédéterminés**

**695.** Le règlement Rome prévoit huit contrats avec des rattachements prédéfinis (A) au lieu de garder les présomptions de la Convention. Force est pourtant de constater que malgré la différence des démarches les deux textes produisent les mêmes conséquences (B).

#### **A- Les huit règles spéciales de rattachement**

Avant de scruter les huit contrats prévus par l'article 4, §1 du règlement Rome I (2), il est primordial de remarquer que l'opération de qualification pour savoir le champ d'application de chaque règle n'est pas chose aisée (1).

##### **1- La difficile opération de qualification**

**696.** Le nouvel article 4, §1 du règlement Rome I énumère plusieurs contrats pour associer à chacun d'eux un rattachement fixe prédéterminé et a relégué à l'arrière-plan le critère de la prestation caractéristique, central dans la Convention de Rome. Il est à remarquer que de cette manière, seule l'opération de qualification reste sous l'appréciation du juge à l'exclusion de la désignation de la loi applicable notamment à l'exclusion de la recherche du débiteur de la prestation caractéristique. Ainsi, pour savoir quelle loi est applicable il faut commencer par qualifier le contrat. Afin de savoir si le contrat entre ou pas dans l'une des catégories de contrats visés.

**697.** L'opération de qualification est faite de précision laissée à la libre appréciation du juge. Le problème qui se pose est de savoir quelle loi utiliser pour qualifier le contrat en cause. La réponse la plus logique serait la loi du juge saisi. Cette solution pourrait évidemment être retenue à Madagascar, le juge saisi par principe ne connaissant que très peu les règles de droit étrangères est plus enclin à recourir à sa propre loi pour qualifier le contrat qui lui est soumis.

**698.** La difficulté subsiste pourtant pour le juge malgache puisqu'il n'existe pas des définitions précises de nombreux contrats nommés à Madagascar tel que le droit français le connaît. En effet, contrairement au Code civil français, le droit malgache n'est pas pourvu des textes précis concernant les différents types de contrats usuels tels que le contrat de vente, le contrat de louage, le contrat de dépôt<sup>1014</sup>... Lorsque la question de qualification est soumise au juge malgache, celui-ci se réfère aux définitions données par le Code civil. Donc, ici on serait tenté de dire que dans l'opération de qualification, le juge malgache se référerait au droit français, alors qu'il n'est même pas évident que dans de telles situations le juge français va se référer à son droit national.

**699.** En effet, l'objectif d'uniformisation du droit des conflits de lois de l'Union européenne ne sera pas atteint si chaque pays membre va se référer à sa loi nationale pour qualifier le contrat. La plus logique pour le droit français est de retenir les définitions rudimentaires du règlement Rome I ou de se tourner vers d'autres conventions européennes susceptibles d'apporter la solution.

**700.** Lorsque l'opération de qualification est terminée, le juge n'a qu'à appliquer la loi du pays visé par l'article 4, §1 du règlement Rome I.

**701.** La principale difficulté consiste ainsi à déterminer la qualification exacte de certains contrats. Les hésitations risquent surtout de concerner la catégorie des contrats de prestations de services visés par l'article 4, §1 b). La difficulté n'est pas nouvelle puisqu'elle est apparue dans le cadre du règlement Bruxelles I. Il a été ainsi jugé que le contrat d'entreprise et les contrats de représentation étaient des contrats de services, ce qui en réalité ne prête guère à discussion. La qualification est plus incertaine pour ce qui est des contrats qui, au-delà du service fourni, portent sur des choses, telles que la location<sup>1015</sup>, le crédit-bail<sup>1016</sup>, le dépôt, le prêt, etc. De façon générale, on peut néanmoins penser que la notion de « services » sera étendue de façon assez large comme elle l'est en droit communautaire matériel pour définir les contours de la libre circulation des services. De sorte que, finalement, le but poursuivi par la proposition de règlement est quelque peu atténué.

---

<sup>1014</sup> Pour les contrats plus spéciaux tels que le contrat de crédit, il faut recourir à la loi bancaire, le contrat d'assurance, il faut recourir au code des assurances...

<sup>1015</sup> En droit interne, le contrat de bail n'est pas considéré comme un contrat de prestation de services, v. par exemple, Civ.3<sup>e</sup>, 4 mars 2008, n° 07-15.522, RDC 2008.836 obs. J.-B. SEUBE.

<sup>1016</sup> Il a été par exemple jugé en droit interne que le contrat de crédit-bail n'est pas une prestation de services, v. CA Grenoble, 12 nov.2013, n°13/01575.

**702.** Ensuite, le rattachement aux liens les plus étroits a été déclassé afin d'améliorer la sécurité juridique lors de rapports contractuels internationaux. On voulait effectivement éviter la trop large appréciation laissée aux juges du fond concernant la détermination des « liens les plus étroits » entre le contrat et un pays. La Convention de Rome indiquait seulement que c'était la loi de ce pays qui devait s'appliquer au contrat. Alors que le problème demeure puisque des problèmes de qualification laisseront, certains contrats dont la qualification est trop complexe, à l'entière détermination des juges du fond. En effet, c'est selon la qualification donnée par le juge que telle ou telle loi sera appliquée au contrat. Il n'est pas difficile de deviner que ces difficultés de qualifications laisseront place à une grande part d'imprévisibilité juridique.

**703.** Enfin, on doit tenir compte du fait que de nombreux contrats cumulent différentes qualifications. En effet, les cas évoqués au paragraphe premier de l'article 4 sont les cas simples. Pour certains contrats les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1 de l'article 4. Si on prend, par exemple, le cas d'une vente aux enchères de marchandises, les éléments du contrat sont couverts à la fois par le point g) de l'article 4.1 relatif à la vente des biens aux enchères et par le point a) relatif à la vente de biens. De même, à première vue, les contrats de franchise et de distribution sont régis par les points e) et f) et, en tant que contrats de services, par le point b). Pour ces contrats complexes, comprenant des prestations croisées par exemple, le règlement Rome I prévoit que le système reste identique à celui de la Convention de Rome : on fait référence à la localisation du débiteur de la prestation caractéristique et de la clause d'exception qui est la recherche du pays représentant les liens les plus étroits avec le contrat.

## **2- Le contenu des règles spéciales**

**704.** La volonté d'améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions en matière de rattachements objectifs des contrats a rendu nécessaire pour la rédaction du règlement Rome I, un remaniement du principe de l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat de l'article 4§1 de la Convention de Rome. Dans le règlement Rome I, en l'absence de choix, le contrat est soumis à un rattachement déterminé à l'avance, le principe de proximité a laissé place à une liste limitative de contrats pour lesquels l'élément de rattachement est prédéterminé. On va voir un à un ces contrats.

## a- La vente des biens

**705.** La vente demeure, le contrat le plus courant du commerce international<sup>1017</sup>. L'importance de ce contrat fait qu'il existe à côté des règles de conflit de lois propres à la vente internationale, un droit matériel spécifique.

### - Les règles de conflits

**706.** L'article 4, §1a) prévoit que le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle. Il faut noter que la loi désignée par ces règles de conflit ne conduit pas nécessairement à l'application du droit interne de la vente. Si l'État dont la loi est désignée est partie à la Convention de Vienne de 1980, il faudra faire application des dispositions de cette dernière, sauf exclusion de la part des parties. Dès lors, si le règlement désigne la loi française comme applicable à la vente, il faudra normalement appliquer la Convention de Vienne.

**707.** En outre, le règlement ne donne aucune définition de ce qu'il entend par vente des biens, il est légitime de penser que la vente des biens ici équivaut à la vente des marchandises<sup>1018</sup>. Si tel est le cas, pour le droit malgache, il serait opportun de se référer à la CVIM étant donné que l'État malgache l'a ratifiée. Le problème est que la CVIM se contente de délimiter son champ d'application par exclusion de certaines opérations, mais ne définit ni la vente ni les marchandises. Avec les dispositions de la CVIM on sait que la vente de marchandises ne concerne pas les marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, aux enchères, sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice, de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies, de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs, d'électricité<sup>1019</sup>. Ensuite, la CVIM exclut également de son champ d'application les « contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services »<sup>1020</sup>. Finalement, la vente des marchandises consiste à la vente « des biens mobiliers et tangibles, solides ou non, usagers ou neufs, vivants ou non »<sup>1021</sup>.

---

<sup>1017</sup> Sur le droit de la vente internationale, V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, LGDJ, 2000 ; B. AUDIT, « Vente », *Rép. internat.*, 2011 ; Adde, Ph. Delebecque ( dir.), « L'entreprise et la vente internationale de marchandises, Cadre juridique », *Etudes du CREDA*, Larcier, 2016.

<sup>1018</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M.LAAZOUZI, *op.cit.* p.211, n° 251.

<sup>1019</sup> Article 2 de la CVIM.

<sup>1020</sup> Article 3.2) de la CVIM.

<sup>1021</sup> J.-B. SEUBE, *op.cit.*, p.7.

- **Le droit matériel de vente de marchandises : la CVIM**

**708.** Dans le cadre de la CNUDCI, une réflexion sur une nouvelle convention fut menée. Ce projet aboutit à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises qui forme le droit commun de la vente internationale depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988<sup>1022</sup>. Ce texte n'englobe pas cependant l'intégralité du droit de la vente. La Convention ne régit que la formation du contrat de vente et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur. Sont exclues les questions portant sur la validité du contrat et de ses clauses<sup>1023</sup>, les relations avec les tiers, la responsabilité du vendeur pour dommages corporels causés aux tiers et les conditions et modalités du transfert de propriété. Dans les domaines non couverts, il faut procéder à la désignation d'une loi applicable par le biais d'une règle de conflit<sup>1024</sup>.

**709.** La CVIM régit la formation du contrat, en se limitant à la rencontre de l'offre et de l'acceptation, à la forme ainsi qu'à la question de preuve, les conditions de validité du contrat n'y sont pas prévues. La CVIM consacre le principe du consensualisme à la fois quant à la forme et quant à la preuve du contrat. L'article 11 dispose en effet que « le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ». Cette règle est conforme aux besoins des affaires en termes de rapidité et de souplesse.

**710.** La CVIM prévoit ensuite les obligations du vendeur et de l'acheteur. Son article 30 dispose que « le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant ». Elle précise dans les articles suivants le régime de la livraison des marchandises et de leur conformité. Elle met à la charge de l'acheteur l'obligation de prendre livraison des marchandises et celle de payer le prix<sup>1025</sup>. Aux termes de son article 60 l'obligation de prendre livraison consiste, pour l'acheteur, « à accomplir tout acte qu'on peut

---

<sup>1022</sup> V. J.-B. SEUBE, *op.cit.* p.8 ; Ph. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RID comp.* 1981. 951 ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990 ; P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

<sup>1023</sup> Y compris les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, v. Com. 13 févr. 2007, *RTD. civ.* 2007. 302 ; D. 2008. 2623, obs. Cl. Witz.

<sup>1024</sup> La Convention de Vienne, tout en unifiant le droit matériel, n'exclut donc pas le recours au droit international privé. V. F. FERRARI, « La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », *JDI* 2006. 27.

<sup>1025</sup> Article 53 de la CVIM.

raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison et à retirer les marchandises ». L'obligation de retraitement est classique en matière de vente. Elle implique pour l'acheteur l'obligation de prendre possession des marchandises. L'article 54 oblige l'acheteur à prendre les mesures et à accomplir les formalités destinées à permettre le paiement du prix.

**711.** En cas d'inexécution du contrat, la CVIM offre cinq possibilités aux contractants : l'exception d'inexécution<sup>1026</sup>, l'exécution en nature<sup>1027</sup>, la résolution<sup>1028</sup>, les dommages et intérêts<sup>1029</sup> et la réduction du prix<sup>1030</sup>. La CVIM consacre la notion de contravention essentielle<sup>1031</sup> qui consiste en une inexécution du contrat qui porte gravement préjudice au créancier de telle sorte qu'elle le prive de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat. Il a ainsi été jugé que le non- paiement du prix par l'acheteur<sup>1032</sup> et la non- livraison définitive de la marchandise par le vendeur<sup>1033</sup> étaient des contraventions essentielles. Elle prévoit enfin des causes d'exonération<sup>1034</sup>.

#### **b- Le contrat de prestation de services**

**712.** Selon l'article 4, §1b) du règlement Rome I, le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. Pour la définition de la notion de prestation de services, le règlement Rome I<sup>1035</sup> renvoie à la fourniture de services du règlement Bruxelles I<sup>1036</sup> dont le contour est précisé par l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009<sup>1037</sup>. La CJCE pose deux conditions pour qualifier un contrat de fourniture de services : une activité déterminée et une rémunération<sup>1038</sup>. Celle-ci affirme que

---

<sup>1026</sup> Article 58 de la CVIM.

<sup>1027</sup> Article 28 de la CVIM.

<sup>1028</sup> Encadrée dans de strictes limites par les articles 49.1. a et 64. 1. A de la CVIM.

<sup>1029</sup> Article 70 de la CVIM.

<sup>1030</sup> Article 50 de la CVIM.

<sup>1031</sup> Article 25 de la CVIM.

<sup>1032</sup> LG Krefeld, 28 avr. 1993 et LG Berlin, 30 sept. 1992, cités par Cl. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, 1995 p. 96.

<sup>1033</sup> Oberlandsgericht Celle, 24 mai 1995, cité in Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 8 juin 2004, A/ CN. 9/ SER. C/ DIGEST/ CISG/ 25, [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests/cisg.html).

<sup>1034</sup> Article 79 de la CVIM.

<sup>1035</sup> Considérant 17.1 B) du règlement Rome I.

<sup>1036</sup> Article 5 du règlement Bruxelles I règlement du 20 décembre 2000 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements.

<sup>1037</sup> CJCE, 23 avril 2009, aff.C-533/07.

<sup>1038</sup> V. CAVALIER G. « La notion de contrat de fourniture de services au sens de Bruxelles I à propos de l'arrêt Falco du 23 avril 2009 rendu par la CJCE », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°39, juin 2009, p.59.

« la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération »<sup>1039</sup>. L'activité déterminée consiste en un acte positif, une obligation de faire au sens de l'arrêt<sup>1040</sup>. Concernant la rémunération, selon la jurisprudence, la condition de rémunération est remplie dès que la contrepartie est réelle et effective ; la rémunération ne doit pas forcément être payée par le destinataire même<sup>1041</sup>.

**713.** La détermination de la loi applicable est parfois délicate en raison de la variété et de la complexité des montages contractuels dans les contrats de prestation de services. Ceux-ci procèdent souvent d'un contrat-cadre générant de nombreux contrats d'application. De plus, un même contrat, par exemple de concession, contient souvent des clauses relatives à des opérations de nature différente : vente de marchandises, licence de droits de propriété intellectuelle, etc. La question de la détermination de la loi applicable hésite alors entre l'application d'une loi unique à l'ensemble du contrat et la solution d'un « dépeçage » de celui-ci. Enfin, la matière est également caractérisée par l'incidence du droit de la concurrence qui, notamment, pourra s'appliquer à une pratique de distribution et par l'existence éventuelle de lois de police protégeant la partie faible.

**714.** Quoiqu'il en soit, les principaux contrats portant sur des services sont les contrats de transport, les opérations d'intermédiaire et les opérations de construction.

**715. Les contrats de transport.** L'article 4, §1 du règlement Rome I ne traite pas comme l'a fait la Convention les contrats de transport<sup>1042</sup>. Ces derniers sont spécifiquement prévus dans un autre article, l'article 5 du règlement Rome I qui a d'ailleurs modifié la teneur de l'ancien article de la Convention. Dorénavant, il faut distinguer le transport de marchandises et le transport de personnes. Concernant le transport de marchandises<sup>1043</sup>, à défaut de choix, la loi du pays de résidence du transporteur s'applique, mais à condition que le chargement ou la livraison ait lieu dans ce pays ou que l'expéditeur y réside également. À la différence de la

---

<sup>1039</sup> CJCE, 23 avril 2009, *op.cit.*

<sup>1040</sup> V. Les conclusions de l'Avocat général dans l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 : « le donneur de licence n'accomplit (...) aucun acte actif en concédant la licence. Il autorise le preneur de licence à exploiter le droit de propriété intellectuelle, objet de la licence ; l'acte qui est exigé de la part du donneur de licence est de signer le contrat de licence et de laisser effectivement l'objet de la licence en exploitation, ce qui ne peut être qualifié de service ».

<sup>1041</sup> CJCE, 21 juill.2001, aff. C.-157/99, Smits et Peebooms.

<sup>1042</sup> §4 de l'article 4 de la Convention de Rome.

<sup>1043</sup> *Infra* n°908 et s.

Convention, le règlement ajoute que si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison dont les parties ont convenu s'applique.

**716.** La règle de conflit spéciale concernant le transport de personnes est une nouveauté. À défaut de choix exercé dans les conditions prévues à l'article 5, §2, le règlement opte pour un système en cascade. Précisément, le contrat est régi par la loi du pays de résidence du passager, pourvu que le lieu de départ ou le lieu d'arrivée se situe aussi dans ce pays. Si une telle coïncidence fait défaut, la loi du pays de résidence du transporteur s'applique.

**717. Les opérations d'intermédiaire.** Les opérations d'intermédiaires consistent pour l'entreprise qui pratique l'exportation ou l'importation de choisir de s'implanter structurellement par voie de filiale ou de succursale dans les pays étrangers où elle exerce ses activités ou d'opter pour un partenariat de nature contractuelle avec une ou plusieurs personnes ou entreprises tierces implantées dans le pays étranger afin de développer ses activités et commercialiser ses produits ou ses services<sup>1044</sup>. Il s'agit d'une pratique courante du commerce international qui présente un double avantage : commercialement, l'intermédiaire connaît mieux le marché local ; financièrement, les coûts d'investissement sont moindres. De plus, le risque commercial est parfois partagé, voire transféré, lorsque l'intermédiaire acquiert par exemple la propriété des marchandises de l'exportateur ou le droit de diffuser ses services et de les commercialiser pour son propre compte<sup>1045</sup>. Cette pratique peut prendre différentes formes : l'intermédiaire peut acquérir la propriété des marchandises de l'exportateur par des contrats de distribution agréée ou sélective, de concession et de franchise. Dans d'autres cas, l'intermédiaire ne devient pas propriétaire des marchandises, ce sont les contrats de sponsor, de courtage, de mandat et de commission. En outre, l'intermédiaire peut être soit un représentant au sens juridique de l'exportateur : un mandataire ou un commissionnaire, soit un non représentant : le courtage...

**718.** Le contenu des contrats d'intermédiaire du commerce international n'est pas vraiment spécifique, on retrouve l'architecture des contrats internes<sup>1046</sup>. Le domaine des contrats d'intermédiaire n'a pas fait l'objet d'une unification internationale des règles matérielles. Mais,

---

<sup>1044</sup> V.D. HOUTCIEFF, *Acte de commerce-Acte de commerce terrestre*, répertoire de droit commercial, 2008, n°61 et s.

<sup>1045</sup> V. article 1<sup>er</sup> de la loi n°2006-017 du 20 juillet 2006 sur les intermédiaires de commerce : « L'intermédiaire de commerce est celui qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, le représenté, pour conclure avec un tiers un contrat de vente ou de prestation de services à caractère commercial ».

<sup>1046</sup> V. les articles 6 et s. de loi n°2006-017 du 20 juillet 2006 sur les intermédiaires de commerce.

la Chambre de commerce international a mis au point des contrats-types qui tentent de trouver un équilibre entre les droits et obligations des parties<sup>1047</sup>.

**719. Les opérations de construction.** Les opérations de construction représentent une partie non négligeable du commerce international. Les marchés internationaux de travaux, publics ou privés, peuvent porter sur tout type de réalisations : routes, ponts, tunnels, métros, ports, aéroports, gares, musées, bibliothèques, ensembles industriels, stades de sport, etc. L'internationalité de l'opération implique des conséquences importantes. Le contrat international de construction est ainsi un genre qui renferme des espèces assez variées selon la nature des travaux et les obligations de l'entrepreneur. Ses stipulations sont toujours extrêmement fournies et précises. On distingue du contrat international de construction lui-même la sous-traitance internationale.

**720.** Les contrats de construction appartiennent à la catégorie des contrats de prestation de services, au titre desquels une personne appelée entrepreneur s'engage à faire quelque chose pour une personne appelée maître de l'ouvrage en contrepartie du versement d'un prix par cette dernière. Ici, l'entrepreneur est un constructeur qui s'engage à réaliser un ouvrage à l'étranger. En l'absence de choix de *lex contractus*, le règlement prévoit que c'est la loi du prestataire de service qui est applicable, en l'occurrence, la loi du maître de l'ouvrage.

**721.** Or, le bien objet du contrat est l'immeuble. Ne serait-il pas opportun d'appliquer la *lex rei sitae* ? En effet, en raison de la *lex rei sitae*, il peut paraître logique que l'immeuble attire la compétence par préférence à tout autre critère de rattachement<sup>1048</sup>. Ce qui conduirait à la désignation, de la loi du lieu de réalisation de l'immeuble. Cependant, il ne faut pas oublier que, généralement, le contrat de construction ne se limite pas à la seule construction de l'immeuble, il consiste fréquemment, surtout lorsque le contrat est international, à mettre en œuvre un ensemble industriel avec tout ce que cela comporte. Quoiqu'il en soit, l'article 4, §1c) du règlement Rome I, qui vise la vente d'immeuble et le bail d'immeuble pour les rattacher à la *lex rei sitae* en l'absence de choix de la part des parties, ne mentionne pas le contrat de construction immobilière. Le contrat de construction est ainsi un contrat de prestation de

---

<sup>1047</sup> Contrat modèle CCI de concession commerciale, ICC publishing n° 646 F 2003 ; Contrat modèle d'agence commerciale internationale, ICC publishing n° 496 1992 ; Contrat modèle CCI de franchise internationale, ICC publishing n° 557 2000.

<sup>1048</sup> V. J.- M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3e éd., 2015, n° 662, p. 481, qui estiment que le lieu de situation de l'immeuble est en outre le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat immobilier.

services au sens de cette disposition. Il est alors régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle.

**722.** Si on hésite à qualifier le contrat de construction de contrat de prestation de services, l'article 4, §2 du règlement, désigne la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Il s'agira toujours dans ce cas, la loi du pays de résidence de l'entrepreneur.

**723.** Deux facteurs contribuent au recours à la sous-traitance dans le cadre de contrats internationaux de construction : d'une part, il y a la haute technicité de certains ensembles industriels nécessitant de faire appel aux entreprises spécialisées pour effectuer certaines tâches, d'autre part, il y a la réalisation de l'ouvrage qui se fait à l'étranger qui implique souvent la nécessité de recourir aux mains-d'œuvre locales.

**724.** Le contrat de sous-traitance est l'acte par lequel un entrepreneur, appelé sous-traitant, se voit confier par l'entrepreneur principal, tout ou partie de la réalisation des travaux commandés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal<sup>1049</sup>. Le caractère international du contrat de sous-traitance vient le plus souvent du caractère international du contrat principal. De manière générale, le lieu d'exécution du contrat principal par rapport à la nationalité des parties peut conférer au contrat de sous-traitance un caractère international. L'exécution des travaux en sous-traitance est ainsi effectuée par un tiers sous la responsabilité de l'entrepreneur principal. La tâche du sous-traitant est définie au moyen d'un cahier des charges dont le respect constitue la limite de ses obligations et de sa responsabilité à l'égard de l'entrepreneur principal. Le caractère international du contrat de base confère au contrat de sous-traitance un caractère international, la réciproque n'étant, quant à elle, pas admise<sup>1050</sup>.

**725.** En appliquant à la sous-traitance, qui est une prestation de services, l'article 4, §1b) du règlement, le droit applicable au contrat est la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. C'est donc la loi du sous-traitant qui est prestataire de services pour le compte de l'entrepreneur principal. Le raisonnement est pareil que le précédent, si hésitation il y a, on peut se référer également à l'article 4§2 du règlement, qui désigne la loi

---

<sup>1049</sup> P. LAGARDE, « Rapport sur la sous-traitance en droit international privé », in La sous-traitance de marchés de travaux et de services, *Economica*, 1978, p. 186 ; J.- L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Trav. com. fr. DIP* 1984- 1985. 23 ; J.- L. BISMUTH, « Le contrat international de sous-traitance », *RD aff. int.* 1986. 535.

<sup>1050</sup> V. HEUZE, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale », *Rev. crit. DIP* 1996. 243.

du pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Il s'agit alors une fois de plus du lieu de résidence du sous- traitant.

**726.** Dans tous les cas, il est toujours possible, en application de la clause d'exception<sup>1051</sup> de désigner une loi qui présente des liens manifestement plus étroits avec le contrat. La loi du lieu d'exécution du marché principal si celui- ci coïncide avec le lieu d'exécution de la sous-traitance est par exemple susceptible d'être désignée.

#### **c- Le contrat portant sur un immeuble**

**727.** Le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par loi du pays dans lequel est situé l'immeuble<sup>1052</sup>. C'est l'application de la règle classique de la *lex rei sitae* de l'article 29 de l'ordonnance n° 62-041. L'attraction de la loi de la situation de l'immeuble fait que même s'il s'agit d'un contrat entre un professionnel et un consommateur, la *lex rei sitae* reste applicable. La solution est compatible avec la solution malgache, étant donné que le législateur en plus de prévoir que les biens relèvent de la loi de leur situation a pris le soin d'ajouter que : « En particulier, les immeubles sis à Madagascar, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi malgache ».

#### **d- Le cas particulier du contrat de bail d'immeuble temporaire**

**728.** Le contrat portant sur un bail d'immeuble est régi par la *lex rei sitae* au même titre que les autres contrats portant sur un droit réel immobilier. Toutefois, l'Article 4, §1d) du règlement Rome I prévoit un cas particulier et dispose que « le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs »<sup>1053</sup> est régi par la loi de la résidence habituelle du propriétaire « à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays »<sup>1054</sup>. La protection des consommateurs supplante ici l'attraction de principe de la *lex rei sitae*.

#### **e- Le contrat de franchise**

**729.** « Le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé à sa résidence habituelle »<sup>1055</sup>. Le contrat de franchise est « un accord par lequel une entreprise, le

---

<sup>1051</sup> Article 4,§3 du règlement Rome I.

<sup>1052</sup> Article 4, §1c) du règlement Rome I.

<sup>1053</sup> Article 4, §1d) du règlement Rome I.

<sup>1054</sup> *Ibid.*

<sup>1055</sup> Article 4,§1e) du règlement Rome I.

franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en l'échange d'une compensation directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés »<sup>1056</sup>. Le franchiseur transmet au franchisé différents éléments tels que le savoir-faire, les procédés techniques ou commerciaux, les marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finaux<sup>1057</sup>.

**730.** La franchise internationale est l'une des formes les plus usitées de la distribution internationale<sup>1058</sup>. Elle permet en effet de distribuer les produits, les services et la marque franchisés dans des conditions à la fois conformes aux souhaits du fournisseur et adaptées aux contraintes locales.

**731.** La franchise fait l'objet de contrats- types<sup>1059</sup> et de codes de bonne conduite<sup>1060</sup>. Parce que la phase précontractuelle est susceptible de générer des abus de la part du franchiseur, l'UNIDROIT a élaboré une loi- type sur la divulgation des informations en matière de franchise<sup>1061</sup>.

**732.** Le contrat de franchise est international, soit parce que le franchiseur et le franchisé sont établis dans des États différents, soit parce que les marchandises concernées franchissent les frontières.

**733.** Dans la pratique, il est rare qu'un contrat de franchise conclu entre les professionnels ne fasse pas l'objet de la loi applicable<sup>1062</sup>. Mais dans le cas contraire, le règlement de Rome au lieu de passer par le stade de la recherche du débiteur de la prestation caractéristique a opté pour l'application de la du franchisé. On peut justifier cette règle soit parce que c'est le franchisé qui est débiteur de la prestation caractéristique soit parce que le

---

<sup>1056</sup> Article 1,§3b) du règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise

<sup>1057</sup> Article 1,§3a) du règlement précité.

<sup>1058</sup> D. FERRIER, « La franchise internationale », *JDI* 1988. 625 ; H. KENFACK, *La franchise internationale*, Thèse Toulouse I, 1996 ; E. JOLIVET, « Loi applicable et règlement des différends dans le contrat-modèle de la franchise internationale », *JCP E* 2000, Cah. Dr. Entr. 2000/ 4, p. 32 ; P. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchisage : Franchisage de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier, Franchisage de service, Franchisage international, Réseaux de franchisage*, Litec, 2003 ; M. PONSARD et M. MARCINKOWSKI, « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », *AJCA* 2015. 252.

<sup>1059</sup> Contrat modèle CCI de franchise internationale, ICC publishing n° 557, 2000.

<sup>1060</sup> V. par exemple le code européen de déontologie, *JCP E* 1990. I. 20656.

<sup>1061</sup> UNIDROIT, Rome, septembre 2002.

<sup>1062</sup> L.G. GUTERRIEZ, « Franchise contracts and the Rome I Régulation on the Law Applicable to International Contracts », *Yearbook PIL*, 2008, p.233.

franchisé est vu comme la partie la plus faible dans le contrat. La seconde explication a la préférence de la doctrine puisque l'adoption de cette solution contribue à protéger le franchisé qui est quasiment toujours la partie faible dans le contrat de franchise. Alors que beaucoup d'auteurs estiment que c'est le franchiseur qui est le débiteur de la prestation caractéristique.

#### **f- Le contrat de distribution.**

**734.** « Le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle »<sup>1063</sup>. Le contrat de distribution comme le contrat de franchise est un contrat entre professionnels permettant d'étendre la commercialisation des produits. À ce titre la solution est la même, la loi objectivement applicable est la loi du distributeur<sup>1064</sup>.

**735.** Les contrats de distribution recouvrent un domaine assez étendu de pratiques contractuelles qui ont toutes pour commun dénominateur d'organiser par le biais d'un tiers la distribution des produits et/ ou services d'une entreprise fournisseur<sup>1065</sup>. L'uniformisation des grandes villes du monde à travers des enseignes identiques atteste de la vigueur de la distribution internationale. Les formules sont variées : concession, franchise, distribution agréée ou sélective. On peut ajouter le dépôt- vente ou encore les contrats de fourniture exclusive ou d'approvisionnement exclusif. Dans les formules principales, le distributeur agit comme acheteur- revendeur. Mais la distribution peut aussi se faire par le recours au mandat ou à la commission.

**736.** L'existence de conflits de lois en cette matière suppose l'existence d'un contrat international au sens où celui- ci a été défini. Or, dans la distribution, le réseau peut être international sans pour autant que le contrat de distribution soit lui- même international<sup>1066</sup>. Par exemple, une société à la tête d'un réseau peut créer une filiale dans un pays étranger. Cette filiale passe des contrats avec des distributeurs et des fabricants locaux pour organiser la distribution dans son pays d'implantation. Ces contrats sont internes. On pourrait certes considérer que ces contrats mettent en cause les intérêts du commerce international. Mais il faudrait une interprétation extensive du critère de l'internationalité pour retenir cette acception. En revanche, lorsque le fournisseur établi dans un pays passe un contrat avec un distributeur établi dans un autre pays ou bien encore lorsque le distributeur s'engage à s'approvisionner à

---

<sup>1063</sup> Article 4.1f) du règlement Rome I.

<sup>1064</sup> V. par exemple, CA Grenoble, 28 mai 2015, n°12/02016.

<sup>1065</sup> F. BUY, M. LAMOUREUX et J.- C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, p. 189 et s.

<sup>1066</sup> D. BERLIN, « Droit international et distribution internationale », *DPCI* 1993, p. 6.

l'étranger, il y a contrat international, sans forcément d'ailleurs que le réseau de distribution soit lui-même international.

**737.** Les contrats de distribution sont également caractérisés par le fait qu'ils reposent sur un contrat-cadre assorti de nombreux contrats d'application. La détermination de la loi applicable est alors compliquée<sup>1067</sup>. Faut-il détacher le contrat-cadre des contrats d'application et le cas échéant les soumettre à des lois différentes ou bien doit-on considérer l'ensemble sous un jour unitaire ?

**738.** La jurisprudence française antérieure à l'entrée en vigueur du règlement Rome I considérait que la loi applicable au contrat international de distribution, en l'absence de choix, était celle du pays du lieu d'établissement du fournisseur en tant que débiteur de la prestation caractéristique<sup>1068</sup>. C'est la solution inverse qui a été consacrée par le règlement Rome I<sup>1069</sup>. L'article 4, §1 f) du règlement désigne, à défaut de choix de la part des parties, la loi du pays de résidence du distributeur. La solution actuelle a le mérite de protéger le distributeur souvent, mais pas toujours, partie faible. Elle n'est cependant pas exempte d'inconvénients : elle aboutit en effet à faire régir en principe par des lois différentes le contrat-cadre et les contrats particuliers d'application entre le fournisseur et le distributeur<sup>1070</sup>. Tandis que le contrat-cadre sera régi par la loi du lieu où le distributeur est établi, les contrats de vente conclus en application du contrat-cadre seront régis par la loi du pays où est établi le fournisseur en qualité de vendeur.

#### **g- Le contrat de vente de biens aux enchères.**

**739.** « Le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé »<sup>1071</sup>. La règle applicable aux ventes aux enchères est différente de la règle applicable aux ventes de biens lorsque le lieu de la vente est

---

<sup>1067</sup> V. PIRONON, « Du contrat international de distribution au contentieux de la distribution internationale. Retour sur quelques évolutions récentes », *AJCA* 2015, p. 248.

<sup>1068</sup> Com. 15 mai 2001, *JCP* 2001. II. 10634, note J. Raynard ; *Rev. crit. DIP* 2002. 86, note P. Lagarde ; *JDI* 2001. 1121 note A. Huet ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004. 102, note P. Lagarde ; *JDI* 2004. 1179, note M.- E. Ancel ; *JCP* 2004. II. 10046, note J. Raynard ; *D.* 2004. 494, note H. Kenfack ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 511, obs. E. Chevrier ; *ibid.*, 1575, note H. Kenfack ; *ibid.*, 2571, obs. S. Bollée ; *D.* 2008. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2007. II. 10074, note T. Azzi ; *RTD. com.* 2007. 588, obs. B. Bouloc, p. 630, obs. Ph. Delebecque ; *RDC* 2007. 887, obs. P. Deumier ; *JDI* 2008. 521, note J.- M. Jacquet.

<sup>1069</sup> M.- E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du Règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008, p.561.

<sup>1070</sup> M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 535.

<sup>1071</sup> Article 4.1g) du règlement Rome I.

déterminé parce que « lors des enchères, les règles du jeu doivent être les mêmes pour tous, vendeurs et acheteurs, et ne pas changer en fonction de la résidence habituelle de chaque vendeur ». <sup>1072</sup> L'article 4, §1.g) du règlement Rome I est calquée sur règle formulée par l'article 3§3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels . En raison de son caractère spécifique, cette règle prévaut bien entendu sur celle prévue à l'article 4, §1a) sauf, lorsque la vente aux enchères se fait sur internet ; dans ce cas, la règle de vente des biens de l'article 4, §1a) sera applicable.

#### **h- Le contrat conclu au sein d'un système multilatéral.**

**740.** « Le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, §1-17 de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi » <sup>1073</sup>.

#### **B- Les liens les plus étroits dans différentes démarches pour les mêmes conséquences**

**741.** Le règlement Rome I a préféré édicter des règles spéciales de rattachement tandis que la Convention de Rome s'est basée sur le critère de liens les plus étroits, mais au final, avec l'application du critère des liens les plus étroits on serait arrivé dans la majorité des cas <sup>1074</sup> aux mêmes résultats que ceux qui sont prévus par les rattachements prédéterminés. Ce, aussi bien par le biais de la prestation caractéristique (1) que des présomptions (2).

##### **1- La prestation caractéristique**

Le principal élément de la localisation dans l'ancien article 4 était la prestation caractéristique (a) celui-ci n'a pas réellement changé dans les rattachements prédéterminés qui sont influencés par cette prestation caractéristique (b).

##### **a- La prestation caractéristique, critère principal d'identification des liens les plus étroits**

**742.** L'application du principe de proximité étant un rattachement flexible, à l'instar de la volonté des parties, rend nécessaire des précisions, précisions qui sont faites par le biais de présomptions dont la principale est la présomption selon laquelle le contrat présente les liens

---

<sup>1072</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.* p.217, n° 258.

<sup>1073</sup> Article 4, §1,h) du règlement Rome I.

<sup>1074</sup> Le cas de la franchise par exemple, le franchisé n'est pas vu par la doctrine comme le débiteur de la prestation caractéristique.

les plus étroits avec le pays du débiteur de la prestation caractéristique<sup>1075</sup>. La plupart des conventions internationales conclues à l'époque de la Convention de Rome ont retenu le principe des liens les plus étroits par l'intermédiaire de cette prestation caractéristique, plus précisément la loi du pays de la résidence habituelle de la partie qui est chargée de fournir cette prestation caractéristique. La présomption étant une présomption simple, elle tombe lorsqu'il y a preuve contraire. Et la preuve contraire ici c'est l'existence des liens les plus étroits avec un autre pays<sup>1076</sup>. Ainsi à défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ; il est présumé que ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays<sup>1077</sup>.

**743.** Afin de répondre à l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique, le règlement Rome I a modifié la méthode de détermination de rattachement, mais le principe n'est pas pour autant éliminé. En effet, celui-ci détermine les rattachements principaux dans l'article 4, §1 qui, à sa lecture amène à conclure que la Convention de Rome serait arrivée à la même désignation avec le jeu de principe de proximité, de présomptions et de la clause d'exception. En effet, certains des rattachements prédéterminés sont largement influencés par la prestation caractéristique.

**744.** Quand l'article 4, §1, a) prévoit par exemple que la loi applicable au contrat de vente des biens est la loi du pays de la résidence habituelle du vendeur, c'est exactement la solution de la convention en se basant sur la prestation caractéristique. La loi du débiteur de la prestation caractéristique est la loi du vendeur. C'est également la même chose en matière de prestation de services, l'application de la loi du pays dans lequel le prestataire a sa résidence habituelle est aussi le rattachement auquel la convention aboutissait en appliquant la présomption de la prestation caractéristique.

**745.** À côté de la Convention de Rome, d'autres conventions internationales utilisent cette prestation caractéristique, c'est le cas notamment de la CVIM qui fait référence au lieu d'exécution de la prestation caractéristique, par exemple pour le paiement, l'article 57 dispose que le prix est payé au domicile du vendeur. De nombreuses juridictions ont utilisé la CVIM

---

<sup>1075</sup> Article 4, §2 de la Convention de Rome.

<sup>1076</sup> Article 4, §5 de la Convention de Rome.

<sup>1077</sup> P.LAGARDE, *op.cit.*

pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse afin d'identifier la compétence judiciaire au sens de l'article 5, §1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises parle de l'établissement du vendeur qui est présumé être le lieu de prestation caractéristique. L'article 8 prévoit que : « Dans la mesure où la loi applicable à la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux dispositions de l'article 7, la vente est régie par la loi de l'État dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat ».

**746.** Pour illustrer ces propos et faciliter l'explication, on va prendre un exemple, et à partir de cet exemple on va essayer de résoudre le problème de conflit de lois selon le raisonnement du législateur malgache, la Convention de Rome et le règlement Rome I. Un entrepreneur malgache domicilié à Madagascar, dont le siège de la société unipersonnelle de construction se trouve aux Comores conclut un contrat de rénovation d'un immeuble avec un Malgache ayant sa résidence habituelle à Madagascar pour la rénovation d'une maison d'habitation qui se trouve à Madagascar.

**747.** Lorsque le juge malgache cherche la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer, il va chercher le pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. De *facto*, on peut facilement se rendre compte qu'à part le siège social de la société qui plus est une société unipersonnelle, tous les éléments du contrat tendent vers Madagascar : les deux parties au contrat ont des liens avec Madagascar, le maître d'ouvrage<sup>1078</sup> est de nationalité malgache, l'associé unique de la société comorienne contractante est de nationalité malgache, le maître d'ouvrage est domicilié à Madagascar, l'associé unique aussi, le contrat est conclu pour être exécuté à Madagascar, l'immeuble à rénover se trouve à Madagascar. En s'appuyant sur la commune intention des parties, le juge malgache est parfaitement en droit d'estimer que les parties ont voulu mettre leur contrat sous l'empire du droit malgache. La loi malgache serait directement et facilement désignée.

**748.** Si on raisonne selon la convention de Rome. Il faut chercher le pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, c'est la loi du débiteur de la prestation caractéristique qui est présumée présenter ces liens les plus étroits avec le contrat. Le débiteur de cette

---

<sup>1078</sup> C'est la personne pour qui est réalisée la prestation.

prestation est la société de construction<sup>1079</sup>. Le siège de la société se trouve aux Comores. C'est là où la société est censée avoir son administration centrale. L'article 4, §2 de la Convention prévoit que lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la loi applicable est la loi du pays où la société a son administration centrale. Ce serait donc, la loi comorienne. Cependant, le paragraphe 3 de cet article continue : « Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble ». Là, on se trouve devant une autre possibilité. L'immeuble se trouve à Madagascar, ce serait ainsi la loi malgache qui devrait être applicable. Un autre paragraphe peut encore être pris en compte, le paragraphe 5 édicte que « Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Comme dans le raisonnement du droit malgache, il n'est pas difficile de se rendre compte que malgré le fait que l'administration centrale de la société se trouve aux Comores, le contrat présente des liens plus étroits avec Madagascar qu'avec les Comores. Finalement, on peut arriver à la même solution et retenir le droit malgache comme applicable.

**749.** Selon le raisonnement du règlement Rome I, il faut commencer par qualifier le contrat, est-ce un contrat de prestation de service auquel cas il relève de l'article 4§1b) ou un contrat ayant pour objet un droit réel immobilier auquel cas il relève de l'article 4§1c). Dans le premier cas, ce sera la loi du prestataire de service, donc loi comorienne, dans le second cas, ce sera la loi de la situation de l'immeuble, loi malgache. Déjà, à ce stade, il peut y avoir deux visions différentes. Certains vont voir dans ce contrat une prestation de service tandis que d'autres vont dire qu'il s'agit d'un contrat portant sur un immeuble. Les deux sont probablement vrais puisqu'il s'agit d'une prestation de service portant sur un bien immobilier. La question est de savoir, quelle caractéristique doit primer ? La prestation de service ou la nature du bien objet du contrat qui est immobilière ? Il va d'ores et déjà appartenir au juge de qualifier le contrat. Ensuite, exactement comme l'aurait fait le juge sous l'empire de la Convention, il va se demander si finalement le contrat ne présente pas des liens manifestement étroits avec un pays. Et là, on va certainement arriver à la même conclusion que le contrat présente des liens les plus étroits avec Madagascar et appliquer de ce fait la loi malgache.

---

<sup>1079</sup> Étant une personne morale, même si la société est unipersonnelle, la société et l'unique associé sont deux personnes juridiques distinctes. Et dans le cas qui nous intéresse, c'est la société qui est engagée en tant que partie au contrat et l'associé unique en tant que personne physique.

**750.** D'après cet exemple on a pu constater qu'il y a de fortes chances qu'on arrive à la même solution malgré les différentes démarches. La démarche du droit malgache serait certainement plus directe, mais certainement moins précise tandis que la démarche du règlement Rome I serait longue, mais plus prévisible. Pour le droit malgache, on part de la volonté implicite des parties, raisonnement direct, facile, flexible, mais moins prévisible. Pour l'actuel droit français, on part à partir des règles bien précises, il faut certes passer par tout un sentier de démarche, mais à la fin, la solution est plus sûre et plus prévisible.

#### **b- Les éléments à prendre en compte dans la prestation caractéristique**

**751.** La présomption de prestation caractéristique se fonde sur deux éléments : la résidence habituelle de personne physique ou l'administration centrale de personne morale ainsi que la qualité de la partie contractante c'est-à-dire la personne qui doit fournir cette prestation caractéristique. Au vu de la Convention de Rome et de règlement Rome I, le critère du lieu d'exécution du contrat a été abandonné au profit du critère de résidence habituelle. La résidence habituelle tient une place importante dans la détermination objective de la loi applicable.

**752.** Lorsque la personne agit dans le cadre de son activité professionnelle, sa résidence habituelle est le lieu où se trouve le centre de ses affaires. En revanche, lorsqu'elle agit en dehors d'une activité professionnelle, il est laissé au juge le soin de trouver cette résidence habituelle<sup>1080</sup>.

**753.** En ce qui concerne les personnes morales, il est dit que ce sera le lieu où se trouve son administration centrale. Cette administration centrale s'entend du siège réel ainsi que tous les centres des affaires de la personne telles que les succursales et les agences lorsque le contrat prévoit que le contrat est exécuté par cet établissement secondaire<sup>1081</sup>. Dans le but d'éviter le conflit mobile, c'est la résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat qui est prise en compte<sup>1082</sup>.

---

<sup>1080</sup> McELEVAY P., « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *Common Law* », *Trav.Com.fr. DIP 2008-2010*, Pedone, 2011, p.127.

<sup>1081</sup> Conformément à l'article 80 du Code de procédure civile en droit malgache et à la jurisprudence des Gares principales en droit français (Req.15 avril 1893) ; M.-E. ANCEL, P.DEUMIER, M. LAAZOUZI , *op.cit.* p.210, n° 250.

<sup>1082</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI , *op.cit.* p.210, n° 250.

## 2- L'équivalence entre les présomptions et les règles spéciales

Les règles spéciales (a) et les règles protectrices (b) du règlement produisent quasiment les mêmes effets que les présomptions de la Convention.

### a- Les règles principales

**754.** L'appréciation de la prestation caractéristique est nécessaire pour déterminer les présomptions. Pour déterminer les liens les plus étroits du contrat avec un pays, aussi bien la convention que le règlement passent par la prestation caractéristique. La Convention de Rome prévoit des présomptions sur la prestation caractéristique aux termes de l'article 4, §2 à 4, puis elle écarte ces présomptions dans son article 4§5 : « L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Ce qui signifie que ces trois présomptions ne sont pas irréfragables.

**755.** Dans le règlement Rome I, l'article 4, §1 a déjà déterminé les présomptions de prestation caractéristique pour chaque contrat de façon multiple. Malgré ses rattachements rigides, il réserve toujours la flexibilité : les liens les plus étroits. On peut distinguer les cas où ces présomptions seront écartées en deux situations. La première consiste au cas où il résulterait des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2. Dans ce cas la loi de cet autre pays s'applique<sup>1083</sup>. Le second est le cas où on ne peut pas déterminer la loi applicable à ce contrat en utilisant les paragraphes 1 ou 2, dans ce cas, c'est la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits qui s'applique<sup>1084</sup>.

**756.** Prenons un exemple, l'article 6 de la Convention, après avoir établi une présomption sur le contrat individuel de travail aux termes de son paragraphe 2 énonce le caractère souple de la présomption : « ... à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ». Il en va de même pour le règlement Rome I dans

---

<sup>1083</sup> Article 4, §3 du règlement Rome I: « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

<sup>1084</sup> Article 4, §4 du règlement Rome I: « Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

son article 8.4 : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ».

**757.** Selon la Convention de Rome, la présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ne joue pas dans deux exceptions : en matière d'immeuble, et en matière de contrat de transport de marchandises<sup>1085</sup>, ce qui est différent du Règlement Rome I. En matière d'immeuble, on a constaté que le lieu de situation de l'immeuble est généralement celui où s'exécute la prestation caractéristique du contrat et souvent celui de l'établissement de la partie qui fournit cette prestation. Dès lors, il est raisonnable de présumer, dans le système admettant la recherche de volonté implicite telle que Madagascar, que les parties ont entendu soumettre le contrat à la loi du lieu de situation de l'immeuble. La solution est adoptée par l'article 4 de la Convention et du règlement Rome I. Comme on l'a vu, ce texte n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats ayant pour objet la construction ou la réparation d'un immeuble, car l'objet de ce contrat n'est pas l'immeuble lui-même, mais le travail à effectuer qui équivaut à la prestation de service auquel cas c'est la loi du pays de la résidence habituelle du constructeur prestataire de service qui sera applicable<sup>1086</sup>.

**758.** En matière du contrat de transport de marchandises, le transport de marchandises est soumis à l'article 4, §4 qui a une présomption spéciale sur « l'établissement principal »<sup>1087</sup>. Ce, parce que la Convention présume que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où se trouve le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur et en même temps ce pays devrait être celui dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat. L'article 5, §1 du règlement Rome I a rattaché la loi applicable au contrat de transport de marchandises à « la résidence habituelle » du transporteur avec l'application subsidiaire du lieu de chargement ou la résidence habituelle de l'expéditeur et le texte ajoute « ou le lieu de livraison » se situe aussi dans ce pays. Il semble que la différence consiste au terme utilisé, car la résidence habituelle de personne morale telle qu'une compagnie de transport, normalement, coïncide à son établissement principal.

---

<sup>1085</sup> Article 4, §4 de la Convention de Rome.

<sup>1086</sup> Article 4, §1, b) du règlement Rome I.

<sup>1087</sup> « Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a liens les plus étroits avec ce pays ».

**759.** Le règlement Rome I tout comme, sous l'apparence d'une présomption de la Convention de Rome donne compétence, pour un contrat ne relevant pas d'une règle spéciale, à la loi du pays où est établie la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de ce contrat. Cette règle, parfois dite subsidiaire, car on y recourt faute de pouvoir mettre en œuvre les règles spéciales de rattachement, vient compléter la panoplie des rattachements objectifs prédéterminés.

#### **b- Les règles protectrices**

**760.** Lorsque le créancier est un professionnel, la plupart des contrats qu'il conduit sont soumis à sa propre loi. Alors que le débiteur doit « prendre le risque du commerce international et doit s'attendre à ce que ce professionnel traite ses affaires d'après sa propre loi »<sup>1088</sup>. Dès lors, la protection assurée par les droits internes à certaines catégories de contractants doit également être adoptée dans le contexte international. Pour cette raison, la Convention de Rome et le règlement Rome I assurent l'application systématique de la loi la plus proche de la partie réputée faible dans les contrats de consommation et les contrats individuels de travail.

**761.** En matière de consommateur, le texte est destiné à assurer la protection du consommateur dans la conception restrictive du terme. Selon l'article 5 de la Convention de Rome, le consommateur est « celui qui agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Ainsi, le professionnel qui agit pour les besoins de son activité, mais en dehors de sa spécialité n'est pas un consommateur au regard de cette convention, contrairement à la conception de consommateur en droit malgache<sup>1089</sup>. Il en va de même dans l'article 6 du règlement Rome I qui dispose que : « Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une personne (ci-après le professionnel), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle... ». Lorsque les parties n'ont pas opéré leur choix de la loi applicable, l'article 5, §3 écarte l'article 4 et il faut soumettre impérativement le contrat à la loi du lieu de la résidence habituelle du consommateur.

---

<sup>1088</sup> P. LAGARDE, *op.cit.*, p. 308.

<sup>1089</sup> Article 3 de la loi n° 2015-014 du 10 août 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs : «Au sens de la présente loi, on entend par : 1- Consommateur : toute personne physique ou morale qui utilise à des fins personnelles ou collectives des biens, produits et des services ».

**762.** Sous réserve que le contrat soit conclu dans l'une des circonstances prévues par l'article 5, §2, selon le règlement Rome I, la résidence habituelle du consommateur seule ne suffit pas. Il faut en plus que l'une des deux conditions suivantes soit remplie : le professionnel « exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ; ou le professionnel dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci »<sup>1090</sup>. Les rédacteurs du règlement ont ainsi pris soin d'actualiser et d'élargir le régime protecteur des consommateurs. Les nouveaux mécanismes introduits visent bien évidemment le commerce électronique. Cet élément est à prendre en compte notamment lors de l'établissement des conditions générales de vente, qui ne peuvent donc déroger aux règles protectrices d'un consommateur qui sont en vigueur dans un autre pays.

**763.** En matière de travail, la Convention de Rome et le règlement Rome I distinguent les deux hypothèses quant aux salariés : le cas où les parties ont choisi la loi applicable et le cas où elles n'ont pas choisi la loi applicable.

**764.** En l'absence de choix, le règlement ne modifie pas l'essence de l'ancien article 6 de la Convention de Rome, mais l'améliore. Selon l'article 8, §2 du règlement « À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ». « Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur »<sup>1091</sup>. Cette version permet de prendre en compte les contrats de travail exercés sur internet ou les contrats de travail dans l'espace aérien ou marine. Enfin, le principe de proximité demeure « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays ; dans ce cas, la loi de cet autre pays est applicable »<sup>1092</sup>. Le règlement Rome I a, apparemment, apporté une simplification par l'instauration de contrats types, qui se révèle être un véritable avantage malgré le fait qu'une liste de contrats types peut susciter certains inconvénients de fait<sup>1093</sup>.

---

<sup>1090</sup> Article 6, §1 du règlement Rome I.

<sup>1091</sup> Article 8, §3 du règlement Rome I.

<sup>1092</sup> Article 8, §4 du règlement Rome I.

<sup>1093</sup> *Infra* n°704 et s.

## §2 : Les liens les plus étroits : du principe à l'exception

**765.** Si la Convention de Rome place les liens les plus étroits comme principe de rattachement objectif, la prédétermination des règles spéciales l'a relégué au rang d'exception. Même s'il n'y a pas réellement de modifications profondes de la loi applicable à défaut de choix des parties puisque le rattachement fixe demeure sujet à une clause d'exception, les dispositions du règlement Rome sont claires, la règle de proximité n'est utilisée que si « la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2 »<sup>1094</sup> ou « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique »<sup>1095</sup>. Ainsi les rattachements fixes priment le principe de proximité.

**766.** Toutefois, le critère des liens les plus étroits n'en demeure pas moins important. Prenons un exemple concret d'un contrat de vente. A priori, on s'en remet à l'article 4, §1 a). En pratique, pas nécessairement. En effet, l'article 4, §3 dispose « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Il paraît alors évident, à la lecture de cet article, que le juge, dans sa recherche de la loi applicable, devra fatalement se demander si tel contrat a des liens manifestement plus étroits avec un pays. Communément qualifiée de clause d'exception, elle impose au juge d'abord de déterminer le centre de gravité du contrat puisque si ces liens unissent le contrat à un autre pays c'est la loi de ce pays qui va s'appliquer. L'article 4, §3 fait alors échec aux rattachements de l'article 4, §1. Et c'est seulement, si ce n'est pas le cas, que le juge pourra alors envisager l'article 4, §1.

**767.** Enfin, si l'article 4, §1 ne permet pas de retrouver le contrat dans les catégories qu'il expose, le juge devra envisager l'article 4, §2. Cet article dispose : « lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». C'est là que l'on peut noter le changement essentiel par rapport à la convention de Rome puisque dans celle-ci un tel rattachement faisait figure de principe alors que dans le règlement il est relégué à un rang secondaire. Seulement, concernant les contrats « complexes », certains auteurs, pensent qu'il

---

<sup>1094</sup> Article 4, §4 du règlement Rome I.

<sup>1095</sup> Article 4, §3 du règlement Rome I.

est déraisonnable d'exclure les rattachements déterminés à l'article 4, §1 du règlement pour s'en remettre à l'article 4, §2. Ils considèrent que lorsqu'un contrat appartient à un genre donné, mais qu'au sein de ce genre il peut relever diverses qualifications, la plus spéciale doit être retenue. Et c'est ce que prévoit le considérant 17, mais, en principe, les considérants n'ont pas valeur normative.

## TITRE II : LES RÈGLES SPÉCIALES À CERTAINS CONTRATS

À côté des règles de conflits générales, certains contrats méritent une attention particulière de sorte que le législateur national ou international prévoit des règles spécifiques : certaines ont trait à la qualité des parties (chapitre 1) d'autres aux spécificités des contrats (chapitre 2).

### CHAPITRE 1 : LES CONTRATS A PARTIE FAIBLE

Dans ce chapitre, nous allons mettre en lumière les règles de conflits qui entendent principalement protéger les parties en état de faiblesse : les consommateurs (section 1) et les salariés (section 2).

#### Section 1 : Le contrat de consommation

**768.** Sur le plan interne, Madagascar ne s'est doté d'une loi sur la protection des consommateurs que récemment : c'est la loi n° 2015-014 du 10 août 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs. C'est dire de la jeunesse de ce droit<sup>1096</sup>. Si les consommateurs ont besoin de protection en droit interne, ils en auront encore plus besoin sur le plan international vu la complexité des relations internationales dans lesquelles les consommateurs peuvent se trouver plus démunis. Ce droit est caractérisé aussi bien sur le plan national que sur le plan international par des dispositions impératives afin de protéger le consommateur.

**769.** Toutefois, il n'est plus à prouver que de trop larges champs d'application des règles impératives seraient un frein au développement du commerce international. D'où l'importance de concilier la nécessaire protection de la partie faible qu'est le consommateur vis-à-vis du professionnel avec la flexibilité du droit de commerce international. Si le problème était rare et que Madagascar ne s'est muni d'une loi sur la protection des consommateurs qu'en 2015, les moyens de commerce électronique ont rendu la situation courante. Et le consommateur, déjà peu familier des risques juridiques internes, est rarement conscient des implications d'un contrat international. En effet, un litige pourrait l'amener devant une juridiction étrangère, suivant une procédure inconnue, pour défendre ses droits au regard d'une

---

<sup>1096</sup> À titre comparatif, c'est à partir des années 1970 qu'on a assisté en France à un foisonnement d'une législation protectrice des consommateurs.

loi elle-même étrangère, en général pour une somme relativement modeste. Ces circonstances l'incitent le plus souvent à renoncer à son action<sup>1097</sup>.

**770.** Les règles générales du droit des contrats internationaux sont à cet égard particulièrement inadaptées aux relations de consommation<sup>1098</sup>. Les objectifs des règles de conflit sont donc, comme l'exposait le considérant 10 de la Proposition de règlement Rome I, « la protection de la partie faible par une règle plus favorable, permettant la réduction des frais de résolution des litiges et l'adaptation aux techniques de commercialisation à distance ».

**771.** Ainsi, le contrat de consommation peut généralement s'en remettre à un rattachement objectif simple, celui de la résidence du consommateur, qui ne soulève pas des difficultés de détermination comparables à celle du lieu d'exécution du travail. Cette simplicité du critère de rattachement objectif est en revanche complétée par des complications pour la détermination du champ d'application de la protection : si tout contrat de travail est protégé par les règles spéciales, seuls certains contrats de consommation sont concernés. En effet, à être appliquée sans réserve, cette solution risquerait d'être une entrave au commerce international, du fait de la lourdeur et du coût pour le professionnel qui serait tenu d'adapter ses conditions générales aux législations de chaque État de résidence des consommateurs achetant à distance.

**772.** Pour tenter de ménager le souci de protection du consommateur et les intérêts des entreprises (§2), les cas de protection du consommateur sont soigneusement délimités pour la détermination du droit applicable (§1). Les contrats du commerce électronique ont largement contribué au développement des contrats de consommation à l'échelle mondiale. Aussi estimons-nous important de lui consacrer un paragraphe dans cette étude de contrat de consommation (§3).

### **§1 : Le champ d'application de la protection**

Pour délimiter le champ de protection du droit de la consommation, il est important de définir le consommateur (A) avant de parler des contrats de la consommation (B).

---

<sup>1097</sup> Cette situation est prise en considération pour l'interprétation des règles européennes de compétence : « dès lors, cette partie ne doit pas être découragée d'agir en justice en se voyant obligée de porter l'action devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel son cocontractant a son domicile », CJCE 19 janv. 1993, Shearson Lehmann Hutton c/ T. V. B., C- 89/ 91, pt 18, *Rev. crit. DIP* 1993. 320, note H. Gaudemet- Tallon ; *JDI* 1993. 466, obs. A. Huet ; *D.* 1993. Somm. 214, obs. J. Kullmann.

<sup>1098</sup> V. D. P. FERNANDO ARROYO, « La protection des consommateurs dans les relations privées internationales », D. P. Fernandez Arroyo ( dir.), *CEDP*, 2010, spéc. p. 704 ; V. HEUZE, « Le technocrate et l'imbécile - Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP* 2012, n° 750.

## A- Le consommateur

**773.** L'article 3 de la loi n° 2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs définit le consommateur comme toute personne physique ou morale qui utilise à des fins personnelles ou collectives des biens, produits et des services. C'est une définition assez large du consommateur.

**774.** La question épineuse de savoir si une personne morale peut être consommateur ou non dans le droit comparé, ne se pose pas en droit malgache puisque le législateur malgache a résolu la question en disposant que le consommateur peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale<sup>1099</sup>. Cette solution divise beaucoup sur le plan international puisque de nombreux États ne reconnaissent pas ce droit à la protection concernant les personnes morales<sup>1100</sup>. Ainsi, lorsqu'une personne morale malgache agit en dehors de son activité professionnelle, et que d'autres lois telles que le droit français se trouvent être applicables, celle-ci court le risque de ne pas se voir accorder ce droit à la protection alors qu'une personne morale française dont la loi malgache est applicable se trouve protégée par le droit de la consommation.

**775.** En droit français, à côté de la notion de consommateur qui est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »<sup>1101</sup>, le législateur parle de non-professionnel qui est « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »<sup>1102</sup>. Le non-professionnel a droit aux protections, mais pas autant que celles dont le consommateur bénéficie, puisque le non-professionnel ne bénéficie que des protections qui le désignent expressément. Le non-professionnel a ainsi droit à la protection en droit français<sup>1103</sup>.

---

<sup>1099</sup> À titre comparatif, le règlement Rome I a également résolu la question, mais dans le sens inverse. Celui-ci exclut du champ d'application de la protection des consommateurs les personnes morales (article 6,§1).

<sup>1100</sup> La CJCE dans un arrêt 22 novembre 2001 a décidé par exemple que la notion de consommateur doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques.

<sup>1101</sup> Article liminaire du Code de la consommation français, introduit par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014. C'est la première fois que le législateur définit le consommateur, auparavant, il était défini uniquement par la jurisprudence.

<sup>1102</sup> Article liminaire introduit par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, simplifiée ensuite par la loi n°2017-203 du 21 février 2017.

<sup>1103</sup> La Cour de cassation française par un arrêt du 15 mars 2005 (Dalloz 2005 p. 887) vient dire que le droit des clauses abusives peut bénéficier aux non professionnels, personne morale. Cela ne contredit pas la CJCE, car la Cour de cassation cite l'arrêt de la CJCE et considère que la CJCE a interprété la directive du 5 avril 1993, mais que la Cour de cassation doit appliquer l'article L 132-1 du Code de la consommation français qui adopte une notion distincte de la directive puisqu'elle parle de non professionnel. En effet, la notion de non professionnel

**776.** La chance que la personne morale malgache agissant en dehors du cadre professionnel, même si ce n'est pas la loi malgache qui est désignée comme applicable, puisse quand même être protégée par les dispositions de la loi n° 2015-014 n'est pas égale à néant, en raison de possible application des dispositions impératives<sup>1104</sup>.

**777.** La seule exigence posée par le droit malgache est l'utilisation à des fins personnelles ou collectives des biens, produits ou services objets du contrat. L'utilisation des biens, produits ou services à des fins personnelles peut facilement se justifier. En revanche, la notion d'utilisation à des fins collectives peut être source de difficulté. Et la jurisprudence malgache n'est d'aucune aide pour apporter plus d'éclaircissements. On ferait dans ce cas référence aux associations ayant par nature un but non lucratif qui agissent dans le cadre d'une activité de bienfaisance.

## **B- Les contrats de consommation**

**778.** En droit de la consommation malgache, la protection des consommateurs a un champ d'application très étendu puisqu'il s'agit de protéger tous les contrats de biens, produits et services passés pour les besoins personnels ou collectifs<sup>1105</sup>. La loi n° 2015-014 étant une loi-cadre, elle ne donne pas de nombreuses précisions. On attend toujours d'ailleurs des textes d'application de cette loi. La jurisprudence n'étant d'aucune aide, lorsque le législateur délimite l'application de ladite loi en disposant que celle-ci est applicable « dans tous les stades de distribution, tout commerce de biens, produits et des services et toute prestation de service »<sup>1106</sup>, permet d'inclure aussi bien les contrats de vente de marchandises que les autres contrats plus spécifiques tels que les contrats de prêt ou les contrats de transport<sup>1107</sup>. En outre, comme il n'y a pas plus de précisions, les biens englobant aussi bien les biens mobiliers que les biens immobiliers, se pose alors la question de savoir si la protection s'étend aux contrats qui portent sur les immeubles. Les biens pouvant être les biens corporels ou incorporels, les services

---

n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives. La directive de 1993 prévoit une protection minimale, les législateurs nationaux peuvent rajouter à la protection c'est ce qu'a fait le législateur français.

<sup>1104</sup> *Infra* n°780 et s.

<sup>1105</sup> Article 3 de la loi n° 2015-014.

<sup>1106</sup> Article 1 de la loi n° 2015-014.

<sup>1107</sup>Le règlement Rome I prend le soin d'exclure quelques contrats tels que le contrat de transport dans l'article 6,§4 tels que le contrat de transport, le contrat portant sur un droit immobilier ou sur des instruments financiers.

financiers pourraient y être inclus. Aucune réponse ne se trouve en droit malgache, la question reste entière.

**779.** Ensuite, la protection ne concerne pas que les seules relations professionnel/consommateur, excluant les contrats professionnel/professionnel et les relations consommateur/consommateur. Ici, les relations professionnel/ professionnel sont bien évidemment exclues, encore faut-il que les parties agissent dans le cadre de leur activité professionnelle, dans le cas contraire, elles seront assimilées au consommateur au sens de l'article 3 de la loi n° 2015-014 ; mais tel n'est pas le cas pour les contrats entre les consommateurs parce le législateur malgache n'a pas spécifié le type de contrat qui fait l'objet de protection.

## **§2 : La loi applicable au contrat de consommation**

Dans cette rubrique, nous allons nous attarder sur ce que le droit malgache prévoit (A) tout en comparant avec les solutions du règlement Rome I (B).

### **A- L'application impérative du droit malgache ?**

La question qui se pose est de savoir si les dispositions du droit de la consommation malgache constituent une loi de police (1) et quelles en seraient les conséquences (2).

#### **1- La qualification de loi de police du droit de la consommation**

**780.** L'article premier de la loi n° 2015-014 édicte que « la présente loi fixe les dispositions relatives aux garanties et à la protection des consommateurs à Madagascar ». Et dans son article 4, il continue en disposant que « L'État Malagasy reconnaît à tous les consommateurs résidant sur le territoire national » la protection du droit de la consommation. Il est ainsi clair que le droit de la consommation malgache est applicable à tous ceux qui habitent le territoire malgache, indépendamment la nationalité des parties. En revanche, ces articles signifieraient a contrario que les Malgaches qui se trouvent à l'étranger ne pourraient pas bénéficier de cette protection. La formulation utilisée par le législateur nous fait penser à celle de l'article 27 de l'ordonnance n° 62-041 selon lequel : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le Territoire ». Les dispositions de la loi n° 2015-014 constituent-elles des lois de police ?

**781.** Comment savoir si on est en présence d'une loi de police ? Une distinction doit être effectuée entre deux hypothèses : la loi se prononce elle-même sur son caractère de loi de

police. C'est l'hypothèse la plus simple, mais elle est très rare<sup>1108</sup>. La plupart du temps, la loi est silencieuse sur sa nature. Dans ce cas, il appartient aux juridictions saisies de se prononcer sur ce caractère<sup>1109</sup>. Le droit français contrairement au droit malgache offre quelques exemples jurisprudentiels certains ayant été confirmés par la Convention et le règlement Rome I. Ces exemples sont en principe inspirés du souci de protection de la partie la plus faible, essentiellement, mais pas exclusivement, en droit du travail et en droit de la consommation. En droit de la consommation, les dispositions sur le crédit à la consommation sont par exemple considérées par le droit français comme une loi de police.

**782.** FRANCESKAKI avait donné une définition célèbre en indiquant que les lois de police étaient des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »<sup>1110</sup>. De tels critères sont vagues, mais ils ont le mérite de mettre l'accent sur l'importance du rôle joué par la loi dans l'organisation d'un pays. La CJCE s'était inspirée de cette définition pour donner une définition générale<sup>1111</sup>. L'un des mérites du règlement Rome I est de donner une définition des lois de police<sup>1112</sup>. L'article 9.1 de ce règlement précise, « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tel que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Étant donné que les dispositions du droit de la consommation malgache poursuivent le même objectif : la protection de la partie la plus faible, il n'est pas faux de déduire que les dispositions de l'article 1 et l'article 4 de la loi n°2015-014 renvoient à la notion de lois de police.

---

<sup>1108</sup> Quelques exemples existent en droit français : en droit de la consommation, l'article L. 132-1 du Code de la consommation français définit les clauses abusives et l'article 135-1 du même Code issu de la loi du 1er février 1995 prévoit « nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non professionnel à son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ».

<sup>1109</sup> B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in Mélanges P. Mayer, *LGDJ- Lextenso*, 2015, p. 25.

<sup>1110</sup> V., Rép. internat., 1<sup>re</sup> éd., V° Conflit de lois.

<sup>1111</sup> CJCE, 23 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000. 710, note M. Fallon.

<sup>1112</sup> L. d'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165 ; S. FRANCK et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, *Litec*, 2011, p. 357.

**783.** Si tel est le cas, son application dépend du juge saisi. En effet, une distinction doit être effectuée entre la loi de police du *for* et la loi de police étrangère. Lorsque le juge malgache est saisi pour la question de la loi de police à Madagascar : le juge du *for* applique sa loi de police à condition que la situation visée par cette loi soit dans son champ d'application spatial tel que déterminé par l'auteur de la loi ou à défaut par le juge du *for* lui-même<sup>1113</sup>. En revanche, lorsque l'affaire est portée devant le juge étranger<sup>1114</sup>, en cas de conflit entre la loi de police du *for* et la loi de police étrangère, le juge du *for* compétent applique sa loi de police. En cas de conflit entre deux lois de police étrangères, il appartient au juge du *for* de se prononcer sur celle à laquelle il donne préférence. L'application des lois de police étrangères est considérablement limitée. D'après l'article 9§3 du règlement Rome I « il ne pourra être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ».

## **2- Les conséquences de la qualification de loi de police du droit de la consommation**

**784.** Les dispositions du droit interne lorsqu'elles sont qualifiées de lois de police sont applicables immédiatement. Il semble que c'est le cas pour le droit de la consommation malgache lorsque le consommateur réside à Madagascar. Le recours à la qualification de loi de police en droit de la consommation français a surtout été utilisé par la jurisprudence pour pallier les insuffisances de la Convention de Rome. Sous son empire, le consommateur, lorsqu'il était mobile ou a conclu un contrat mixte dans lequel la part professionnelle n'apparaît pas négligeable, il n'était plus protégé par la Convention de Rome et, pour peu qu'il n'entre pas dans le champ d'application d'une directive, il était privé de protection sectorielle. Aucune convention de ce genre n'existe à Madagascar, il est ainsi légitime pour la protection du consommateur de conclure qu'il s'agit bel et bien de lois de police.

**785.** En effet, l'outil le plus efficace pour éviter que le jeu d'une règle de conflit ne mène à la mise à l'écart d'une protection voulue par le législateur national reste la qualification de loi de police. Si la doctrine dans les pays occidentaux telle que la doctrine française estime qu'une « telle qualification est loin d'être évidente puisque le consommateur bénéficie déjà de

---

<sup>1113</sup> V. P. MAYER , « Lois de police » , *Rép. internat.*, 1998 ; P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives » , *Rev. crit. DIP* 2011. 207.

<sup>1114</sup> V. P. MAYER , « Les lois de police étrangères » , *JDI* 1981. 277.

protections internationales, et il n'est pas de la nature de la loi de police de servir de bouée de sauvetage dans les cas de non-application de la protection mise en place<sup>1115</sup> ; que « les lois de police se caractérisent par la protection d'intérêts collectifs quand le droit de la consommation poursuit des intérêts qui peuvent sembler essentiellement catégoriels »,<sup>1116</sup> tel n'est pas notre avis qui se trouve dans un pays où le droit est tellement lacunaire que la moindre protection revêt une importance capitale.

**786.** L'impérativité particulière du droit de la consommation mérite de s'affirmer à tous niveaux. Elle peut prendre la forme de l'application impérative du standard de protection. Elle devrait également être reconnue en droit international privé tel que l'avait faite la Cour de cassation française avant la Convention de Rome qui avait admis la qualification de loi de police du droit de la consommation français<sup>1117</sup>. La Convention de Rome n'était alors pas applicable et le consommateur ne bénéficiait d'aucune protection internationale par le truchement d'une règle de conflit adaptée. Même après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome malgré l'avis de certaines juridictions des États membres selon laquelle la protection offerte par l'article 5, qui pourrait apparaître comme une forme spéciale de loi de police<sup>1118</sup>, n'interdisait-elle pas d'être doublée par le jeu ordinaire de ces dernières ? C'est ce qu'estimèrent les juridictions allemandes : en refusant cette protection supplémentaire au titre des lois de police<sup>1119</sup>, elles rendaient plus urgente encore la modernisation de la Convention de Rome. La Cour de cassation française devait, elle, faire le choix inverse et se saisir de la première occasion<sup>1120</sup> pour maintenir la qualification de loi de police d'une disposition du Code de la

---

<sup>1115</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc. 316.

<sup>1116</sup> La qualification est néanmoins admise, pour la protection des « intérêts de la collectivité à travers une catégorie de personnes », v. B. AUDIT et L. d'AVOUT, *op. cit.* n° 179 ; pour le but de protection individuelle qui « n'en rend pas moins nécessaire leur application à tous les consommateurs résidant sur le territoire », v. P. MAYER, *op. cit.* ; V. HEUZE, *op. cit.*, n° 126.

<sup>1117</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1999, n° 97-17.650, *Rev. crit. DIP* 2000. 29, note P. Lagarde ; *JDI* 2000. 328, note J.- B. Racine ; *D.* 2000. 765, note M. Audit ; N. HOUX, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *LPA* 2001, n° 43, p. 6.

<sup>1118</sup> V. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc., p. 316, note 76 ; P. de VAREILLES - SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006. 2464.

<sup>1119</sup> BGH 19 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 610, note P. Lagarde.

<sup>1120</sup> La détermination d'une compétence spéciale, détermination qui se fait en tout état de cause selon la loi du *for* : les juridictions françaises étant compétentes, la qualification de loi de police était superflue.

consommation dans le cadre de la Convention de Rome<sup>1121</sup>. La qualification est donc possible du fait de la visée protectrice du consommateur d'une disposition, sans être automatique<sup>1122</sup>. Au vu de ces considérations notamment de la référence au droit français, il est opportun que les juges malgaches voient dans les dispositions de l'article 1 et de l'article 4 de la loi sur les garanties et la protection de consommateur, une loi de police.

## **B- Les solutions du droit comparé**

L'article 5 de la Convention de Rome prévoit un champ d'application restrictif destiné à la délimitation très précise du domaine de la protection, délimitation modernisée par le règlement Rome I (1) avant de déterminer la loi applicable aux contrats de consommation (2).

### **1- La délimitation du contrat de consommation**

**787.** À la différence des textes malgaches, où le contrat de consommation ne se trouve nulle part dans l'ordonnance n° 62-041, où la loi sur la protection des consommateurs est restée très vague, le droit français par le biais notamment de la Convention de Rome et de règlement Rome est assez explicite, il peut en ce sens servir d'exemple au législateur malgache et de référence aux juges malgaches lorsque de tels cas leur seraient soumis. L'article 5, §1 de la Convention de Rome délimite le champ d'application de la protection en des termes plus restrictifs<sup>1123</sup> que le règlement Rome I. Ce dernier est plus extensif et plus précis en délimitant le contrat de consommation, objet de la protection comme « un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel ») agissant dans l'exercice de son activité professionnelle... »<sup>1124</sup>. Le règlement Rome I exclut les personnes morales alors que le droit malgache dit clairement que le consommateur peut aussi bien être

---

<sup>1121</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, n° 03- 15.637, *D.* 2006. 2798, note M. Audit ; *D.* 2007. 1751, P. Courbe et F. Jault- Seseke ; *RTD com.* 2006. 644, obs. D. Legeais ; *RDC* 2006. 1253, obs. P. Deumier.

<sup>1122</sup> Refusant cette qualification aux dispositions du Code de la consommation prévoyant une mention manuscrite lorsque une personne physique se porte caution envers un créancier professionnel, Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2015, n° 14- 10.373, *RDC* 2016. 80, note M. Laazouzi ; *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 74, obs. M.- E. Ancel ; *RLDA* 2015, n° 110, p. 10, note O. Boskovic ; *D.* 2015. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; *JCP E* 2015, n° 1587, note C. Kleiner et D. Porcheron ; *JCP* 2015, n° 1188, note P. Berlioz.

<sup>1123</sup> « Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture ».

<sup>1124</sup> Article 6, § 1 du règlement Rome I.

une personne physique qu'une personne morale, du moment que celle-ci conclut à des fins personnelles. Ensuite, pour le règlement Rome I, la protection concerne les seules relations professionnel/consommateur, excluant les contrats professionnel/professionnel, mais aussi les relations consommateur/consommateur. Ce qui ne semble pas le cas du droit malgache. Les relations professionnel/ professionnel sont bien exclues, mais tel n'est pas le cas pour les contrats entre les consommateurs.

**788.** Le règlement Rome I permet d'inclure dans sa définition aussi bien les contrats de vente de marchandises que les contrats de prêt, de crédit- bail, de fourniture d'hôtellerie, les contrats d'enseignement, ou encore les opérations au comptant et les opérations de crédit affecté,<sup>1125</sup> mais prend le soin d'exclure quelques contrats avec le paragraphe 4 de l'article 6 tels que le contrat de transport<sup>1126</sup> qui est largement régi par des conventions internationales de droit matériel uniforme, le contrat qui porte sur un droit immobilier<sup>1127</sup>, aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers et les valeurs mobilières en général ainsi que « le contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle »<sup>1128</sup>. La fourniture exclusive de services dans un État étranger rendrait en effet dépourvue de rattachement sérieux l'application de la loi de résidence du consommateur, ne répondant pas à une attente prévisible de la partie faible, et plaçant le fournisseur de service dans une situation pratique bien inconfortable.

**789.** Les catégories de contrats concernées sont clairement identifiées puisque l'article 6 ne procède que par exclusion : a contrario, tout contrat n'entrant pas dans cette liste peut être couvert par la protection.

**790.** Si la définition des personnes est ouverte à toutes les catégories de contrats passés avec un consommateur en droit malgache, le règlement Rome ajoute une détermination des circonstances de conclusion du contrat pouvant donner lieu à protection. Tout

---

<sup>1125</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *op.cit.*, p. 314.

<sup>1126</sup> Sauf « un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ».

<sup>1127</sup> « ...autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ».

<sup>1128</sup> Pour la détermination du pays dans lequel les services doivent être fournis en fonction non des clauses contractuelles, mais de la nature même de ces services et notamment de l'impossibilité de les fournir dans l'État de résidence et une application à un contrat de fiducie dans lequel le service est fourni à distance dans le pays de résidence du consommateur, CJUE 3 oct. 2019, Verein für Konsumenteninformation c/ TVP, C- 272/ 18.

consommateur à un contrat de vente internationale ne peut bénéficier de la protection. Pour bénéficier de la protection, il faut que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays de résidence du consommateur ou que celui-ci dirige son activité vers ce pays. La première situation vise le consommateur qui contracte avec un professionnel étranger, mais ayant des établissements sur le territoire de sa résidence<sup>1129</sup> : par exemple, un consommateur domicilié en France contractant en Espagne un prêt auprès d'une banque espagnole, mais ayant des établissements en France<sup>1130</sup>. La seconde est connue pour englober les démarches commerciales telles que la publicité, le démarchage et la vente à distance, le commerce électronique. Alors que la Convention de Rome fait dépendre le champ de la protection de l'attitude du consommateur, qui s'est ou non déplacé, le règlement Rome I, en s'alignant sur le règlement Bruxelles I, accorde plus d'intérêt au comportement du professionnel<sup>1131</sup>.

## 2- Les règles de rattachement

**791.** La règle de conflit spécifique au consommateur est animée par un souci de protection : en l'absence de choix, il s'agit d'éviter que le jeu des rattachements objectifs ne mène systématiquement à l'application de la loi de l'établissement du professionnel, débiteur de la prestation caractéristique. À défaut de choix par les parties, le règlement désigne la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. En effet, cette loi incarne la protection à laquelle le consommateur est présumé s'attendre, quand bien même il aurait contracté avec un professionnel étranger.

**792.** Quant à la validité formelle du contrat de consommation, le règlement Rome I<sup>1132</sup> a prévu une règle de conflit spéciale pour régir la forme des contrats de consommation, qui restent soumis à la loi de résidence habituelle du consommateur. La disposition présente essentiellement des atouts. Elle garantit l'application d'un nombre important de mécanismes, la protection du consommateur passant souvent par l'adjonction d'exigences formelles. Elle permettra également souvent à la loi applicable au fond et la loi applicable à la forme de se

---

<sup>1129</sup> Sur cette situation et les configurations pouvant poser des difficultés, v. S. FRANCO, *Rép. internat.*, v° Règlement Rome I ( obligations contractuelles), n° 122.

<sup>1130</sup> V.P. DEUMIER et J.- B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC* 2008. 1309, spéc. 1342.

<sup>1131</sup> V. M. SALAH, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, t. 315, 2005, p. 141.

<sup>1132</sup> Article 11,§4 du règlement Rome I.

rejoindre<sup>1133</sup>. En revanche, et là encore, seuls bénéficieront de cette protection les contrats de consommation entrant dans le champ d'application de l'article 6.

### **§3 : Les contrats du commerce électronique**

**793.** En espace de quelques années, le législateur malgache a pris conscience de l'importance des procédés électroniques et a pris différentes lois y afférentes : la loi n° 2016-056 sur la monnaie électronique et les établissements de monnaie électronique, la loi n° 2014-024 sur les transactions électroniques qui attend encore son décret d'application, la loi 2014-025 sur la signature électronique et la loi n°2014-038 du 9 janvier 2015 sur la protection des données à caractère personnel. Ce, en grande partie afin de pouvoir protéger les consommateurs en plus des protections offertes par la loi n° 2015-014<sup>1134</sup>.

**794.** Les contrats du commerce électronique, au sens où nous les entendons, se caractérisent par leur objet, une opération du commerce électronique, et par leur support qui est « dématérialisé » et électronique<sup>1135</sup>. Les contrats du commerce électronique international combinent ainsi deux ordres de difficultés : d'une part, la difficulté née de leur caractère dématérialisé, d'autre part, celle qui est née de leur caractère international.

On va définir la notion de contrat du commerce électronique (A), avant d'entrer la question du droit applicable contrat (B).

#### **A- La notion de contrat du commerce électronique**

**795.** Dans la panoplie de définitions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur les transactions électroniques, aucune définition n'est consacrée ni au terme de commerce électronique ni à celui du contrat électronique. Aussi va-t-on encore une fois emprunter les définitions du droit français. Le commerce électronique y est défini comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de

---

<sup>1133</sup> M. SANTA-CROCE, J.- Cl. Int., fasc. 552- 60, n° 83.

<sup>1134</sup> L'article 2 de la loi sur les transactions électroniques précise d'ailleurs que cette loi « ne substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur ».

<sup>1135</sup> En ce sens v. O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002 ; P. THIEFFRY, *Commerce électronique : droit international et européen*, Litec, 2002 ; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec, 2002 ; U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruylant- FEC, 2003 ; F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, 2005 ; E. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2007 ; D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* avr. 2012. 107. ; J.- M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2015.

services »<sup>1136</sup>. Il s'agit là d'une définition très large, tant il est difficile d'en retenir une conception plus précise. Le refus de définition du législateur malgache en témoigne. L'on pourrait cependant tout aussi bien parler de « marchés électroniques »<sup>1137</sup>.

**796.** Les contrats du commerce électronique sont ainsi très variés : c'est l'ensemble des contrats passés habituellement dans le monde du commerce international « non électronique » qui peuvent potentiellement être conclus, voire exécutés, électroniquement, comme les contrats de vente ou de prestation de services. On parle alors de contrats du commerce électronique dans le sens de « contrats électroniques » ou de « contrats par l'électronique ». En ce sens, la notion de contrat du commerce électronique recouvre un grand nombre de contrats très différents, dont le point commun est l'intervention d'un moyen électronique dans leur formation, voire parfois dans leur exécution, autrement dit la dématérialisation totale ou partielle du contrat.

## **B- Le droit applicable au contrat du commerce électronique international**

Le commerce électronique fait l'objet des règles internationales matérielles (1), mais ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques en matière de conflits de lois (2).

### **1- Les règles matérielles**

Certains courants de pensée avancent des règles indépendantes de toute souveraineté étatique (a) tandis que les règles de CNUDCI restent les plus importantes (b).

#### **a- La *lex electronica* ?**

**797.** Certains auteurs avancent que le « cyberspace » devrait à tout le moins échapper aux souverainetés étatiques et s'autoréguler pour constituer une « *lex electronica* »<sup>1138</sup>. Il n'est pas possible d'aller aussi loin. Sans aller jusqu'à prôner le rejet du droit, ces thèses combattent toutes l'idée d'une emprise des droits étatiques sur l'internet au profit des sources véritablement « transnationales », d'origine privée. Telle n'est pas la réalité actuelle des sources du droit du

---

<sup>1136</sup> Loi n° 2004/ 575 pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 ( article 14). Le texte précise « Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération des données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

<sup>1137</sup> V. O. CACHARD, *op. cit.*

<sup>1138</sup> V. sur ces thèses V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHEF , « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *RD aff. int.* 1997. 547.

contrat du commerce électronique international, beaucoup plus riche et complexe, même si ce droit accueille naturellement la normativité privée.

**798.** Une certitude est qu'il y a en la matière un fort « besoin de droit » : l'encadrement juridique permet d'assurer la confiance nécessaire au développement du commerce électronique. Les sources du droit du commerce électronique peuvent paraître, à certains égards, originales. À d'autres égards, elles sont des plus classiques. Elles sont globalement marquées par le souci d'« internationalité » dont procède la production du droit du commerce électronique. En effet, l'opération de commerce électronique fait techniquement fi de l'espace géographique en permettant la conclusion de contrats internationaux depuis son écran par de simples « clics ». Le droit du commerce électronique a donc dû intégrer cette « internationalité » particulière inhérente au monde d'internet.

**799.** Du point de vue des sources, le droit du contrat du commerce électronique international oscille entre le besoin de règles spécifiques et l'application du droit commun. Il n'y a là rien de bien original. Le droit commun est adaptable au contexte du commerce électronique<sup>1139</sup>, mais ce dernier, très marqué par l'évolution technologique, nécessite parfois la création de règles particulières.

**800.** Cependant, dans l'espace mondial qu'est « internet », il est parfois problématique d'imposer, voire seulement d'appliquer, des règles d'origine étatique et il est tentant de recourir à des sources plus « privées » du droit, des sources issues des milieux professionnels, ceux que G. FARJAT appelait les « pouvoirs privés économiques »<sup>1140</sup>. En effet, l'internet étant souvent synonyme de « liberté », et lié aux avancées technologiques, le droit étatique peut apparaître comme un frein à son essor. C'est ainsi que les méthodes de « *soft law* » sont souvent préférées par les acteurs de l'internet à un droit dit « dur ». Il n'en reste pas moins que la *lex electronica* prônée par certains par référence à la *lex mercatoria*, n'est pour l'heure au mieux qu'une aspiration. La *lex electronica* n'est pas à ce jour le pendant de la *lex mercatoria* dans le «

---

<sup>1139</sup> V. par exemple, O. CACHARD, « Le contrat électronique et la convention de Vienne », in Les deuxièmes journées internationales du commerce électronique, *Litec*, 2005, p. 107.

<sup>1140</sup> « Les pouvoirs privés économiques », in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle, *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec*, 2000, p. 613.

cyberespace ». Ce sont finalement les sources nationales ou internationales qui doivent être privilégiées<sup>1141</sup>.

**801.** En définitive, afin d'assurer la promotion du commerce électronique et de créer la confiance, l'internet a besoin de régulation et de réglementation, tout comme tous les autres contrats, d'une certaine sécurité juridique. Celle-ci appelle des règles claires, efficaces et prévisibles.

#### **b- Les règles de CNUDCI**

**802.** La CNUDCI a élaboré une convention destinée exclusivement à combler les carences du droit commun à propos du contrat électronique. Il s'agit de la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, du 23 novembre 2005. Elle a pour objet d'adapter le droit en vigueur, par exemple la CVIM lorsque la formation ou l'exécution du contrat passent par des communications électroniques. Il s'agit donc exclusivement d'améliorer la mise en œuvre des règles classiques lorsqu'il est fait recours à des moyens de communication électronique. La Convention renvoie à l'application des principes de neutralité technologique, de non-discrimination et d'équivalence fonctionnelle en ce qui concerne le traitement des questions non tranchées par le texte. Surtout, la Convention pose des règles de droit matériel supplémentaires de la volonté des parties.

**803.** Le législateur malgache dans la rédaction de la loi sur les transactions électroniques s'est beaucoup inspiré de cette Convention<sup>1142</sup>.

**804.** Ces règles matérielles traduisent toutes le souci d'adapter le droit des contrats à la spécificité de la forme électronique. L'objectif est d'assurer une certaine sécurité juridique aux opérateurs afin de créer de la confiance, et de résoudre les problèmes liés à la dématérialisation du contrat électronique et à la réduction de l'espace-temps dans le « cyberespace ». Les règles matérielles encadrent pour l'essentiel la formation du contrat du commerce électronique. L'exécution du contrat électronique ne soulève pas pour l'heure de

---

<sup>1141</sup> E. CAPRIOLI, « Aperçu sur le droit du commerce électronique ( international ) », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec*, 2000, vol. 20, p. 247.

<sup>1142</sup> V. Exposé des motifs de la loi n° 2014-024 sur les transactions électroniques : « Il importe de signaler que le texte est largement inspiré des travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI) notamment, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005 et de la loi-type sur le commerce électronique de 1996, modifiée en 1998 ».

difficultés particulières, à tel point que les textes de la CNUDCI ne contiennent pas de règles sur cette question. Il est donc renvoyé au droit commun des contrats<sup>1143</sup>.

**805.** En ce qui concerne la dématérialisation du contrat tout d'abord, il s'agit d'adapter au contrat dématérialisé les exigences légales d'écrit, de signature, voire de certaines formalités, ou encore la notion de document original. Le droit du commerce électronique est ainsi conduit à postuler un principe d'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique<sup>1144</sup>. Cette équivalence fonctionnelle est traduite en droit malgache la loi n° 2014-025 sur la signature électronique qui considère dans son article 6 que la signature électronique notamment le code secret fait foi jusqu'à preuve du contraire. Sur la question de savoir si les écrits électroniques peuvent constituer une preuve auprès du tribunal, la loi n° 2014-024 sur les transactions électroniques prévoit la force probante d'un écrit électronique. Ces lois assurent ainsi la recevabilité des écrits électroniques comme preuve : l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Selon la Convention de la CNUDCI de 2005, le contenu de l'écrit électronique doit être accessible pour être consulté ultérieurement<sup>1145</sup>.

**806.** La signature électronique fait également l'objet d'un encadrement certain. Elle doit permettre d'identifier le signataire et de manifester sa volonté, tout en étant d'un point de vue technique d'une grande fiabilité<sup>1146</sup>.

**807.** Cette équivalence fonctionnelle ne suffit cependant pas à adapter le droit aux contrats électroniques. La spécificité du mode de formation de ces derniers, à travers un système électronique, nécessite d'adopter certaines précautions supplémentaires qui vont jouer comme autant de garanties que les consentements ont été échangés, et de manière éclairée, à distance. La question du moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation est pour ainsi dire évincée dans le cadre du contrat électronique dont les règles ne tranchent pas entre la théorie de l'émission et celle de la réception. Les règles spécifiques au contrat électronique font référence au moment de l'expédition<sup>1147</sup> de la communication électronique et/ ou à celui de sa réception,

---

<sup>1143</sup> V. cependant, en ce qui concerne le paiement par monnaie électronique, la directive n° 2000/ 46 du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiée par la directive 2009/ 110 du 16 septembre 2009.

<sup>1144</sup> Article 9.2 de la Convention de la CNUDCI de 2005.

<sup>1145</sup> *Ibid.*

<sup>1146</sup> Article 9.3 de Convention de la CNUDCI de 2005.

<sup>1147</sup> Article 10 de la Convention de la CNUDCI de 2005.

laquelle est définie d'ailleurs différemment selon les textes<sup>1148</sup>. Elles font aussi référence au lieu d'expédition et à celui de la réception<sup>1149</sup>, mais elles n'abordent pas la question de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Il faut donc s'en remettre au droit commun applicable à la formation du contrat.

## 2- Les règles de conflits de lois

**808.** En l'absence pour l'heure de règles de conflit spécifiques au contrat électronique international<sup>1150</sup>, ce dernier est régi par la règle générale de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041. Quoiqu'il en soit, rien ne nous empêche de chercher dans d'autres systèmes plus avancés notamment le droit français, des règles plus précises. En l'absence de choix par les parties de la loi applicable, le droit français, par le biais du règlement Rome I détermine si le contrat est couvert par l'article 4, §1, s'agissant par exemple d'un contrat vente de biens ou de prestation de services. Si c'est le cas, on applique ces règles. Dans le cas contraire, il faut se rabattre sur la recherche du débiteur de la prestation caractéristique suivant l'article 4, §2 du règlement. La loi applicable sera alors celle du pays dans lequel l'opérateur du commerce électronique qui réalise la prestation caractéristique a son établissement<sup>1151</sup>. Dans tous les cas, la clause d'exception de l'article 4, §3 du règlement Rome I peut toujours trouver application, notamment en cas de difficulté pour déterminer le débiteur de la prestation caractéristique. L'article à utiliser, corollairement la loi applicable est ainsi fonction du contenu du contrat. Les règles de conflits sont ainsi quasi identiques à celles des contrats de droit commun, non électronique<sup>1152</sup>.

---

<sup>1148</sup> *Ibid.*

<sup>1149</sup> La Convention de la CNUDCI de 2005 fait référence au lieu d'établissement de l'expéditeur et au lieu d'établissement du destinataire ( article 10).

<sup>1150</sup> J.- M. JACQUET, « Contrats du commerce électronique et conflits de lois » , *in Premières journées internationales du droit du commerce électronique, Litec*, 2002, p. 93 ; J. HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques » , *JDI* 2002. 737 ; I. PAULIK, « La loi applicable aux contrats internationaux du commerce électronique » , *JCP E* 2002, *Cah. Dr. Entr.* n° 4, p. 23 ; J. PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions » , *CCE*, 2005. Étude 17.

<sup>1151</sup> Ce qui s'entend au sein de l'Union européenne comme une installation physique stable au sens de l'article 2 c) de la directive 2000/ 31 sur le commerce électronique. En France, la LCEN retient en son article 14 al. 3, à titre de critère de l'établissement en France d'un prestataire du commerce électronique, la condition d'une installation stable et durable, « quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social » . La Convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux du 23 novembre 2005 retient le critère de l'installation non transitoire ( article 4 h), ce qui n'est pas le cas de la seule présence sur le territoire de matériel servant au système d'information ( article 6, alinéa 4) et l'adresse électronique ou le nom de domaine employé ne constituant pas une présomption d'établissement ( article 6, alinéa 5).

<sup>1152</sup> Pour faciliter la connaissance par les parties de leurs lieux d'établissement respectifs, il est important que le prestataire du commerce électronique fasse apparaître par exemple sur son site internet ou dans son offre son adresse géographique.

**809.** Toutefois, une particularité source de difficulté propre à ce type de contrat mérite d'être mentionnée : elle concerne la loi applicable à la forme du contrat. L'article 33 de l'ordonnance n°62-041 prévoit que « Tout acte juridique est valable lorsqu'il satisfait à la forme en vigueur au lieu de sa passation ». La question qui se pose est de savoir : où se trouve ce lieu de passation ? En effet, s'agissant d'un contrat à distance, il peut être conclu presque instantanément, il est ainsi difficile de connaître le lieu et le moment de sa conclusion. L'article 83 de la LTGO apporte une réponse et dispose que : « Entre absents le contrat se forme au lieu et au temps où l'acceptation parvient à l'offrant, sauf stipulation contraire ou circonstances particulières ». La question semble ainsi résolue en droit malgache puisqu'il s'agit de trouver le lieu de la réception de l'acceptation pour appliquer la loi de ce pays. Cependant, ce n'est pas entièrement le cas, puisqu'il est parfois difficile de déterminer où se situent les contractants au moment de la conclusion du contrat. Par exemple, il ne va pas de soi qu'on peut savoir le lieu de la conclusion d'un contrat conclu à partir d'un ordinateur portable. La difficulté à déterminer quel est le droit applicable à la forme d'un contrat électronique n'est pas ainsi totalement élucidée, l'élaboration de règles internationales matérielles serait d'une opportunité non négligeable.

## **Section 2 : Le contrat de travail**

**810.** La définition du contrat de travail ne soulève pas de difficulté particulière en droit international. C'est une activité subordonnée en contrepartie d'une rémunération<sup>1153</sup>. Ce qui présente des difficultés ce sont les situations qui peuvent prendre des physionomies très variables : un salarié peut être déplacé, plus ou moins durablement, dans une filiale étrangère, recruté pour travailler à l'étranger, avoir plusieurs employeurs<sup>1154</sup>...Par ailleurs, tous les salariés ne sont pas dans la même position d'inégalité.

**811.** Ce sont ensuite les intérêts politiques en jeu qui vont peser sur les solutions. Les législations sociales sont des questions politiquement sensibles et les exigences nationales

---

<sup>1153</sup> V. Les définitions du travailleur et de l'employeur données respectivement par les articles 2 et 3 du Code du travail ; Soc. 19 juin 2007, Aspocomb, n° 05- 42.551, RDT 2007. 543, note F. Jault- Seseke : « selon l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui est transposable pour l'application de l'article 19 du règlement ( CE) n° 44/ 2001, l'employeur est défini comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération » .

<sup>1154</sup> C'est particulièrement le cas en présence d'un groupe de sociétés, au sein duquel un employeur unique du salarié est parfois difficile à identifier.

peuvent être très variables d'un État à l'autre, créant un contexte à haute concurrence législative<sup>1155</sup>. Pour éviter les contournements de leurs exigences, les États multiplient le recours à l'application impérative de leur réglementation à tout travail effectué sur leur territoire. Madagascar n'en fait pas exception et prévoit l'impérativité de son droit de travail. La plupart des dispositions du droit du travail sont considérées comme étant d'ordre public, ce qui veut dire qu'elles s'imposent avec une force particulière aux parties. De plus, ce caractère impératif est renforcé par les pénalités, aussi bien sur le plan civil que sur le plan pénal. Le non-respect de la plupart des dispositions constitue une infraction pénale<sup>1156</sup> du Code du travail.

**812.** Il ne s'agit pas ici de simplement trancher entre autonomie de la volonté et protection de la partie faible, comme il l'était pour le contrat de consommation. Le contrat de travail est un contrat à exécution successive c'est-à-dire qu'il s'inscrit dans la durée. Cette exécution durable crée un lien entre le travail et le territoire sur lequel il est accompli. C'est ce lien durable qui source d'une attraction permanente du contrat vers la loi de cet État, qu'il s'agisse de déterminer la juridiction compétente ou le droit applicable. Cette attraction est dès lors également facteur de concordance de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. La loi du territoire d'exécution est par ailleurs la loi qui fournit les réglementations applicables sur les lieux de travail<sup>1157</sup> et souvent celle de la collectivité du travail<sup>1158</sup>.

**813.** En raison de cette forte présence des lois nationales impératives, on pourrait croire que la matière est dominée par les règles matérielles. Le droit social international fait d'ailleurs le grand écart entre un recours sans égal aux mécanismes conventionnels et un usage intensif des dispositions impératives. Pourtant, malgré cette forte pression des règles matérielles, la règle de conflit reste le mécanisme de résolution des litiges le plus courant. D'une part, parce qu'aucune convention de droit matériel uniforme n'existe en la matière et que les mécanismes conventionnels restent dépendants d'engagements volontaires. D'autre part, parce que, si les dispositions impératives sont légion, et particulièrement débattues dans les relations internationales, elles concernent généralement les conditions de travail, mais rarement les règles

---

<sup>1155</sup> V. L'exposé des motifs de la loi n° 2003 -044 du 10 juin 2004 portant Code du travail,

<sup>1156</sup> V. Titre IX du Code du travail.

<sup>1157</sup> Hygiène, sécurité...

<sup>1158</sup> J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », *Dr. soc.* 1995. 323, spéc. 324.

applicables aux licenciements, qui constituent une part essentielle du contentieux<sup>1159</sup>. La règle de conflit est donc souvent centrale dans le contentieux des contrats de travail internationaux.

**814.** Mais qu'il s'agisse des règles impératives ou des règles de conflit, le lieu d'exécution du contrat reste le critère principal de rattachement de la loi applicable (§1), des difficultés peuvent ensuite surgir pour l'application pratique de cette règle (§2).

### **§1 : L'attraction du lieu d'exécution du contrat de travail**

L'élément central dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail est le lieu d'exécution du contrat. C'est ce qui est édicté par le droit malgache en qualifiant le droit du travail de loi de police (A) ou à titre comparatif par le règlement Rome I en posant la règle de rattachement objectif en l'absence de choix des parties (B).

#### **A- La qualification de loi de police du code de travail malgache**

**815.** L'article 1<sup>er</sup> et l'article 7 du code de travail sont sans équivoque quant à la force d'attraction du lieu d'exécution du contrat de travail. L'article 1<sup>er</sup> dispose « la présente Loi est applicable à tout employeur et à tout travailleur dont le contrat de travail, quelle que soit sa forme, est exécuté à Madagascar. À ce titre, est assujéti aux dispositions de la présente Loi, tout employeur, quelle que soit sa nationalité, son statut ou son secteur d'activité ». Et l'article 7 renforce la règle en édictant : « quels que soient le lieu de conclusion et la résidence de l'une ou de l'autre partie, tout contrat de travail conclu pour être exécuté à Madagascar est soumis aux dispositions du présent Code du travail ». On est bel et bien en présence d'une loi de police. Ce qui n'est pas étonnant vu que l'essentiel du droit du travail dans le monde est d'ordre public. C'est un domaine qui est fortement imprégné de règles impératives. Les dispositions du Code du travail malgache s'appliquent ainsi à tout contrat de travail conclu « pour être exécuté à Madagascar » quelle que soit la nationalité des parties, quelle que soit la résidence habituelle des parties, quel que soit le lieu de conclusion du contrat. Ainsi le lieu d'exécution du contrat de travail l'emporte largement sur d'autres critères. Pour ce faire, le législateur malgache utilise

---

<sup>1159</sup> V. Soc. 18 janv. 2011, n° 09- 43.190 : « l'application de la loi désignée par la Convention de Rome pour les règles applicables à la rupture du contrat de travail qui ne font pas partie des règles impératives de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil », *Dr. soc.* 2011. 336, note J.- Ph. Lhernould ; *Rev. crit. DIP* 2011. 447, note F. Jault- Seseke. Cette distinction entre relations individuelles de travail et organisation du travail n'est évidemment pas tranchée : ainsi, lorsque les licenciements ou restructurations ont lieu dans des groupes internationaux de société, v. E. PATAUT, « Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés », *RDT* 2011. 14, qui appelle pour ces questions des règles matérielles impératives. Encore, la responsabilité pour fait de grève, bien que touchant à l'organisation collective du travail, est soumise au raisonnement conflictuel, règlement Rome 2, article 9 ( loi du pays où le conflit est engagé).

la méthode unilatéraliste (1), il est toutefois important de signaler que toutes les règles impératives dans l'ordre interne ne le sont pas toujours dans les relations internationales (2) avant d'insister un peu sur le cas des travailleurs internationaux (3).

### **1- Le recours à la méthode unilatéraliste de règles de conflit**

**816.** Pour poser cette règle de loi de police, le législateur a recours à la méthode unilatéraliste dans le dessein de régler le problème de loi applicable<sup>1160</sup>. La méthode unilatéraliste consiste à fixer uniquement le champ d'application dans l'espace de la loi locale sans se préoccuper de la loi étrangère. Elle laisse à chaque État le soin de déterminer le champ d'application de leurs propres lois. Contrairement à la méthode bilatérale qui met sur un même pied d'égalité la loi locale et la loi étrangère, la méthode unilatérale ne se préoccupe que de la loi locale. Chaque État détermine ainsi sa compétence. Le juge va d'abord se focaliser sur la loi nationale en délimitant son champ d'application au lieu de s'attaquer à l'élément de rattachement. Si la loi nationale est applicable, le juge appliquera la loi nationale. Si la loi nationale n'est pas applicable, le juge devra néanmoins statuer : dans ce cas, le juge doit voir quelle est la loi étrangère qui se veut applicable.

**817.** À l'heure actuelle, la méthode unilatéraliste est considérée comme étant une méthode résiduelle par la plupart des auteurs même s'il faut lui reconnaître une certaine importance en raison des lois de police. Et le contrat de travail est un terrain propice de l'application de lois de police. Les lois de police sont des règles d'une telle importance dans l'ordre juridique interne que même si on est face à une situation à caractère international et le rapport de droit se rattachant à plusieurs ordres juridiques, on va tout de même appliquer la loi locale<sup>1161</sup>.

### **2- Les règles impératives dans l'ordre interne et sur le plan international**

**818.** Il ne s'agit pas en droit malgache tel que c'est le cas en France de distinguer des règles impératives à l'ordre interne et la loi de police dans les relations internationales. Le droit malgache prévoit la soumission obligatoire à l'ensemble des règles prévues dans le code de travail<sup>1162</sup>. En droit français, certaines dispositions sont impératives, mais ne sont pas pour

---

<sup>1160</sup> Par opposition à la méthode bilatéraliste qui face à un litige soumis au juge, met sur le même pied d'égalité la loi étrangère et la loi du juge saisi. La règle de conflit peut ainsi déboucher soit à l'application de la loi locale soit l'application de la loi étrangère.

<sup>1161</sup> V. B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », *op.cit.*

<sup>1162</sup> V. article 1 et article 7 du code de travail.

autant des lois de police sur le plan international. Par exemple les dispositions relatives à la responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail<sup>1163</sup>, des lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts<sup>1164</sup>, les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail, à la durée maximale du travail et toutes les règles de droit social assorties de sanctions pénales<sup>1165</sup> sont des lois de police alors que les règles en matière de licenciement sont seulement impératives dans l'ordre interne<sup>1166</sup>. Pour tracer une frontière, il a été proposé de distinguer les lois qui concernent l'organisation du travail, qui relèvent des lois de police, et les lois qui organisent les relations entre les parties au contrat de travail qui ont pour seule limite la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public international<sup>1167</sup>.

**819.** À côté des règles impératives d'origine nationale, il y a également les règles impératives d'origine internationale notamment celles des conventions de l'OIT ratifiées par Madagascar<sup>1168</sup>. Ces conventions ont proclamé des normes sociales fondamentales<sup>1169</sup> même si faire respecter les standards ainsi proclamés face aux activités délocalisées des entreprises transnationales s'avère de plus en plus difficile. L'OIT a élaboré de manière tripartite des Normes internationales de travail distinctes des conventions internationales classiques. Les finalités et le contenu des conventions de l'OIT sont différents de ceux des traités internationaux traditionnels. L'objectif fondamental des NIT est l'instauration d'un travail décent et pour y parvenir, priorité est donnée à la promotion et la protection des principes et droits fondamentaux au travail. Ce sont ces principes qui vont déterminer la norme applicable dans les relations de travail des États membres. Le contenu des NIT n'assure par définition aux travailleurs qu'un niveau de protection minimal pouvant être ensuite renforcé par les législations nationales.

---

<sup>1163</sup> Dès 1907 en France, Civ. 8 mai 1907, *S.* 1907. 1. 463 ; *DP* 1908. 1. 371 ; Ch. réun. 26 mai 1921, *S.* 1923. 1. 33, note Sachet.

<sup>1164</sup> Soc. 3 mars 1988, *Soc. Thoresen Car Ferries Ltd*, *Rev. crit. DIP* 1989. 63, note G. Lyon- Caen ; *JDI* 1989. 78, note M.- A. Moreau- Bourlès.

<sup>1165</sup> Suivant en cela les propositions de G. et A. Lyon- Caen, *Droit social international et européen*, *Dalloz*, 8e, 1993, n° 36.

<sup>1166</sup> Soc. 12 nov. 2002, *op.cit.* En revanche, les règles relatives au licenciement des salariés protégés qui, au-delà de la protection des salariés, touchent à la liberté syndicale, sont des lois de police (Plén. 10 juill. 1992, *Air Afrique*, n° 88- 40.673, *Rev. crit. DIP* 1994. 69, 1° esp., note B. Ancel ; *JCP* 1993. II. 22063, note P. Rodière ; *Dr. soc.* 1993. 67, concl. Y. Chauvy).

<sup>1167</sup> J. AUDINET, *Rép. trav.*, v° Conflits de lois et de juridictions, 1976, n° 36 et s.

<sup>1168</sup> V. l'exposé des motifs du code de travail malgache : « L'élaboration du présent Code a tenu compte des principes fondamentaux tels que : le respect des droits fondamentaux prévus par les Conventions internationales du travail... ».

<sup>1169</sup> J.- M. JACQUET , Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *op.cit.*, n° 715.

### 3- Les travailleurs internationaux

**820.** Le droit matériel spécifique aux contrats de travail internationaux est essentiellement constitué des législations nationales applicables au contrat. Ainsi, les dispositions de droit matériel malgaches spécifiques au travail international sous le vocable de travailleur déplacé existent, mais rompent avec la méthode unilatérale utilisée dans l'article 1 et l'article 7. Si en France, la difficulté est de résister à la tentation de reconnaître des lois de police à toutes les affaires du droit de travail international qui risque de fausser exagérément le jeu normal de la règle de conflit<sup>1170</sup>, le législateur malgache quant à lui a bien précisé que « Le contrat de travail des travailleurs malgaches émigrés à l'extérieur du territoire [...] doit notamment prévoir que ces travailleurs sont soumis aux législations du travail et de la sécurité sociale du lieu d'emploi »<sup>1171</sup>. Ces dispositions démontrent une fois de plus l'importance du lieu d'exécution du contrat aux yeux du législateur malgache au point qu'il édicte noir sur blanc que les travailleurs qui exécutent leurs contrats en dehors du territoire malgache ne sont pas soumis au droit du travail malgache, mais à la loi du pays étranger de l'exécution du travail. Si le législateur français essaie de couvrir par leur Code de travail les différentes dimensions du travailleur international, du séjour du travailleur étranger jusqu'à ses aspects fiscaux<sup>1172</sup>, le droit malgache dispose que le travailleur déplacé à l'extérieur de Madagascar ne relève pas du droit malgache, mais du droit du lieu d'exécution de son contrat de travail<sup>1173</sup>. « Le travailleur déplacé est celui qui, pour l'accomplissement du travail convenu, est appelé à s'installer de manière durable dans un lieu de travail autre que sa résidence habituelle ou à l'extérieur de son pays d'origine »<sup>1174</sup>.

---

<sup>1170</sup> V., pour la Cour de cassation belge, qui décide que pour un contrat non soumis à la Convention de Rome, de déclarer que « en matière de contrat de travail, les dispositions légales qui organisent la protection des travailleurs et qui ont un caractère impératif sont des lois de police et de sûreté », Cass. 27 mars 2006, *JDI* 2011. Chron. 9, n° 5, obs. N. Watté.

<sup>1171</sup> Article 42 du Code du travail.

<sup>1172</sup> V. J.- M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.- L. PIERRE, *Droit du commerce international*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 507 et s.

<sup>1173</sup> À comparer avec le droit français où pour le Code du travail, est expatrié le salarié travaillant sur le territoire d'un ou plusieurs États étrangers et soumis à la législation française. Le salarié expatrié doit également être informé sur sa situation au regard de sa protection sociale. Par ailleurs, une règle spécifique à la mobilité au sein d'un groupe international est prévue, portant obligation de rapatriement et de reclassement d'un salarié mis à disposition d'une filiale étrangère, en cas de licenciement par la filiale.

<sup>1174</sup> Article 41 du code de travail.

## **B- Le lieu d'exécution du contrat en tant que rattachement objectif**

**821.** Le droit malgache ne prévoit pas les règles de conflit en présence ou en l'absence de choix, il prévoit seulement que tout contrat qui s'exécute à Madagascar a comme loi applicable la loi malgache. À côté des dispositions impératives, le droit français reconnaît une place importante au lieu d'exécution du contrat de travail en tant que critère de rattachement objectif en l'absence de choix des parties par le biais du règlement Rome I. La loi applicable à défaut de choix est désignée au paragraphe 2 de l'article 8 du règlement Rome I. Il s'agit de la loi du pays dans lequel, ou à partir duquel, le travail est habituellement exécuté<sup>1175</sup> (1). Lorsque ce critère est inapplicable, notamment lorsqu'un lieu habituel de travail ne peut être déterminé, le texte utilise en rattachement subsidiaire le lieu d'établissement d'embauche (2).

### **1- Le rattachement principal : le lieu d'exécution du contrat**

**822.** L'article 8, §2 du règlement Rome I prévoit que : « à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ». Non seulement cet article pose la règle de rattachement objectif au lieu d'exécution du contrat de travail, mais en plus, il prend soin de préciser que le détachement temporaire n'a pas d'effet sur le lieu d'exécution habituel du travail. Si la précision est louable, elle renvoie toute la difficulté à la détermination du caractère temporaire, ou non, du détachement<sup>1176</sup>.

**823.** La principale modification apportée par le règlement Rome I tient dans le discret ajout à l'article 8, §2, du pays « à partir duquel » le travail est habituellement exécuté, assimilé au pays où le travail est exécuté. La précision vise selon l'exposé des motifs de la proposition de règlement notamment le personnel travaillant à bord d'avions<sup>1177</sup> et les marins en haute mer. Dans les deux cas, pour pouvoir déterminer un lieu « à partir duquel » le travail s'exécute habituellement, il faut une base fixe, ou « lieu d'affectation »<sup>1178</sup>. Le rapport Giuliano- Lagarde

---

<sup>1175</sup> P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> ed., LGDJ, 2022. .

<sup>1176</sup> V. *Infra* n°780 et s.; E. PATAUT et P. RODIERE, *J.- Cl. Int., fasc. 573- 10*, n° 19.

<sup>1177</sup> Sur leur statut, v. P. MORVAN , « Y a- t- il du droit français dans l'avion ? ( Réflexions sur les salariés low cost, de Air Afrique à easyJet) » , *Dr. soc.* 2007. 191.

<sup>1178</sup> Sur la notion et son utilité pour déterminer la loi applicable au contrat de travail d'un navigant, A. LYON-CAEN , note sous *Mixte* 28 févr. 1986, *JDI* 1986. 699, spéc. n° 14. Sur la « base d'affectation » , élément susceptible de jouer un rôle significatif dans l'identification des indices, mais non assimilable à la notion employée par le règlement 3922/ 91.

précise ne pas avoir voulu consacrer une règle spéciale pour les membres de l'équipage de navire. La jurisprudence avait l'habitude de leur appliquer la loi du lieu d'établissement de l'employeur ou la loi du lieu de pavillon. La nouvelle précision risque donc de faire basculer une série de situations initialement régies par la loi du lieu d'établissement de l'employeur vers la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Ce basculement aura néanmoins pour effet d'harmoniser la conception du lieu habituel du travail avec celle retenue par la Cour de justice pour l'application du règlement Bruxelles I.

## 2- Le rattachement subsidiaire : le lieu d'embauche

**824.** En complément de la règle de rattachement au lieu d'exécution du contrat de travail, le règlement Rome I prévoit dans son article 8, §3 que « si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur ». Ainsi, en cas de difficulté de détermination de lieu d'exécution du contrat, on peut recourir au lieu d'embauche. Ce critère subsidiaire est réduit à une fonction hypothétique<sup>1179</sup> eu égard à la définition du lieu d'exécution donnée par la Cour de justice européenne<sup>1180</sup> et à l'application de la clause d'exception des liens les plus étroits<sup>1181</sup>. Cette marginalisation au profit d'une interprétation est illustrée par l'arrêt Jan Voogsgeerd<sup>1182</sup>. En effet, saisie d'un renvoi préjudiciel en demande d'interprétation du « lieu d'embauche », la Cour va d'abord préciser que le lieu d'embauche est celui où il a été procédé à l'embauche, où a eu lieu la procédure de conclusion et non celui de l'établissement avec lequel le salarié est lié dans son occupation effective, qui peut se reconnaître par exemple par le lieu où a été publié l'avis de recrutement ou celui où s'est déroulé l'entretien d'embauche. Cela étant précisé, elle va néanmoins réorienter la juridiction nationale en estimant que la situation litigieuse relève plus du critère du lieu d'exécution habituel du travail. Cette solution a depuis été suivie par la Cour de cassation, mention expresse de l'arrêt de la Cour et de ses enseignements à l'appui<sup>1183</sup>.

---

<sup>1179</sup> V.H. KENFACK, « Le règlement ( CE ) n° 593/ 2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ( « Rome I » ), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009. 1, n° 54.

<sup>1180</sup> *Supra* n° 99.

<sup>1181</sup> *Infra* n°836.

<sup>1182</sup> CJUE 15 déc. 2011, Jan Voogsgeerd, C- 384/ 10, *Rev. crit. DIP* 2012. 648, note E. Pataut ; *RDT* 2012. 115, obs. F. Jault- Seseke ; Europe 2012, *comm.* 113, obs. L. Idot.

<sup>1183</sup> Soc. 11 avr. 2012, n° 11- 17.096, *RDT* 2012. 388, note F. Jault- Seseke ; Soc. 13 janv. 2016, n° 14-14.019, inédit.

## **§2 : Les difficultés d'application du critère de lieu d'exécution du contrat**

Les principales difficultés consistent en la détermination du lieu d'exécution du contrat (A) ainsi qu'à l'application du principe de proximité et du principe de faveur (B).

### **A- La détermination du lieu d'exécution du contrat**

La détermination du lieu d'exécution du contrat passe par la définition du lieu d'exécution du contrat (1) ainsi que de la problématique des travailleurs déplacés à l'étranger (2).

#### **1- La définition du lieu d'exécution**

**825.** La loi malgache est applicable à tout contrat conclu pour être exécuté à Madagascar,<sup>1184</sup> mais ne s'applique pas au contrat exécuté en dehors du territoire malgache<sup>1185</sup>. C'est donc, le lieu d'exécution du contrat de travail qui est la condition d'application ou non de la loi malgache. Comment déterminer ce lieu d'exécution ?

**826.** L'article 42 du Code de travail dispose que « le contrat de travail des travailleurs malgaches émigrés à l'extérieur du territoire doit faire l'objet d'un visa préalable du Service de la Migration du Ministère chargé de l'Emploi ». Cela signifierait-il que tout travailleur qui n'est pas en possession de ce visa n'est pas un travailleur déplacé et reste soumis à la loi malgache ? L'exécution d'un travail à l'étranger n'étant pas conditionnée par l'obtention d'une autorisation préalable du ministère de l'emploi malgache, les travailleurs peuvent très bien être employés à l'étranger sans qu'ils soient en possession de cette autorisation. Ainsi, l'autorisation du ministère ne constitue pas une condition de non-application du code de travail malgache. Le nouveau code n'a pas repris les anciennes dispositions du code de 1975 prévoyant la nullité du contrat en cas de non-obtention de visa. L'écrit n'est donc requis que pour preuve de la condition de travailleur déplacé. En principe, ce n'est qu'après l'obtention du visa de l'inspecteur du travail du lieu d'embauche que le contrat devrait commencer à être exécuté. Dans la pratique, la rédaction d'un écrit ainsi que la demande de visa sont peu respectées, les chefs d'entreprise ne faisant pas mention de la qualité de travailleur déplacé du salarié dans le contrat de travail. Le travailleur, pour sa part, dès lors qu'il trouve du travail, ne s'inquiète nullement, au moment de l'embauche, de savoir si l'employeur a sollicité et obtenu un visa ou non. Il est intéressant, cependant, de préciser que les conditions de travail du travailleur déplacé sont plus

---

<sup>1184</sup> Article 1 et article 7 du Code du travail.

<sup>1185</sup> Article 42 du Code du travail.

avantageuses que celles du travailleur simple : les articles 91 et 41, alinéa 3 du Code du travail prévoient en effet, pour le travailleur déplacé, la prise en charge par l'employeur de ses frais de voyage, pour lui et pour sa famille, du lieu de sa résidence habituelle au lieu d'emploi au moment de l'embauche, durant le congé et à la rupture du contrat, ainsi que la fourniture d'un logement décent dans les limites fixées par un décret pris après avis du Conseil national du travail.

**827.** Inversement, l'article 43 édicte que : « Les étrangers ne peuvent occuper aucun emploi à Madagascar sans l'autorisation préalable du ministre chargé de l'Emploi, après visa de leur contrat de travail par l'inspecteur du Travail du lieu d'emploi. Un Décret pris après avis du Conseil National du Travail détermine les modalités d'octroi d'autorisation d'emploi des travailleurs étrangers ». Le travailleur étranger peut être un travailleur expatrié ou un travailleur résident. Il peut être également un travailleur déplacé. L'autorisation conditionne l'obtention du visa d'entrée et de séjour de l'étranger à Madagascar. Dans ce cas précis, le visa a un caractère d'ordre public. Le contrat de travail d'un étranger pour lequel le visa a été refusé est nul et de nul effet. La loi sur l'immigration confirme les dispositions de l'article 43 du Code du travail et précise, en outre, en son article 10, que le travailleur étranger doit être titulaire d'une carte spéciale de travail indiquant sa catégorie professionnelle. Ce travailleur étranger ne peut exercer, sans autorisation, une profession d'une catégorie autre que celle mentionnée sur sa carte. Le non-respect de ces dispositions est passible, outre de sanctions administratives, de sanctions pénales.

**828.** Tous les pays, sans exception, prévoient des contrôles, des restrictions, une réglementation de l'emploi des travailleurs étrangers. Ces restrictions et contrôles, en effet, ont pour fondement la nécessité de protéger la main-d'œuvre nationale et d'éviter, en conséquence, le chômage des travailleurs nationaux ainsi que l'afflux des travailleurs étrangers.

**829.** En l'absence d'autorisation, la question se pose de savoir si un étranger travaillant à Madagascar est soumis à la loi malgache.

**830.** Ce qui ne résout pas le problème puisqu'aucune autre précision n'est fournie par le Code de travail pour déterminer ce lieu d'exécution. On estime alors que cette détermination constitue une question de fait, laissée à la libre appréciation du juge de fond.

**831.** Mais à défaut de jurisprudence malgache, il serait opportun que les juges malgaches s'inspirent de ce qui a été décidé en France. Force est de constater que même en

France, la détermination du lieu d'exécution habituelle du travail n'a pas donné lieu à un contentieux abondant pour la détermination de la loi applicable. La Cour de cassation laisse l'appréciation aux juges du fond en se contentant de contrôler les conséquences que les juges tirent de leurs constatations, sans donner plus d'indications sur les éléments principaux ou la méthode à suivre pour déterminer ce lieu. Qui plus est, les critères de rattachement retenus par les textes européens pour la détermination de la juridiction compétente et pour la détermination de la loi applicable sont harmonieux. Cette concordance va se traduire par une harmonie de leur interprétation<sup>1186</sup>. En revanche, la Cour de justice, dans son arrêt Heiko Koelzsch<sup>1187</sup>, ayant appliqué à l'article 6 de la Convention de Rome l'interprétation retenue de longue date pour le règlement Bruxelles I<sup>1188</sup> a donné une indication en décidant que le lieu d'accomplissement du travail visé par l'article 6 de la Convention de Rome est celui où le salarié « s'acquitte ou à partir duquel il s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur », c'est-à-dire le lieu de travail effectif, le centre de gravité ou, à défaut, celui où il accomplit la majeure partie de ses activités<sup>1189</sup>.

## 2- La problématique des travailleurs déplacés à l'étranger

**832.** Le Code de travail malgache dispose que les travailleurs déplacés à l'étranger ne relèvent pas du droit malgache, mais du droit du lieu d'exécution de son travail. Il donne la définition de ce qu'il entend par travailleur déplacé dans son article 41. En ses termes : « le travailleur déplacé est celui qui, pour l'accomplissement du travail convenu, est appelé à s'installer de manière durable dans un lieu de travail autre que sa résidence habituelle ou à l'extérieur de son pays d'origine ». La question se pose de savoir, à partir de quel moment l'installation à l'étranger est durable pour justifier la non-application du droit malgache au profit

---

<sup>1186</sup> Harmonie déjà pratiquée par la Cour de cassation : utilisant le critère du centre effectif des activités pour l'application de la Convention de Rome, Soc. 25 avr. 2007, n° 05- 43.392, inédit.

<sup>1187</sup> CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, Heiko Koelzsch, C- 29/ 10, *Rev. crit. DIP* 2011. 447, note F. Jault-Seseke ; *JDI* 2012. 5, note C. Brière ; *JCP S* 2011, n° 1241, note E. Jeansen ; *RTD civ.* 2011. 314, obs. P. Rémy-Corlay ; Europe 2011, *comm.* 205, obs. L. Idot ; *JCP* 2011, n° 664, note D. Martel ; *JCP* 2011, n° 1064, § 3 obs. C. Nourissat ; *D.* 2011. 2434, obs. L. d'Avout ; *RDT* 2011. 521, obs. V. Lacoste- Mary ; V. PARISOT, « Vers une cohérence des textes communautaires en droit du travail ? Réflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogseerd de la Cour de justice », *JDI* 2012. Doctr. 7.

<sup>1188</sup> L'arrêt reconnaît expressément cette « inspiration » . Et réciproquement : l'arrêt du 14 sept. 2017, *Crewlink et Ryanair*, C- 168/ 16 et C- 169/ 16, *op.cit.*, s'appuie très largement sur l'arrêt Koelzsch pour interpréter le règlement Bruxelles I.

<sup>1189</sup> Soc. 11 avr. 2012, n° 11- 17.096, *RDT* 2012. 388, note F. Jault- Seseke ; Soc. 13 janv. 2016, n° 14- 14.019, inédit.

de la loi étrangère ? Bien évidemment, ni le législateur ni la jurisprudence malgache ne donne la réponse à cette question.

**833.** Des problématiques similaires se posent en droit français lorsque l'article 8, §2 du règlement Rome I prévoit que « le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ». Cet article renvoie à la difficulté de la détermination du caractère temporaire, ou non, du détachement<sup>1190</sup>. La jurisprudence française a eu l'occasion de décider qu'un détachement de quinze ans n'est pas temporaire,<sup>1191</sup> mais le contentieux est rare sur les situations plus limites, de deux ou trois ans<sup>1192</sup>. À l'inverse, un détachement effectué dans le cadre d'une entreprise de travail temporaire est sans effet sur le lieu d'exécution habituelle du travail<sup>1193</sup>. Le règlement Rome I est venu apporter d'utiles précisions dans son considérant 36 : le travail est temporaire lorsque, après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger, le salarié est censé reprendre son travail dans son pays d'origine, et ce indépendamment de la conclusion d'un nouveau contrat. La volonté des parties de limiter le détachement à une durée liée à une mission est donc déterminante<sup>1194</sup>.

## **B- L'application du principe de proximité**

Des difficultés surgissent également lorsqu'il faut prendre en compte les liens les plus étroits en tant que principe (1) et en tant qu'exception (2).

### **1- La prise en considération des liens les plus étroits en tant que principe**

**834.** La logique animant le choix du critère du lieu d'exécution du contrat n'est pas, comme pour le consommateur, une logique protectrice favorisant la loi que la partie faible connaît le mieux. Le contrat de travail suit le principe plus général de proximité et la loi du lieu d'exécution est présumée présenter les liens les plus étroits avec le contrat<sup>1195</sup>.

---

<sup>1190</sup> V. E. PATAUT et P. RODIER, *J.- Cl. Int.*, fasc. 573- 10, n° 19.

<sup>1191</sup> Soc. 9 oct. 2001, n° 00- 41.452, *Dr. soc.* 2002. 121, obs. M.- A. Moreau.

<sup>1192</sup> Ou même d'un an, durée qui a pu être estimée comme ne relevant pas d'un détachement « temporaire », Paris, 7 juin 1996, Boikov, *RTD eur.* 1996. 785, note H. Gaudemet- Tallon, *Rev. crit. DIP* 1997. 55, note M.- A. Moreau ; pour une durée de trois ans pendant laquelle le salarié « avait été détaché en France et qu'il n'y avait pas accompli habituellement son travail », Soc. 5 nov. 2014, n° 13- 18.510, inédit.

<sup>1193</sup> Soc. 18 janv. 2011, *op.cit.*

<sup>1194</sup> Cette proposition de définition du GEDIP l'a emporté sur la définition ex post de la durée temporaire, qui se fait sur le constat de la durée effectivement écoulée en détachement.

<sup>1195</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *op.cit.*

**835.** On l'a vu, le contrat de travail est un contrat successif. De ce fait, il entretient un lien exceptionnel avec ce lieu d'exécution. D'un côté, l'article 7 applique au Code de travail malgache au tous les contrats conclus pour être exécutés à Madagascar quels que soient le lieu de conclusion et la résidence de l'une ou de l'autre partie. De l'autre côté, l'article 42 prévoit que le contrat de travail des travailleurs malgaches émigrés à l'extérieur du territoire est soumis aux législations du travail du lieu d'emploi. Ces deux articles posent le principe selon lequel, le contrat de travail relève de la loi de son exécution. Cette solution peut se justifier par le fait que c'est le lieu de l'exécution qui présente des liens les plus étroits avec le contrat.

## **2- Les liens les plus étroits en tant que clause d'exception**

**836.** Le droit français, comme le droit malgache pose également la règle de rattachement au lieu d'exécution du contrat de travail. Cependant, sur le modèle de l'article 4, du règlement Rome I, le paragraphe 4 de l'article 8 du règlement Rome I pose une clause d'exception et permet en tout état de cause d'écarter la loi du lieu d'exécution du contrat au profit de celle d'un pays présentant des liens plus étroits avec le contrat<sup>1196</sup>. En ses termes : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ». Ce qui n'est pas le cas en droit malgache. Le droit malgache ne prévoit pas d'exception, tous les contrats de travail exécutés à Madagascar relèvent du droit malgache même si celui-ci présente des liens plus étroits avec d'autres lois. Ce qui peut se comprendre puisque d'une part, l'utilisation faite par les juges de la clause d'exception, pour réduire à un point proche de la dissolution l'application de la loi du lieu d'exécution du travail à défaut de choix<sup>1197</sup>. D'autre part, cette clause d'exception peut constituer une difficulté supplémentaire puisqu'au lieu d'appliquer directement la loi du lieu d'exécution du contrat de travail, le juge va devoir vérifier si le contrat ne présente pas des liens les plus étroits avec un autre pays.

**837.** Un arrêt français de 2005 illustre la mise en œuvre de cette clause d'exception<sup>1198</sup>. Dans cette affaire la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la loi de l'ex-Zaïre qui est le lieu d'exécution du travail en faveur de la loi française parce que

---

<sup>1196</sup> Il appartient à celui qui prétend que le contrat présente des liens plus étroits avec l'autre pays d'en apporter la preuve : Soc. 29 sept. 2010, n° 09- 68.851, *Rev. crit. DIP* 2011. 72, note F. Jault- Seseke.

<sup>1197</sup> Cassation d'un arrêt ayant appliqué la loi française au nom de ses liens plus étroits « alors qu'elle avait constaté que M. X. et la société Y avaient conclu un contrat de travail prévoyant que la loi canadienne serait applicable, sans relever en quoi cette loi était moins protectrice que la loi française », Soc. 28 oct. 2014, n° 13-20.025, inédit.

<sup>1198</sup> Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609 inédit.

les contrats « avaient été conclus entre personnes de nationalité française, qu'ils étaient rédigés en langue française et qu'ils fixaient le salaire de l'intéressée en francs français, en rémunération d'un travail accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la Coopération ». D'après la Cour de cassation, la Cour d'appel a pu en déduire que les contrats concernés présentaient des liens plus étroits avec la France et par conséquent la loi française était applicable en l'espèce.

**838.** La doctrine<sup>1199</sup> estime qu'il s'agit là d'une entorse au principe du lieu d'exécution du contrat d'autant plus que dans cet arrêt, la loi du lieu d'exécution était également la loi du lieu de conclusion, la loi du domicile des parties et la loi imposée par l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger. La Cour de cassation estime bien fondé le raisonnement de la Cour d'appel qui n'a finalement regardé que des liens plus étroits présentés avec la loi française : la loi de la nationalité des parties, la langue du contrat, la monnaie du salaire, l'établissement français sous tutelle du ministre de la Coopération. La doctrine voit dans cette décision une préférence récurrente donnée à la loi française<sup>1200</sup> au mépris de la règle du lieu d'exécution du contrat.

**839.** La Cour de justice européenne est venue pallier les dérives de l'utilisation des liens les plus étroits au titre de clause d'exception en faisant preuve de plus de fermeté pour le jeu de la clause d'exception de l'article 6 que pour celui de l'article 4. Dans son arrêt *Schlecker*, la Cour précise que la protection la plus adéquate pour le travailleur tient en l'application de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat, précision expressément faite que « cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire, comme M. l'avocat général l'a relevé au point 36 de ses conclusions, à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur »<sup>1201</sup>. En l'espèce, la loi désignée par le critère de rattachement, loi du lieu d'exécution du travail était l'unique loi d'exécution du travail, pendant une durée de onze ans : la possibilité pour la Cour de justice d'écarter cette loi au profit d'une loi présentant des liens

---

<sup>1199</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op.cit.*, p.312, n° 552.

<sup>1200</sup> F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. DIP* 2005. 253.

<sup>1201</sup> CJUE 12 sept. 2013, *Schlecker*, C- 64/ 12, *RDT* 2013. 785, obs. F. Jault- Seseke ; Europe 2013, *comm.* 495, obs. L. Idot ; *JDI* 2014, *comm.* 4, obs. C. Brière ; *Rev. crit. DIP* 2014. 159, note E. Pataut.

plus étroits témoigne de sa volonté de ne pas consacrer la doctrine prônant l'absence de véritable valeur localisatrice de la loi désignée par le rattachement rigide.

**840.** Enfin, la Cour de justice indique que les liens plus étroits ne sont pas appréciés seulement numériquement, mais du point de vue de leur caractère significatif, à l'instar du lieu où le salarié paie ses impôts ou celui où il est affilié à la sécurité sociale. La Cour de cassation, faisant mention de l'arrêt *Schlecker*, a repris cette directive d'interprétation sous forme d'un attendu de principe, rompant avec sa jurisprudence antérieurement trop compréhensive à l'égard de l'utilisation de la clause d'exception<sup>1202</sup>.

---

<sup>1202</sup> Pour reprocher aux juges du fond de ne pas avoir suffisamment tenu compte des différents liens avec la loi du lieu d'exécution, Soc. 13 oct. 2016, n° 15- 16.872, *RDT* 2017. 66, note F. Jault- Seseke ; *RTD eur.* 2017. 336- 31, note C. Latil ; *D.* 2017. 1011, obs. H. Gaudemet- Tallon ; *JDI* 2017. 12, note A. Sinay- Cytermann ; *JCP S* 2016. 1406, note Ph. Coursier.

## CHAPITRE 2 : LES CONTRATS DU SECTEUR SPECIFIQUE

Certains contrats en raison de leurs spécificités nécessitent une étude spéciale, tel est notamment le cas du contrat d'assurance (section 1), du contrat de transport (section 2), du contrat portant sur les propriétés intellectuelles (section 3) et du paiement international (section 4).

### Section 1 : Le contrat d'assurance

**841.** La réglementation des contrats d'assurance est encore presque exclusivement de source interne. À la différence du droit français, le droit malgache n'est doté ni de règle matérielle de droit international privé en matière de contrat d'assurance ni de règles de conflit spéciales en la matière. Ce qui nous amène à résoudre la question de la loi applicable au contrat d'assurance par la juxtaposition des règles existantes dans les principaux types de contrats d'assurance. Nous nous ferons bien évidemment de temps à autre aider par le droit français pour sortir des règles plus ou moins adéquates à la situation lacunaire actuelle du droit malgache.

**842.** Aux termes de l'article 5 de la loi 2020-005 du 2 juin 2020 sur les assurances : « l'assurance est l'opération par laquelle, l'entreprise d'assurance s'engage moyennant une rémunération, prime ou cotisation, à payer une prestation quelconque à l'assuré en cas de réalisation d'un risque déterminé ou sinistre ». Le contrat d'assurance met en présence différentes personnes dont les relations ne sont pas les mêmes vis-à-vis d'un seul et même contrat. La matière n'étant déjà pas simple en droit interne, la présence d'un élément d'extranéité la rend encore plus complexe.

**843.** Les personnes qui interviennent dans l'opération sont l'assureur qui est la personne morale garantissant le risque en cas de survenance des événements assurés ; le souscripteur qui est une personne physique ou morale qui, en signant un contrat, s'engage vis-à-vis de l'assureur à exécuter les obligations notamment le paiement des cotisations, le souscripteur et l'assuré peuvent être la même personne<sup>1203</sup> comme ils peuvent être des personnes différentes<sup>1204</sup> ; l'assuré qui est une personne physique ou morale dont les biens ou la responsabilité sont couverts dans le contrat ou de la personne physique dont la vie ou

---

<sup>1203</sup> Lorsqu'il s'agit notamment d'une assurance-vie.

<sup>1204</sup> Par exemple en cas d'assurance automobile lorsqu'il y a un souscripteur, mais plusieurs assurés.

l'intégrité physique est assurée<sup>1205</sup> et enfin le bénéficiaire qui est la personne physique ou morale qui reçoit la prestation de l'assureur. Toutes ces personnes peuvent avoir de nationalités différentes, de résidences différentes, etc. Le risque qui est l'événement dommageable couvert dans le contrat constituant la raison centrale de l'assurance peut survenir dans différents endroits. Afin de faciliter le développement qui va suivre, nous allons d'abord mettre en lumière les solutions qui peuvent être utilisées (§1) avant de nous focaliser sur chacune des deux branches de l'assurance (§2) et enfin analyser l'action directe de la victime et le recours subrogatoire de l'assureur, conséquence de la mise en œuvre de la responsabilité de l'assureur (§3).

### **§1 : Les éléments à prendre en considération**

**844.** À défaut de dispositions spécifiques en matière de conflit de lois relatives au contrat d'assurance, il est plus judicieux de partir des règles générales de rattachement pour l'appliquer au contrat d'assurance. C'est d'ailleurs l'esprit du législateur en la matière puisque l'alinéa 3, de l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur les assurances précise que : « toutefois, en cas de silence de la présente loi sur des points particuliers, le droit commun est applicable ». Deux principaux critères de rattachement pourraient être appliqués : le rattachement par rapport au débiteur de la prestation caractéristique (A) et le rattachement au lieu de la situation du risque (B).

#### **A- Le débiteur de la prestation caractéristique**

Il s'agit ici des règles classiques de l'application de la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique d'un côté (1) et celle de la clause d'exception de l'autre (2).

##### **1- La loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique**

**845.** On part de l'idée que l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 prévoit qu'en l'absence de choix des parties le juge « recherche et applique la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer ». Cette recherche de la volonté des parties, on l'a dit, aboutirait à la recherche des indices et des circonstances, dont les parties, ont choisi d'entourer la conclusion du contrat. Ce qui revient à localiser le contrat selon le critère des liens les plus étroits. Et il est de principe que le contrat est présumé avoir des liens les plus étroits avec le

---

<sup>1205</sup> En assurances de dommage, l'assuré peut être une personne physique ou morale, en assurances de personnes l'assuré ne peut être qu'une personne physique.

pays du débiteur de la prestation caractéristique, en l'occurrence l'assureur. Ce qui se conçoit facilement parce que d'une part, si le souscripteur décide de conclure avec un établissement d'assurance et pas un autre, il y a une volonté de créer des liens avec cet établissement, corollairement avec la loi du pays qui le régit. D'autre part, comme c'est l'assureur qui doit fournir la prestation d'assurance, objet du contrat, il est légitime d'appliquer sa loi.

**846.** Telle sera également la solution si l'on se base sur les règles spéciales prévues par l'article 4, §1 du règlement Rome I en se plaçant sous la catégorie de prestation de services<sup>1206</sup> où l'assureur est le débiteur de la prestation de services d'assurance.

**847.** En revanche si l'on se base sur l'article 7, §2<sup>1207</sup>, le principe sera applicable, mais uniquement en matière d'assurance de grands risques<sup>1208</sup>. Cet article dispose que pour les contrats d'assurance couvrant de grands risques « à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat d'assurance est régi par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle ». Avant l'entrée en vigueur du règlement Rome I, la règle a été également applicable aux contrats qui portent sur les risques de masse. Le règlement Rome I a abandonné la solution lorsqu'il s'agit des risques de masse en raison de la nécessité de protection de la partie la plus faible. S'il devait y avoir une partie forte et une partie faible dans le contrat d'assurance, l'assureur serait la partie forte tandis que le souscripteur la partie faible. Appliquer la loi de l'assureur dans les risques de masse par essence, contrat d'assurance passé avec les consommateurs, porterait atteinte à la volonté de protéger les consommateurs.

**848.** La règle est parfaitement valable en matière de contrat d'assurance de grands risques puisque le souscripteur est un professionnel au sens du règlement Rome I. Comme il

---

<sup>1206</sup>Article 4,§1,b) : « le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ».

<sup>1207</sup> Article 7,§2 du règlement Rome I.

<sup>1208</sup> Pour la définition V. article L111-6 du code des assurances français : « Sont regardés comme grands risques:

1° Ceux qui relèvent des catégories suivantes :

a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ;

b) Les marchandises transportées ;

c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ;

d) Les installations d'énergies marines renouvelables, définies par un décret en Conseil d'État ;

2° Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'État ».

n'y a pas, dans ce cas, de partie faible à protéger, l'application de la loi du pays de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est parfaitement adéquate. La solution tranche nettement avec celle retenue à propos des risques de masse puisque c'est ici la loi de l'assureur qui a vocation à régir ces contrats portant sur les grands risques.

## **2- La clause d'exception**

**849.** Comme toute application de la présomption portant sur le débiteur de la prestation caractéristique, la clause d'exception reste valable. Pour les contrats conclus sous l'empire du règlement Rome I, la solution retenue en matière de grands risques est : le contrat est régi « par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle », sauf « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays »<sup>1209</sup> auquel cas la loi de ce dernier s'applique. Ces règles se bornent à reproduire la solution de principe de l'article 4, en précisant seulement l'identité du débiteur de la prestation caractéristique. Finalement, le régime retenu pour les contrats d'assurance qui portent sur de grands risques est conforme aux solutions générales adoptées par le règlement Rome I, ce qui laisse perplexe quant à la justification de leur inclusion dans un article spécifique. L'explication résulte sans doute de la volonté de préserver à leur égard l'application des dispositions de l'article 7 relatives à l'assurance obligatoire.

### **B- Le lieu de la situation du risque**

À côté de la notion de prestation caractéristique, le lieu de la situation du risque occupe également une place considérable dans la localisation du contrat d'assurance (1), mais la détermination de ce lieu ne va pas de soi (2).

#### **1- L'importance du lieu de la situation du risque**

**850.** Le risque se trouve au cœur des contrats d'assurance. La notion de risque équivaut à la probabilité qu'un dommage survienne. C'est contre cette probabilité que le particulier ou le professionnel souhaite s'assurer. L'assurance permet de prendre en charge les éventuelles conséquences financières humaines ou matérielles du risque<sup>1210</sup>. Le risque constitue ainsi la cause du contrat d'assurance. « L'assurance est nulle si, au moment de la souscription du contrat, la chose assurée [...] ne peut plus être exposée aux risques »<sup>1211</sup>. Par conséquent, il

---

<sup>1209</sup> Article 7.2 du règlement Rome I.

<sup>1210</sup> V. A. B. BEHAJA, *La notion de risque en droit des assurances : Étude comparative en droits malgache, français et de la CIMA*, Thèse, université de La Réunion, 2017.

<sup>1211</sup> Article 36 de la loi sur les assurances.

n'est pas sans intérêt de rattacher le contrat à la loi du pays de la situation du risque. On va voir successivement l'importance de ce lieu de la situation du risque en droit malgache (a) et en droit français (b).

#### **a- En droit malgache**

**851.** Le droit malgache utilise le lieu de la situation du risque pour appliquer des règles impératives. En effet, l'article 6 de la loi sur les assurances prévoit que « les risques situés à Madagascar, les personnes qui y sont domiciliées ainsi que les responsabilités qui s'y rattachent doivent être assurés par des contrats souscrits et gérés par des établissements d'assurance agréés à Madagascar ». En raison de la situation du risque à Madagascar, le législateur porte atteinte à l'un des attributs de la liberté contractuelle, celui de choisir librement son contractant. Ainsi, une fois que le risque se trouve à Madagascar, le souscripteur ne peut conclure un contrat d'assurance qu'avec un établissement d'assurance agréé à Madagascar. Cela présuppose l'importance donnée par le législateur malgache à ce lieu de la situation du risque.

**852.** En outre, sans parler expressément de la loi applicable au contrat d'assurance, la loi sur les assurances parle de la juridiction compétente, et celle-ci prend en considération le lieu de la situation du risque. L'article 41 de la loi n° 2020-05 sur les assurances dispose qu'« en matière d'immeubles ou de meubles par nature, le défendeur est assigné devant le Tribunal du lieu de situation des risques ». Ne peut-on pas constater par-là l'intérêt particulier que le législateur malgache réserve au lieu de la situation du risque et déduire par analogie que la loi applicable au contrat d'assurance pourrait être la loi du lieu de la situation du risque ?

#### **b- En droit français**

**853.** La Convention de Rome a fait de cette notion du lieu de situation du risque le critère essentiel de délimitation de son domaine d'application. Elle permet de délimiter, au sein du règlement Rome I, le jeu des règles générales et celui des textes spécifiques aux contrats d'assurance. La notion de lieu de situation du risque revêt ainsi une importance fondamentale dans la détermination de la loi applicable au contrat d'assurance.

### **2- La détermination du lieu de la situation du risque**

La détermination du lieu de la situation du risque se fait d'une manière précise (a) en définissant la notion (b)

### **a- La méthode de détermination du lieu de la situation du risque**

**854.** L'importance accordée au lieu de situation du risque, oblige à préciser de quelle façon il doit être déterminé. Bien évidemment, une fois de plus, la loi malgache est muette. Mais la Convention de Rome et le règlement Rome I apportent des éclaircissements qu'il convient de survoler.

**855.** La Convention de Rome prévoit que, pour déterminer le lieu de la situation du risque « le juge applique sa loi interne »<sup>1212</sup>. Selon le droit français, le lieu de situation du risque est défini différemment en matière d'assurance non- vie<sup>1213</sup> ou dans le cadre de l'assurance sur la vie<sup>1214</sup>. Rompant avec la solution retenue par la Convention de Rome, le règlement Rome I renonce à renvoyer la question de la détermination du lieu de situation du risque au droit interne du juge saisi. La simplification n'est qu'apparente puisque le règlement n'identifie pas lui-même le lieu de situation du risque. L'article 7.6 renvoie aux deux directives essentielles, déjà inspiratrices du droit français, le soin de fixer ce lieu respectivement pour l'assurance non-vie<sup>1215</sup> et pour l'assurance vie<sup>1216</sup>, précisant seulement dans ce dernier cas que le lieu de situation du risque est le pays de l'engagement au sens de la directive sur l'assurance vie.

**856.** En pratique, il n'en résulte aucune différence quant aux critères de définition du lieu de situation du risque, du moins en l'état du droit positif. L'unilatéralisme de la définition du lieu de situation du risque dans les directives auxquelles se réfère l'article 7 du règlement Bruxelles I ne portera sans doute pas à conséquence. En effet, les règles de conflit de lois relatives aux contrats couvrant de grands risques sont indifférentes au lieu de situation de ces risques. Quant aux contrats couvrant des risques de masse, seuls relèvent de l'article 7 ceux relatifs à un risque situé sur le territoire d'un État membre du règlement Rome I.

### **b- La définition du lieu de situation du risque**

**857. Pour l'assurance non- vie.** S'agissant des assurances non- vie, plusieurs modalités de définition du lieu de situation du risque coexistent en fonction soit de l'objet du

---

<sup>1212</sup> Article 1,§3.

<sup>1213</sup> Article L. 310-4 du Code des assurances français.

<sup>1214</sup> Article L.310-5 du Code des assurances français.

<sup>1215</sup> Article 2.d) de la directive n° 88/ 357/ CEE du 22 juin 1988. Depuis l'abrogation de cette directive, il s'agit de l'article 13.13 de la directive « Solvabilité II » .

<sup>1216</sup> Article 1.1g) de la directive du 5 nov. 2002. Depuis l'abrogation de cette directive, il s'agit de l'article 13.14 de la directive « Solvabilité II » .

contrat d'assurance, soit de sa durée. À défaut, un critère résiduel s'impose<sup>1217</sup>. Ainsi, tout d'abord, l'État où le risque est situé est celui où « se trouvent les biens, lorsque l'assurance est relative soit à des immeubles, soit à des immeubles et à leur contenu, dans la mesure où celui-ci est couvert par la même police d'assurance »<sup>1218</sup>.

**858.** Ensuite, lorsque l'assurance est relative à des véhicules de toute nature, le risque est situé dans l'État d'immatriculation<sup>1219</sup>.

**859.** Puis, la troisième hypothèse retient l'État où le preneur a souscrit le contrat, s'il s'agit d'un contrat d'une durée inférieure ou égale à quatre mois, relatif à des risques encourus au cours d'un voyage ou de vacances, quelle que soit la branche concernée<sup>1220</sup>.

**860.** Enfin, le dernier lieu de situation du risque retenu est l'État de la résidence habituelle du souscripteur ou celui de situation de son établissement, si c'est une personne morale auquel le contrat se rapporte, intervient dans tous les cas qui ne sont pas explicitement visés par les solutions précédentes<sup>1221</sup>.

**861. Pour l'assurance-vie.** S'agissant du lieu de situation du risque en matière d'assurance sur la vie<sup>1222</sup>, le règlement Rome I retient le « pays de l'engagement » tel que précisé par la directive, c'est-à-dire, l'État où le preneur a sa résidence habituelle ou, si le preneur est une personne morale, l'État où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte<sup>1223</sup>.

## **§2 : L'application des règles de rattachement à chaque catégorie des contrats d'assurance**

La loi n° 2020-05 prévoit que les opérations d'assurance sont regroupées en deux branches d'activités distinctes, « branche vie » (B) et « branche non-vie » (A)<sup>1224</sup>.

---

<sup>1217</sup> Article 2.d) directive du 22 juin 1988. Depuis l'abrogation de cette directive, il s'agit de l'article 13.13 de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1218</sup> Article 13.13a) de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1219</sup> Article 13.13 b) de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1220</sup> Article 13.13 c) de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1221</sup> Article 13.13 d) de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1222</sup> Article 1.1g) de la directive du 5 nov. 2002. Depuis l'abrogation de cette directive, il s'agit de l'article 13.14, de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1223</sup> Article 1.1- g) de la directive du 5 nov. 2002. Depuis l'abrogation de cette directive, il s'agit de l'article 13.14 de la directive « Solvabilité II ».

<sup>1224</sup> Article 5 alinéa 3 de la loi n° 2020-05 sur les assurances.

## **A- La loi applicable à l'assurance non-vie**

Aux termes de l'article 5, alinéa 5 de la loi sur les assurances « la « branche non-vie » regroupe les opérations d'assurance qui n'ont pas pour objet la vie de l'assuré telles que les assurances de dommage, de responsabilité, de santé, de biens, contre les accidents et de risques agricoles ». On va d'abord se focaliser dans les règles générales (1) avant de parler de la spécificité de l'assurance obligatoire (2).

### **1- Les règles générales**

Il est important de comparer ce qui est prévu en droit malgache (a) avec les dispositions françaises (b).

#### **a- Les règles du droit malgache**

**862.** En matière contractuelle, le droit malgache, à défaut de dispositions spécifiques contraires, les parties gardent la liberté quant à leur possibilité de choisir la loi applicable au contrat d'assurance.

En l'absence de choix, comme il n'y a pas de règles expresses, nous allons sortir des hypothèses à partir de différentes dispositions législatives éparses existant à Madagascar.

La première hypothèse consiste à appliquer l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 qui consisterait en la recherche de la volonté implicite des parties qui aboutirait à la recherche de la loi du pays qui présente des liens les plus étroits avec le contrat, dont la présomption porte sur le pays du débiteur de la prestation caractéristique qui est l'assureur. La loi applicable serait ainsi la loi du pays de la résidence habituelle de l'assureur.

L'assurance non-vie la plus usitée à Madagascar est l'assurance automobile, assurance qui a ainsi de fortes chances de s'adresser aux consommateurs. Dans le cas où le contrat d'assurance serait passé avec un consommateur, on peut recourir à l'article 1<sup>er</sup> et l'article 4 de la loi n° 2015-014 sur les garanties et protections des consommateurs qualifiant les règles protectrices de consommateurs de lois de police. Ainsi, la loi applicable serait la loi malgache en vertu de l'existence de lois de police.

Lorsque le contrat d'assurance porte sur un bien, la règle de la *lex rei sitae* de l'article 29 de l'ordonnance n°62-041 pourrait être applicable. Dans ce cas, pour les biens ce sera, la loi de la situation du bien objet du contrat d'assurance, « en particulier, les immeubles sis à

Madagascar, même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi malgache »<sup>1225</sup>. Cette solution équivaldrait à l'application de la loi du pays de la situation du risque.

Comme le contrat d'assurance peut aboutir à la mise en œuvre de la responsabilité quasi délictuelle ou délictuelle, l'article 31 de l'ordonnance n°62-041 prévoit que : « en matière d'obligations délictuelles et quasi délictuelles, la loi du lieu du délit ou quasi-délit est seule applicable ». Cette solution rejoindrait également, le lieu de la situation du risque.

L'article 6 de la loi sur les assurances prévoit que « les risques situés à Madagascar, les personnes qui y sont domiciliées ainsi que les responsabilités qui s'y rattachent doivent être assurés par des contrats souscrits et gérés par des établissements d'assurance agréés à Madagascar ». L'interprétation de cet article peut équivaloir à une méthode unilatéraliste de l'application du droit malgache, imposée lorsque le risque est situé à Madagascar.

En conclusion, comme le noyau du contrat d'assurance reste le risque et le lieu de la situation du risque est souvent le lieu de la situation de bien objet du contrat ou de la survenance du sinistre, la loi du pays du lieu de la situation du risque emporterait nettement sur d'autres critères de rattachement.

#### **b- Les règles du droit français**

**863.** En l'absence de choix par les parties du droit applicable, le règlement Rome I a apporté une simplification de la solution en désignant « la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat »<sup>1226</sup>.

**864.** Une autre solution qui figurait dans la deuxième directive a, en revanche, été conservée à l'identique dans le règlement Rome I : la prise en compte de la plurilocalisation du risque, afin de conduire à un dépeçage « forcé » du contrat, opéré de manière mécanique. Selon le règlement, lorsque le contrat « couvre des risques situés dans plus d'un État membre, il est considéré comme constituant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporte qu'à un seul État membre »<sup>1227</sup>. Ce texte ne concerne que les contrats de masse en l'absence de choix du droit applicable, de sorte que, dans le cadre du règlement, pour un unique contrat chaque lieu de situation du risque dans un État membre différent donne naissance à un *negotium* distinct soumis à la loi de cet État en tant que loi du lieu de situation du risque<sup>1228</sup>. Ce dépeçage forcé

---

<sup>1225</sup> Article 29, alinéa 2 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>1226</sup> Article 7§3 du règlement Rome I.

<sup>1227</sup> Article 7§5 du règlement Rome I.

<sup>1228</sup> Lorsque c'est dans au moins un État membre et dans un État tiers que les risques sont localisés, l'article 7 ne devrait être appliqué qu'au risque situé sur le territoire d'un État membre selon le considérant 36 du règlement Rome I.

porte le risque de rompre la cohérence du contenu du contrat et encourage les parties à éviter cet inconvénient en opérant le choix du droit applicable, lorsqu'il est possible.

## 2- Les règles spécifiques aux assurances obligatoires

**865.** Il est évident que les contrats d'assurance sont soumis à certaines règles communes qu'elles soient obligatoires ou non<sup>1229</sup>. Mais s'il est question de rattacher les assurances non obligatoires aux règles de conflits de droit commun quant à la détermination du droit applicable, les assurances obligatoires nécessitent la prise en compte des règles supplémentaires. La solution dans l'assurance non obligatoire dépend des éléments qui rattachent le contrat à une loi donnée, le juge devant prendre appui sur la situation pour déterminer la loi applicable conformément à l'article 30 de l'ordonnance n°62-041. L'assurance obligatoire oblige à poser le problème en des termes différents. Aux données relatives à l'assurance non obligatoire s'ajoute la nécessité de prendre en compte la position d'un État au moins qui peut n'être pas celui dont la loi a vocation à régir le contrat d'assurance. Dans ce cas, le juge doit, d'une part, déterminer à partir des clauses contenues dans le contrat, la loi qui régit le contrat d'assurance et, d'autre part, vérifier selon la loi d'un État imposant une obligation d'assurance, si le contrat litigieux entre dans le domaine d'application de cette obligation. Le résultat peut être harmonieux si le droit d'un seul État intervient dans les deux cas. Mais la difficulté surgit lorsque tel n'est pas le cas. L'incompatibilité potentielle de la loi qui régit le contrat avec la loi imposant l'assurance obligatoire est susceptible de poser problème, quels que soient le critère et la méthode retenus pour sa désignation : le lieu de situation du risque, la résidence habituelle du preneur ou de l'assureur, la loi de survenance du sinistre va se trouver au premier ou au second niveau.

**866.** Le droit français a résolu la difficulté d'articulation de la loi imposant l'assurance obligatoire et de la loi qui régit le contrat en la supprimant. Selon le Code des assurances français, « les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français »<sup>1230</sup>. Cette même solution a d'ailleurs été maintenue par le règlement Rome I qui laisse aux États membres la possibilité de soumettre le contrat d'assurance à la loi de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance<sup>1231</sup>. Le code des assurances malgache ne contient aucune disposition similaire.

---

<sup>1229</sup> Article 7§4 du règlement Rome I.

<sup>1230</sup> Article L. 182- 1 du Code des assurances français.

<sup>1231</sup> Article 7,§4, b) du règlement Rome I.

Cependant, la solution semble adéquate en ce sens que le contrat n'est pas considéré comme satisfaisant l'obligation de souscrire une assurance que s'il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance prévues par l'État qui en impose l'obligation. Par exemple, l'article 117 de la loi 2020-005 dispose que : « Toute personne physique ou toute personne morale autre que l'État, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens et causés par un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, doit, pour faire circuler lesdits véhicules, être couverte par une assurance garantissant la responsabilité civile dans les conditions fixées par la présente loi ». Si les « conditions fixées par la présente loi » ne sont pas satisfaites, pourra-t-on dire que la personne ait rempli son obligation de contracter une assurance obligatoire. Tel est également le cas de l'article 4.1.03 qui impose une obligation d'assurance à tout navire entrant dans les eaux territoriales malgaches « conformément aux dispositions des articles 8.3.05 et 11.5.17 ». Que se passe-t-il si au lieu de suivre les conditions posées par la loi malgache, l'armateur<sup>1232</sup> suit les conditions prévues par la loi de la nationalité du navire ? L'obligation d'assurance est-elle dans ce cas, respectée ? La réponse est bien évidemment négative. D'où l'importance de donner la primauté à la loi de l'État qui impose l'obligation d'assurance<sup>1233</sup>.

**867.** La difficulté persiste lorsqu'on se trouve face à la situation relative à la plurilocalisation des risques et qui entraîne un dépeçage du contrat. Si la couverture d'assurance est fournie dans plusieurs États dont l'un impose une obligation d'assurance, le dépeçage automatique conduit à n'imposer la loi de l'assurance obligatoire que pour le contrat issu du dépeçage qui couvre le risque relevant de l'État qui l'impose. Les autres contrats issus du dépeçage seront soumis à la loi de situation du risque. Le droit français contrairement au règlement Rome I restreint cette possibilité de dépeçage et prévoit une exception au dépeçage en matière d'assurance obligatoire relative à des risques plurilocalisés. Le droit français maintient que l'ensemble du contrat doit être soumis à la loi qui impose l'assurance obligatoire<sup>1234</sup>. Cette solution est intéressante en raison de sa simplicité d'autant plus que le règlement Rome I à la lecture de l'article est réticent au dépeçage préférant soumettre les

---

<sup>1232</sup> Selon l'article 9.1.01. du Code maritime « L'armateur est celui qui exploite le navire en son nom, qu'il en soit ou non propriétaire ».

<sup>1233</sup> Mais le risque existe d'une pluralité de lois imposant simultanément un même contrat d'assurance obligatoire.

<sup>1234</sup> Article 8.4a) de la directive n° 88/ 257/ CEE, ( disposition abrogée par la directive « Solvabilité II » ).

contrats en l'absence de choix des parties à une loi unique. Du point de vue de droit malgache, la solution est soutenable puisqu'il n'est pas toujours évident d'admettre que les parties au contrat d'assurance obligatoire qui plus est ont eu la volonté de soumettre leur contrat sous l'empire de différentes lois<sup>1235</sup>. La plus logique serait de retenir la loi du pays imposant l'assurance obligatoire.

### **§3 : L'action directe de la victime et le recours subrogatoire de l'assureur**

Deux mécanismes essentiels du droit des obligations prennent une importance primordiale en matière d'assurances. Dans le cadre international, la loi applicable doit être recherchée à propos de l'action directe de la victime (A) et de la subrogation de l'assureur (B).

#### **A- La loi applicable à l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable**

**868.** Mécanisme essentiel en droit des assurances, l'action directe ne l'est pas moins dans le cadre international<sup>1236</sup> où elle soulève la question du droit qui lui est applicable<sup>1237</sup>.

**869.** L'action directe consiste ici en une action intentée par la victime contre l'assureur du responsable en raison de l'obligation de couvrir le risque contracté par ce dernier. C'est la loi applicable au contrat d'assurance, source des obligations de l'assureur qui paraît s'imposer pour savoir si l'action directe est admise ou pas. Mais la prévisibilité et l'unité de cette solution au profit de l'assureur, qui n'est tenu à réparation qu'en raison du contrat d'assurance, subissent la concurrence de la loi applicable à la responsabilité puisque c'est le droit à réparation de la victime qui fonde l'action directe. Quelle est ainsi la loi applicable, la loi du contrat d'assurance ou la loi applicable à la responsabilité de l'assureur ? Le droit malgache n'apporte pas de réponses, mais nous serons tentés de dire que peu importe la loi applicable, il s'agit d'une action normale, conséquence de la souscription d'assurance. De ce fait, son admission devrait être acquise une fois qu'elle est admise par l'une ou l'autre des lois. En d'autres termes, le principe de l'action directe devrait être admis lorsqu'elle est prévue par l'une ou l'autre de ces deux lois : la loi du contrat d'assurance ou la loi de la responsabilité<sup>1238</sup>.

---

<sup>1235</sup> Article 30 de l'ordonnance n°62-041.

<sup>1236</sup> V. S. LEMAIRE, « L'assureur dans le procès international », *RGDA* 2010 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 2014, n° 12- 29.295, *D.* 2015. 1056, obs. H. G.- T.

<sup>1237</sup> Quant à la compétence internationale, l'alignement de la situation de la victime exerçant l'action directe contre l'assureur du responsable sur la situation des autres parties faibles est conditionné à l'admission de cette action par la loi qui lui est applicable.

<sup>1238</sup> Par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 2 oct. 1984, n° 83- 15.175, *Bull. civ.* I, n° 244.

**870.** À titre comparatif, le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles tranche lui-même la question en admettant la possibilité pour la victime d'exercer l'action directe « si la loi applicable à l'obligation non contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit »<sup>1239</sup>. La faveur à la victime a guidé la solution. La Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>1240</sup> admet également l'action directe au profit des personnes lésées si l'une des lois désignées leur reconnaît ce droit. Cette loi est en principe celle applicable à la responsabilité extracontractuelle ou, à défaut, la loi du lieu où l'accident est survenu<sup>1241</sup>.

**871.** Dans les domaines pour lesquels l'action directe n'est pas réglée par une convention internationale ou le droit de l'Union européenne, la solution résulte d'une jurisprudence ancienne qui soumet l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable à la loi du lieu du dommage<sup>1242</sup>. Tel que le prévoit l'alinéa 2 de l'article 30 de l'ordonnance n° 62-041 en disposant que : « en matière d'obligations délictuelles et quasi délictuelles, la loi du lieu du délit ou quasi-délit est seule applicable ». Toutefois, si la loi applicable n'admet pas l'action directe, celle-ci est toujours possible si elle est reconnue par la loi applicable au contrat

**872.** En droit français, cette position, d'abord adoptée à propos de la responsabilité délictuelle, a été étendue à la responsabilité contractuelle<sup>1243</sup>, découplant potentiellement la loi applicable à l'admission de l'action directe de celle qui régit le rapport d'où naît le droit à réparation de la victime. Critiquable<sup>1244</sup>, cette solution a été abandonnée au profit d'un alignement sur celle posée par le règlement Rome II. Désormais, l'action directe sera possible

---

<sup>1239</sup> Article 18 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juill. 2007; CJUE 9 sept. 2015, C-240/14, *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 77, note M.-E. Ancel; *Europe* 2015, n° 11, p. 30, obs. V. Michel. Sur l'hésitation quant au domaine exact couvert par ce texte, v. O. Boskovic, Rép. communautaire, v° Loi applicable aux obligations non contractuelles (matière civile et commerciale), 2010, n° 124-125.

<sup>1240</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, n° 13-11.932, *JDI* 2014, comm. 15, note C. Latil; *RTD eur.* 2015. 348-18, obs. P. Dalmazir, B. Pascale; *RGDA* 2014. 340, note J. Landel; *JCP* 2014, n° 1183, note S. Corneloup; *Gaz. Pal.* 2014, n° 222-224, p. 20, note M. Ehrenfeld; *LPA* 2014, n° 185, p. 8, note M.-C. Lasserre; *D.* 2015. 1062, obs. H. G.-T. En la matière, l'existence d'une action directe dans le droit des États membres est imposée par l'article 18 de la directive n° 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil (lequel fait l'objet d'une proposition de réforme sans incidence sur le droit d'action directe, v. COM(2018) 336 final).

<sup>1241</sup> Article 9, §1 et 2.

<sup>1242</sup> Com. 18 oct. 1994, n° 92-19.070, *Bull. civ.* IV, n° 292, *JDI* 1995. 143, obs. A. Huet; 5 avr. 2011, n° 09-16.484, *Rev. crit. DIP* 2011. 864, note S. Corneloup.

<sup>1243</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 2000, n° 98-15.546.

<sup>1244</sup> V. note crit. V. Heuzé sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RGDA* 2015. 499 n° 14-22.794; B. Haftel sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, n° 14-22.794, *RDC* 2016. 71, spéc. 72.

« si la loi applicable à l'obligation contractuelle ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit »<sup>1245</sup>. Là encore cependant, la loi applicable à la possibilité de l'action directe pourra différer de celle qui en fixe le régime.

## **B- La loi applicable à la subrogation légale**

**873.** La question qui se pose est de savoir si l'assureur qui a indemnisé son assuré peut bénéficier de la subrogation dans les droits que détient ce dernier à l'encontre du responsable ou de son assureur. La réponse dépend, pour l'admission de la subrogation légale<sup>1246</sup>, de la loi de l'institution dans le cadre de laquelle la subrogation est intervenue<sup>1247</sup>. L'action subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable ou son assureur dépend de la loi du contrat d'assurance, quant à son admission et sa portée. Cette solution a été retenue aussi bien par la Convention de Rome<sup>1248</sup> que, désormais, par le règlement Rome I<sup>1249</sup>, le dernier texte prenant soin de distinguer la subrogation légale de la subrogation conventionnelle<sup>1250</sup>. Une articulation peut s'avérer nécessaire entre les règles de désignation de loi applicable à la responsabilité délictuelle et les règles déterminant la loi applicable au contrat d'assurance, dans l'hypothèse d'une action récursoire entre assureurs<sup>1251</sup>. Doit également être distingué le cas du

---

<sup>1245</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, n° 14- 22.794, *RGDA* 2015. 499, note V. Heuzé ; *JCP* 2015, n° 991, obs. F. Mailhé, n° 1163, note V. Heuzé ; *RJ com.* 2015. 593, obs. P. Berlioz ; *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 77, obs. M.- E. Ancel ; *RDC* 2016. 71, note B. Haftel, p. 132, obs. A. Tenenbaum ; *RCA* 2015. Étude 12, note N. Ciron ; *Rev. crit. DIP* 2016. 119, note S. Corneloup.

<sup>1246</sup> V. sur la loi applicable à l'assiette du recours, Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, n° 13- 21.468, *RGDA* 2016. 406, note J. Landel ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 298- 300, p. 39, note D. Tapinos ; *JCP* 2015, n° 820, obs. F. Mailhé ; *RCA* 2015, n° 10, p. 21, obs. H. Groutel ; *Rev. crit. DIP* 2016. 119, note S. Corneloup ; Civ. 2<sup>e</sup>, 4 févr. 2016, n° 14- 24.568, *RGDA* 2015. 171, note J. Landel.

<sup>1247</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1970, *JDI* 1970. 923, note G. de Geouffre de la Pradelle ; *Rev. crit. DIP* 1970. 688, note P. Lagarde ; 24 sept. 2014, n° 13- 21.339, *LPA* 2014, n° 216, p. 5, note D. Archer ; *RGDA* 2014. 558, note J. Landel ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 341- 343, p. 17, note M. Ehrenfeld ; *D.* 2015. 1062, note H. G.- T. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 15 févr. 2015, n° 13- 20.194, *RGDA* 2015. 199, note J. Landel ; 10 sept. 2015, n° 14- 13.799, *Rev. crit. DIP* 2016. 119, note S. Corneloup ; V. sur les difficultés liées à la subrogation légale, hors relation administrative contractuelle, d'une caisse étrangère de sécurité sociale dans le cadre d'un litige relatif à la responsabilité, CE 8 juin 2011, n° 309.607, *RFDA* 2011. 1029, concl. D. Botteghi.

<sup>1248</sup> Article 13 ; v. par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, n° 07- 21.639, *Gaz. Pal.* 3 févr. 2010, n° 34, p. 17, obs. R. Carayol ; *Rev. crit. DIP* 2009. 518, note O. Boskovic. Le recours subrogatoire concernant les assureurs est exclu du domaine de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière ( Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1992, n° 90- 18.863, *Bull. civ. I*, n° 205).

<sup>1249</sup> Article 15 du règlement Rome I. Intitulé « subrogation légale », cet article distingue nettement la règle de conflit de lois applicable de celle régissant la subrogation conventionnelle ( article 14), réglant ainsi une question laissée en suspens par la rédaction de la Convention de Rome.

<sup>1250</sup> La question de la subrogation conventionnelle est également importante, notamment lorsque l'assureur a indemnisé un sinistre à titre commercial. Sur la subrogation conventionnelle, v. A. GRUBER, « Les règles de conflit de lois applicables à la subrogation de l'assureur », *DMF* 2009. 3 s., spéc. p. 12.

<sup>1251</sup> CJUE 21 janv. 2016, Ergo, C- 359/ 14 et C- 475/ 14, *Europe* 2016, n° 3, p. 63, obs. L. Idot ; *JDI* 2017. 1489, obs. S. Sánchez Lorenzo : la loi applicable aux obligations délictuelles des assureurs répartit la dette de

droit d'un fonds de garantie, présenté comme résultant de l'exercice d'un droit propre et non subrogatoire, agissant contre l'assureur du responsable en paiement de certaines sommes<sup>1252</sup>.

## **Section 2 : Les contrats de transport**

**874.** Lorsqu'on évoque le droit du commerce international, les contrats de transport notamment ceux des marchandises occupent une place de choix. C'est l'un des contrats les plus importants du commerce international. Il est l'un des premiers contrats internationaux à avoir intéressé le droit international. Ce qui a eu comme conséquence, la recherche très tôt de la sécurité juridique, de la prévisibilité des règles ainsi que de leur efficacité. Celle-ci a été longtemps la préoccupation des acteurs du secteur. Cette recherche a permis de se rendre compte de l'utilité des conventions internationales portant droit uniforme. Comme l'internationalité suit en quelque sorte physiquement le déplacement dans les États d'expédition, de remise, de livraison, sans oublier tous les territoires le cas échéant traversés, il a paru important de trouver des règles qui faciliteraient cet échange. Du transport ferroviaire de marchandises, dont l'ambition d'uniformisation remonte à la fin du XIXe siècle avec la Convention de Berne adoptée en 1890, jusqu'aux récentes « Règles de Rotterdam » en matière de transport maritime, le recours aux conventions internationales de droit matériel uniforme des transports s'est maintenu et développé. Cette ambition d'uniformisation implique les organisations professionnelles et les organisations internationales spécialisées.

**875.** L'élaboration de ces conventions traduit l'attachement ancien et persistant des États à la simplification du transport international en assurant à ses acteurs, par l'uniformisation matérielle, une plus grande prévisibilité du régime juridique applicable.

**876.** L'uniformisation matérielle n'est toutefois pas une œuvre d'ensemble : elle s'est affirmée sectorielle. Ce n'est pas à l'uniformisation du droit matériel des contrats de transport en général que les États ont procédé, mais à l'édification d'un régime plus ou moins complet pour chaque type de transport international. L'ancienneté des premières conventions a conduit à une forte imprégnation des solutions acquises par les conventions internationales plus récentes. Des similitudes existent entre ces différentes conventions quant au régime de conclusion du contrat de transport, à l'importance des documents et de leurs mentions, ou quant

---

dommages- intérêts ; la loi applicable aux contrats d'assurance détermine la possibilité du recours subrogatoire entre assureurs.

<sup>1252</sup> V. Civ. 2e, 29 juin 2017, n° 19- 13.924, *RCA* oct. 2017, comm. 258, obs. H. Groutel ; *RGDA* 2017. 635, note critique G. Parleani.

au régime et aux limitations de responsabilité du transporteur. Chaque mode de transport obéit néanmoins à sa propre réglementation uniforme. Cette uniformisation sectorielle offre de multiples avantages, dont le moindre n'est pas l'adaptation des règles aux particularités de chaque mode de transport. Elle conduit en retour à multiplier les sources, obligeant à éclairer leurs rapports lorsque les modes de transport se combinent pour une même opération. L'œuvre conventionnelle internationale accroît ainsi la fragmentation des sources lorsque le transport en cause circule autour du globe, tel le transport maritime ou aérien, alors que le nombre d'États parties à ces conventions est parfois réduit. À cela s'ajoute le fait que la succession des conventions et de leurs révisions n'aboutit pas toujours à l'homogénéité de la liste des États contractants. C'est le cas en matière maritime.

**877.** Les principaux contrats de transport en matière du commerce international touchant Madagascar étant le transport maritime et le transport aérien. Nous allons nous borner à n'évoquer que ces deux catégories de contrat. Ce d'autant, plus que les autres conventions telles que la COTIF par exemple ne sont pas ratifiées par Madagascar. Mais aussi et surtout, c'est le transport maritime qui est le moyen de transport le plus utilisé pour le commerce international des marchandises. 90 % des marchandises transportées dans le monde le sont par voie maritime. Ce mode de transport international assure à lui seul l'acheminement de près de 50 % du commerce extérieur. Il est suivi de loin par le transport aérien. Ainsi nous allons dans un premier temps citer les conventions de droit uniforme relatives aux contrats de transport maritime et aérien (§1) et dans un second temps analyser les règles applicables en matière de ces deux types de contrats (§2).

### **§1 : Les conventions internationales portant règles matérielles**

Les conventions internationales qui portent droit matériel uniforme existent pour les deux modes de transport : maritime (A) et aérien (B).

#### **A- Les conventions portant sur le transport maritime**

On verra successivement les conventions relatives au transport de marchandises (1) ainsi que celles relatives au transport de passagers (2).

##### **1- Les conventions relatives au transport de marchandises**

**878.** Les États ont été très tôt conscients de l'intérêt du développement du commerce maritime des marchandises, ce que traduit l'ancienneté du phénomène des conventions internationales de droit uniforme en la matière.

L'importance économique et l'ampleur du commerce maritime mondial ont fait très tôt de la recherche d'une unification des règles juridiques applicables une impérieuse nécessité<sup>1253</sup>. Afin de rendre prévisible le droit régissant le transport, que ce soit pour les parties à l'opération de transport que pour leurs assureurs, le choix a été fait d'écarter l'unification des règles de conflit de lois au profit d'une unification des règles matérielles<sup>1254</sup>. Les principales conventions relatives au transport maritime de marchandises sont : la Convention de Bruxelles (a), la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (b) et la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (c).

#### **a- Les « Règles de La Haye » et les « Règles Visby-La Haye »**

Le connaissement a été le premier élément du transport maritime de marchandises touché par la volonté d'unification des règles matérielles. Le connaissement selon le Code maritime « un titre écrit qui, délivré par le transporteur ou son représentant, fait foi du chargement de la marchandise et la représente »<sup>1255</sup>. Comme celui-ci représente les marchandises et sert de preuve pour leur transport, il n'est pas étonnant que les acteurs du commerce international s'y soient vite intéressés. L'International Law association a commencé à élaborer les règles de La Haye en 1922 suivies des règles de Londres en 1923, sur le transport sous connaissement. Mais ce droit savant n'a pas immédiatement convaincu grand nombre d'États. Le Comité maritime international a décidé par conséquent de prendre le relais. Le processus a abouti à l'adoption de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement dénommées « Règles de La Haye »<sup>1256</sup>.

**879.** Les « Règles de La Haye » ont fait l'objet d'une première modification par le Protocole du 23 février 1968 par les « Règles de Visby » ou « Règles de La Haye- Visby ». L'objet principal des règles de La Haye- Visby a été d'augmenter le plafond des réparations exigibles du transporteur.

**880.** La succession des conventions internationales introduit toutefois une complexité supplémentaire, tous les États liés par les Règles de La Haye n'étant pas tenus par celles de La

---

<sup>1253</sup> V. O. CACHARD, « La nouvelle *Lex maritima*. À propos de la résurgence d'une source en droit maritime », in *Mélanges B. Ancel, Iprolex- Lextenso*, 2018, p. 335.

<sup>1254</sup> Sur ce choix, v. R. RODIERE, « Les tendances contemporaines du droit privé maritime international », *RCADI*, vol. 135 (1972), p. 337 s.

<sup>1255</sup> Article 11.2.01 du Code maritime.

<sup>1256</sup> Modifiée par les Protocoles du 23 février 1968 et du 21 décembre 1979.

Haye- Visby. En effet, seuls un peu plus de trente États sont encore liés par le Protocole de 1968. Les règles de La Haye de 1924 régissent toujours les connaissements émis dans les États liés par ce texte<sup>1257</sup> et qui n'ont pas jugé bon de souscrire aux règles de La Haye- Visby.

**881.** Les Règles de La Haye- Visby s'appliquent au connaissement relatif à un transport maritime international de marchandises<sup>1258</sup>. L'internationalité est caractérisée lorsque le transport s'effectue entre « ports relevant de deux États différents », contractants ou non. L'application des Règles dépend soit d'un lien entre le connaissement ou le transport et un État contractant, soit de la stipulation d'une clause Paramount<sup>1259</sup>. Selon l'article 10 de la Convention de Bruxelles révisée<sup>1260</sup>, ses dispositions s'appliquent lorsque « le connaissement est émis dans un État contractant » ou lorsque le « transport a lieu au départ d'un port d'un État contractant »<sup>1261</sup> ou, enfin, lorsque « le connaissement prévoit que les dispositions de la [...] Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat ». La Convention non révisée ne prévoit en revanche son application qu'au connaissement « créé dans un des États contractants »<sup>1262</sup>. La soumission volontaire du contrat à cette Convention par les parties n'affecte pas le degré d'impérativité de ses dispositions. Les parties ne peuvent écarter les prescriptions de la Convention auxquelles, si elle était applicable de plein droit, « il ne saurait être dérogé à peine de nullité ». Dans ces trois circonstances, la nationalité du navire, du transporteur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée est indifférente. La définition du domaine des Règles de La Haye- Visby n'est toutefois qu'un plancher, les États contractants étant libres d'appliquer ces dispositions à d'autres connaissements<sup>1263</sup>.

#### **b- Les « Règles de Hambourg »**

**882.** La fragmentation des sources a été encore renforcée par l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> novembre 1992, de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par

---

<sup>1257</sup> Article 10 des Règles de La Haye. Ce qui peut conduire à l'application des Règles de La Haye originales par les tribunaux français, Com. 8 mars 2011, n° 09- 70.550, *DMF* 2011. 727, note C. Bloch ; *RGDA* 2011. 840, note F. Turgné.

<sup>1258</sup> Toutes les marchandises ne relèvent pas de la Convention. Ainsi, la Convention exclut de la qualification de marchandises, et de son domaine d'application, les « animaux vivants et (...) la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée » ( article 1 c).

<sup>1259</sup> Pour une formule illustrative : R. MATHIEU, « La clause Paramount dans les contrats maritimes », *RD transp.* oct. 2013, form. 4.

<sup>1260</sup> Par l'article 5 du Protocole du 23 févr. 1968.

<sup>1261</sup> Illustrant la présence des deux rattachements : Com. 16 oct. 2012, n° 11- 13.658, Procédures 2012, n° 12, p. 14, obs. R. Perrot ; *DMF* 2013. 744, note C. Bloch.

<sup>1262</sup> Article 10 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924.

<sup>1263</sup> Article 5.3 des Règles de La Haye- Visby.

mer, adoptée le 31 mars 1978 et qui contient les Règles dites « de Hambourg ». L'adoption des Règles de Hambourg a été justifiée par la volonté des États en voie de développement tel que Madagascar, d'introduire un régime du transport maritime plus conforme à leurs besoins en tant qu'États d'établissement des chargeurs<sup>1264</sup>. Ces États adressaient aux règles en vigueur le grief d'avantager trop fortement les armateurs, relevant des pays développés. Cette convention ne lie encore qu'un peu plus d'une trentaine d'États.

**883.** Les Règles de Hambourg ne se substituent pas aux Règles de La Haye ou de La Haye- Visby. Elles constituent une autre source à laquelle puiser la réglementation du contrat de transport maritime, selon le domaine et les États liés par chacune d'elles.

**884.** En relativement peu de temps, le contrat de transport maritime fait ainsi l'objet, sur le seul plan du droit conventionnel uniforme de trois régimes : les « Règles de La Haye », les « Règles de Visby » et « les Règles de Hambourg ».

### c- Les « Règles de Rotterdam »

**885.** Face au faible succès des « Règles de Hambourg » et au vieillissement des « Règles de La Haye », notamment en raison du développement du transport multimodal permis par l'utilisation généralisée des conteneurs, la CNUDCI a poursuivi l'effort d'unification et d'uniformisation du droit matériel maritime. En concertation avec le Comité maritime international, les négociations ont conduit à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations unies, le 11 décembre 2008, de la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer<sup>1265</sup>.

**886.** Cette Convention, appelée « Règles de Rotterdam », poursuit trois objectifs principaux : équilibrer les intérêts des chargeurs et des armateurs ; être « une alternative moderne aux conventions antérieures », en intégrant, par exemple, la conteneurisation ou les documents électroniques ; concilier les traditions de droit civil et de *Common Law*, ces dernières étant très dominantes en la matière<sup>1266</sup>. Son entrée en vigueur est soumise à vingt ratifications.

---

<sup>1264</sup> Lors de la IIIe session, tenue en avril 1969 à Genève, de la Commission maritime au sein de la Commission des Nations unies sur le commerce et le développement et lors de la XXIVe session de l'assemblée générale de la CNUDCI.

<sup>1265</sup> L. FEDI, « Présentation de la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer », *RD transp.* juill. 2009. 15 ; J.- B. RACINE, « Le projet de Convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », *RDC* 2007. 1261.

<sup>1266</sup> V. Ph. DELEBECQUE, « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : “ a civil law perspective ” », *DMF* 2009. 335.

La Convention a été signée par vingt- cinq États. Cependant, l'objectif louable d'unification recherché n'a pas permis à la Convention d'échapper aux critiques, formulées souvent dès le stade des négociations<sup>1267</sup>. La Convention a été ratifiée par Madagascar le 25 septembre 2009.

## **2- Les conventions relatives au transport de passagers**

**887.** La Convention d'Athènes du 13 décembre 1974 relative au transport maritime de passagers et de leurs bagages a été prévue pour rassembler et harmoniser les stipulations de deux précédentes Conventions adoptées à Bruxelles en 1961 et 1967. Elle a pour objectif d'établir un régime uniforme de responsabilité du transporteur maritime ainsi que d'assurance obligatoire, au profit des passagers victimes d'un préjudice causé par un événement maritime au cours du transport.

**888.** Cette Convention a fait l'objet d'un premier protocole modificatif imposant l'usage du droit de tirage spécial en 1976 et d'un deuxième Protocole qui a pour objet de la remplacer, mais qui toutefois a gardé le même nom. Le Protocole a été pris pour pallier le faible succès et le vieillissement de certaines solutions de la Convention, celui-ci a été adopté le 1<sup>er</sup> novembre 2002<sup>1268</sup>. Il est adopté dans le cadre de l'Organisation maritime internationale (OMI), et a pour but d'édicter un régime de responsabilité objective du transporteur, d'imposer l'assurance obligatoire, de relever le plafond d'indemnisation et d'instaurer un droit d'action directe des passagers victimes contre l'assureur du transporteur. Le 19 octobre 2006, l'OMI, a adopté une réserve et des lignes directrices pour l'application de la Convention d'Athènes de 2002, afin de régler certaines questions particulières telles que l'indemnisation en cas d'acte de terrorisme.

### **B- Les conventions internationales sur le transport aérien**

**889.** La réglementation du transport aérien international fait également l'objet de règles matérielles posées par des conventions de droit uniforme. Ces conventions visent à unifier notamment les règles relatives aux documents de transport et à la responsabilité du transporteur. Même si cette unification tend à réduire sensiblement de l'emprise du conflit de lois, elles ne sont pas pour autant parvenues à l'éliminer entièrement.

Il y a principalement deux conventions internationales de droit matériel en la matière. On a la Convention de Varsovie qui pour objet l'unification de certaines règles relatives au

---

<sup>1267</sup> Y. TASSEL , « Projet CNUDCI : une double critique de fond » , *DMF* 2004. 1.

<sup>1268</sup> P. GRIGGS , « Le Protocole d'Athènes » , *DMF* 2002. 291 ; P. BONASSIES, « Le Protocole à la Convention d'Athènes de 1974 sur le transport de passagers » , *DMF hors série* n ° 7, 2003. 7.

transport aérien international adoptée le 12 octobre 1929<sup>1269</sup>. La Convention a été modifiée et complétée à de nombreuses reprises<sup>1270</sup>. Ensuite, on a la Convention de Montréal<sup>1271</sup> adoptée le 28 mai 1999, qui a le même objet, mais qui tend à amplifier l'uniformisation. La Convention de Montréal a gardé le même intitulé que la Convention de Varsovie qu'elle a vocation à remplacer. Outre la volonté de renforcer l'uniformisation, son adoption a été justifiée par une recherche essentiellement d'un équilibre satisfaisant entre les intérêts des consommateurs passagers et des opérateurs du transport aérien. Cependant, tant que l'ensemble des États parties à la Convention de Varsovie n'aura pas ratifié la Convention de Montréal, l'un ou l'autre de ces textes sera applicable selon les dispositions qui délimitent leur domaine d'application respectif.

**890.** Sous réserve de quelques exclusions<sup>1272</sup>, les Conventions de Varsovie, modifiée par le protocole de La Haye, et de Montréal s'appliquent au transport aérien international de personnes, de bagages ou de marchandises. Peu importe que le transport soit effectué à titre onéreux ou à titre gratuit. Mais, lorsque le transport est effectué à titre gratuit, pour que les Conventions s'appliquent, il faut que le transport soit assuré par une entreprise de transport aérien<sup>1273</sup>. Les Conventions s'appliquent également à certains transports réalisés par une personne autre que le transporteur contractuel<sup>1274</sup> ainsi qu'à la partie aérienne d'un transport intermodal.

**891.** L'internationalité du transport conditionne l'application des dispositions de ces Conventions, mais n'interdit pas d'y soumettre le transport qui n'est pas international au sens des Conventions. Elle en délimite le domaine à la fois sur le plan matériel et spatial. Est international le transport, même le transport unique exécuté par plusieurs transporteurs successifs, dans lequel, d'après les stipulations des parties, le point de départ et le point de destination sont situés sur le territoire de deux États parties. Il en va de même lorsqu'ils sont

---

<sup>1269</sup> Décret du 12 déc. 1932, JO 27 déc. 1932, p. 13350.

<sup>1270</sup> Les modifications ont été introduites par les actes suivants : le Protocole de La Haye du 28 sept. 1955 ; une série de protocoles additionnels, « Protocole n° 1 » et « Protocole n° 2 » conclus à Montréal le 25 sept. 1975 ; le « Protocole n° 3 » n'est pas encore entré en vigueur. Par ailleurs, la Convention complémentaire de Guadalajara du 18 sept. 1961 règle la question du transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel.

<sup>1271</sup> Ph. DELEBECQUE, « La convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international ou le nouveau droit du transport aérien », *JDI* 2005. 263.

<sup>1272</sup> Il s'agit notamment de l'exclusion du transport effectué dans des circonstances extraordinaires.

<sup>1273</sup> Les Conventions s'appliquent aux transports effectués par l'État et les autres personnes de droit public.

<sup>1274</sup> Convention de Guadalajara de 1961.

situés sur le territoire d'un seul État partie à condition qu'une escale soit prévue sur le territoire d'un autre État, même non- partie à la Convention. Ne relèvent pas de ces Conventions les transports purement internes ni les transports dont le point de départ ou le point de destination ne sont pas situés sur le territoire d'un État partie. Par ailleurs, dès lors que les États liés par la Convention de Varsovie ne le sont pas tous encore par la Convention de Montréal, le transport peut être international au sens de la première et non de la seconde.

## **§2 : Les règles applicables aux contrats de transport maritime et aérien**

**892.** Même si l'application des conventions de droit uniforme n'écarte pas nécessairement le recours à un droit national, à l'heure actuelle, la détermination du droit qui régit le contrat international de transport consiste principalement à la vérification de l'applicabilité d'une convention internationale portant droit uniforme. Le droit national entre en compte notamment lorsque le contrat se trouve hors du domaine d'application d'une convention de droit uniforme. La recherche de la loi applicable en matière de transport se fait de deux façons : d'abord au regard des règles de conflit (A) ensuite au regard des règles matérielles prévues par les conventions de droit uniforme(B).

### **A- Les règles de conflit**

**893.** Comme on l'a dit, nonobstant le fait que la réglementation des contrats de transport internationaux a de nombreuses sources, les conventions de droit uniforme en constituent l'élément majeur. Les conventions de droit uniforme sont caractérisées par une forte réticence au recours au droit étatique. Elles le font de manière assez exceptionnelle.

**894.** Le droit national a vocation à jouer particulièrement en trois hypothèses : lorsque le contrat n'entre dans le domaine matériel d'aucune convention internationale ; lorsque le jeu des critères d'applicabilité spatiale de celles- ci conduit à les écarter ou lorsque la question litigieuse échappe à la convention internationale applicable au contrat. Dans ces cas, le droit applicable devra être désigné conformément aux règles de conflit de lois relatives au contrat de transport. Le domaine de la méthode conflictuelle n'est toutefois pas cantonné hors des frontières des conventions de droit uniforme. La désignation d'un droit national est parfois

rendue nécessaire même lorsque le contrat de transport est couvert par une convention uniforme<sup>1275</sup>.

**895.** Les Conventions de droit uniforme désignent un droit national comme applicable au contrat international de transport de trois manières. Premièrement, la convention de droit uniforme prévoit elle-même que la référence qu'elle opère au droit national d'un État inclut les règles de conflit de lois du *for* saisi. Cette référence expresse à la loi du juge saisi est rare et est totalement absente du transport maritime et aérien<sup>1276</sup>. Deuxièmement, les conventions peuvent se révéler silencieuses à l'égard d'une question, sans pour autant prévoir le renvoi à un droit national pour la trancher. Ce silence a bien évidemment comme conséquence la nécessité de combler les lacunes. Ces lacunes ne pouvant pas être comblées par les Conventions qui sont elles-mêmes silencieuses le sont par le droit national<sup>1277</sup>. Et troisièmement, la même nécessité du recours à un droit national se présente au cas où surgit de difficultés sérieuses d'interprétation de la convention internationale. En effet, à défaut d'interprétation uniforme délivrée par un organe juridictionnel unique et s'imposant aux États parties, une convention internationale de droit uniforme peut donner lieu à des interprétations nationales divergentes. Ce qui a comme effet, le besoin de déterminer le droit national au sein duquel l'interprétation doit être faite.

**896.** Le premier cas d'intervention d'un droit national ne soulève de contestation ni à propos de la légitimité du jeu conflictuel ni à celui de la détermination de la règle de conflit pertinente puisque celle-ci est réglée par la convention uniforme elle-même. Mais dans les deux derniers cas, les difficultés peuvent surgir en ce sens que même en admettant le recours à un droit national, position dont le bien-fondé est contesté, la nécessité logique de puiser l'interprétation dans le droit d'un État partie à la convention internationale en cause devrait conduire à écarter les règles de conflit usuelles en matière de contrats internationaux qui pourraient désigner le droit d'un État non partie. Des règles spécifiques s'avéreraient dans ce cas nécessaires<sup>1278</sup>.

---

<sup>1275</sup> Sur la nécessité de déterminer le droit national applicable en présence d'une convention internationale portant droit uniforme, v. V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010.

<sup>1276</sup> Elle existe en matière ferroviaire.

<sup>1277</sup> En ce sens, v. par exemple, Com. 8 mars 2011, n° 09- 70.550 et 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08- 14.203, *DMF* 2010. 19, rapp. A. Potocki, p. 28, note M. Bernie, hors série juin 2010, p. 51, 74 et 77, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 2010. 456, obs. Ph. Delebecque ; 30 juin 2009, n° 08- 15.026; T. com. Havre, 23 janv. 2015, *DMF* 2015. 807, note S. Sana- Chaillé de Néré.

<sup>1278</sup> Sur l'ensemble de la question, v. V. ESPINASSOUS , *op.cit.*

**897.** Prévoir des règles de conflit qui tendent à désigner un droit national dans les conventions internationales de droit uniforme relatives aux contrats de transport est ainsi rare, mais pas impossible. Le plus souvent, ces conventions prévoient l'application d'un droit étatique pour régir certaines questions ponctuelles, en indiquant souvent l'élément de rattachement permettant cette désignation. La désignation, générale ou ponctuelle, d'un droit étatique ou de ses règles touche chaque mode de transport, mais les conventions en matière de transport maritime et aérien n'opèrent que ponctuellement la désignation d'un tel droit, ce qui obligerait le juge saisi à combler les lacunes des textes internationaux.

**898.** En matière de transport maritime, les Règles de La Haye-Visby ne contiennent aucune désignation du droit étatique applicable de manière subsidiaire au transport sous connaissement. Ce n'est que de manière ponctuelle qu'est prévue l'intervention d'un droit national<sup>1279</sup>. Le silence des Règles conduira le juge à rechercher la loi applicable<sup>1280</sup> au contrat de transport de marchandises<sup>1281</sup>.

**899.** En matière de transport aérien, ni la Convention de Varsovie ni celle de Montréal ne contiennent de règle générale sur le recours à un droit étatique pour compléter leurs silences ou interpréter leurs règles. Seules certaines questions ponctuelles font l'objet d'une référence à un droit national<sup>1282</sup>. L'impérativité des solutions de la Convention de Montréal se manifeste par le refus de laisser aux parties la possibilité d'y déroger par des clauses du contrat de transport ou des conventions particulières au dommage désignant, notamment, la loi applicable<sup>1283</sup>.

---

<sup>1279</sup> V. par exemple, dans les Règles de La Haye-Visby, l'encadrement du délai de l'action récursoire ( article 1.3), la responsabilité pour dommage nucléaire ( article 4).

<sup>1280</sup> V. Com. 10 juill. 2012, n° 10- 17.325 ; 8 mars 2011, n° 09- 70.550; Com. 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08- 14.203, Comparer avec Com. 29 avr. 2002, n° 00- 11.113, *RTD com.* 2002. 599, obs. Ph. Delebecque ; *DMF* 2003. 377, note R. Achard ; *JCP E* 2003. 1382, note D. Mainguy.

<sup>1281</sup> V. Y. TASSEL, *Rép. internat.*, v° Transports maritimes, 2004.

<sup>1282</sup> Incidence de la faute de la victime sur la responsabilité du transporteur ( article 21 de la Convention de Varsovie, indemnité due par le transporteur versée sous forme de rente ( article 22.1), frais et dépens du procès ( article 22.4 de la Convention de Varsovie ; article 22. 6 de la Convention de Montréal), loi applicable à la procédure ( article 28. 2 de la Convention de Varsovie ; article 33. 4 de la Convention de Montréal ), délai de l'action en responsabilité ( article 29.2 de la Convention de Varsovie ; article 35.2 de la Convention de Montréal), soumission à la loi de la juridiction saisie des effets et de la procédure de l'appel en intervention entre transporteur de fait et transporteur contractuel ( Convention de Guadalajara, article VII ; article 45 de la Convention de Montréal) : ce texte ne soumet pas à la loi du *for* le délai de l'appel en intervention qui doit être puisé dans l'article 35 ( Com. 20 oct. 2009, n° 09- 10.317, *Bull. civ. IV*, n° 131, *RDC* 2010. 970, note J.- B. Racine ; *RFD aérien* 2009. 435).

<sup>1283</sup> Article 49 de la Convention de Montréal ; article 32 de la Convention de Varsovie .

## **B- Les dispositions matérielles**

**900.** Dans le cadre limité de cette thèse, nous allons nous focaliser principalement à aborder les règles matérielles prévues par les conventions uniformes relatives au transport international de marchandises, et ne parler que ponctuellement du transport de passagers. Aucune de ces conventions ne définit de manière précise ce qu'on entend par le contrat de transport<sup>1284</sup>. La plus récente définition en des termes assez large a été donnée par la Convention de Budapest, en ces termes, il s'agit de « tout contrat, quelle que soit sa dénomination, par lequel un transporteur s'engage contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par voies d'eau intérieures »<sup>1285</sup>. L'exigence du paiement n'est pas toujours incluse dans la description du contrat de transport<sup>1286</sup>. Quant au transporteur, il est fréquemment prévu qu'il pourra recourir à un transporteur substitué auquel les mêmes règles seront en principe applicables<sup>1287</sup>.

**901.** L'identification du contrat de transport de marchandises concerné constitue la condition principale de la mise en œuvre des dispositions matérielles des conventions de droit uniforme. Ces conventions régissent d'une part les modalités de conclusion du contrat ainsi que l'établissement des documents de transport (1) et d'autre part, le régime de son exécution (2).

### **1- La conclusion du contrat**

**902.** Les conventions de droit uniforme des transports réglementent en détail, non pas la conclusion du contrat de transport lui-même, mais les documents qui le constatent. C'est notamment leur fonction probatoire qui les rend essentiels.

**903.** Le principe est que le contrat de transport international est conclu *solo consensu*. Les conventions uniformes ne conditionnent pas sa conclusion à un quelconque formalisme. La rencontre des volontés est suffisante pour valider le contrat, conformément au principe du consensualisme.

---

<sup>1284</sup> Par exemple, la Convention de Bruxelles de 1924 prévoit que le « sens précis » du « contrat de transport » résulte du fait qu'il « s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou tout document similaire formant titre pour le transport de marchandises par mer [...] » ( article 1 a).

<sup>1285</sup> CMNI, article 1.1.

<sup>1286</sup> RU- CIV, article 6.1. Comparer avec les conventions qui mentionnent le caractère onéreux du transport, par exemple : RU- CIM, article 6.1 ; CMR, article 1.1, ; Conventions de Varsovie et de Montréal, article 1.1.

<sup>1287</sup> CMNI, article 4. 1.

**904.** Cependant, les règles relatives aux documents de transport occupent une place importante dans ces conventions. On l'a vu, c'est le connaissance qui a fait l'objet de premières conventions de droit uniforme. Ce qui témoigne de l'importance desdits documents. Essentiels, les documents de transport ne conditionnent pas pour autant la validité du contrat de transport international. L'absence de ces documents ne remet pas en cause la validité du contrat de transport, mais rend difficile la preuve de ce transport. Ils sont ainsi requis non *ad validitatem* mais plutôt *ad probationem*. À ce titre, les conventions encadrent les mentions du document qui constate le contrat de transport aérien (a) et maritime (b).

#### **a- Les documents servant de preuve au contrat de transport aérien**

**905.** En matière de la conclusion d'un contrat aérien international, la Convention de Montréal précise de manière spécifique qu'aucune de ses dispositions n'empêche la conclusion d'un contrat de transport<sup>1288</sup>. Mais lorsque le contrat est conclu, les documents sont dénommés de manière différente selon l'objet du transport.

**906.** Pour le transport de passager, la Convention de Varsovie prévoit l'émission d'un « billet de passage »<sup>1289</sup>, plus récemment nommé « titre de transport » par la Convention de Montréal<sup>1290</sup>. Pour le transport de marchandises, les deux Conventions retiennent l'expression « lettre de transport aérien »<sup>1291</sup>.

**907.** Non seulement, ces documents, comme on l'a vu, ne conditionnent nullement la validité du contrat<sup>1292</sup>, que ce soit en raison de leur présence ou en raison d'omission de certaines de leurs mentions,<sup>1293</sup> mais en plus la Convention de Montréal précise que le transporteur peut employer tout autre moyen<sup>1294</sup> pour communiquer les informations qui

---

<sup>1288</sup> Article 27 de la Convention de Montréal.

<sup>1289</sup> Article 3 de la Convention de Montréal

<sup>1290</sup> *Ibid.*

<sup>1291</sup> Article 5 de la Convention de Varsovie ; article 4 de la Convention de Montréal.

<sup>1292</sup> Transport de passager : article 3. 2 de la Convention de Varsovie ( et un bulletin de passage pour les bagages, article 4) ; article 3.5 de la Convention de Montréal ; Transport de marchandises : article 5.2 de la Convention de Varsovie; article 9 de la Convention de Montréal.

<sup>1293</sup> La Convention de Varsovie fait toutefois perdre au transporteur le bénéfice des limitations de responsabilité de son article 22.2, lorsqu'il embarque un passager, des bagages ou des marchandises en l'absence de document de transport ou lorsque certaines indications en sont omises (article 3.2 de la Convention de Varsovie, articles 4.2 et 9).

<sup>1294</sup> Article 3. 2, et article 4. 2.

doivent, à défaut, figurer dans ces documents<sup>1295</sup>. Mais dans tous les cas, ceux-ci remplissent une fonction probatoire : ils font foi de la conclusion et des conditions du contrat. D'ailleurs, cette fonction probatoire est précisée en détail dans les deux Conventions<sup>1296</sup> : la lettre de transport aérien établie par l'expéditeur de marchandises<sup>1297</sup> pour chaque colis distinct<sup>1298</sup> doit par exemple l'être en trois exemplaires au profit du transporteur, du destinataire et de l'expéditeur<sup>1299</sup>.

**908.** En matière de transport de marchandises, l'expéditeur a l'obligation de communiquer au transporteur les documents nécessaires aux formalités de douane, de police ou d'autres autorités publiques. Le transporteur n'a pas l'obligation d'en vérifier le caractère exact ou suffisant de ces documents<sup>1300</sup>. En cas de défaillance des documents, c'est l'expéditeur est responsable à l'égard du transporteur des dommages qui pourront en résulter, sauf en cas de faute de ce dernier<sup>1301</sup>.

**909.** Certaines exigences documentaires sont écartées lorsque le transport se déroule dans des « circonstances extraordinaires en dehors de toute opération normale de l'exploitation d'un transporteur »<sup>1302</sup>.

**910.** L'expéditeur est responsable à l'égard du transporteur des dommages que pourrait causer la défaillance des mentions de la lettre de transport aérien<sup>1303</sup>.

#### **b- Le document servant de preuve dans le contrat de transport maritime**

**911.** Comme en matière de transport aérien, aucun écrit n'est requis pour la validité du contrat de transport maritime. En revanche, un connaissement reste un document important quant à la preuve de transport de marchandises. Aux termes de l'article 11.2.01 du Code maritime, c'est « un titre écrit qui, délivré par le transporteur ou son représentant, fait foi du chargement de la marchandise et la représente ». À ce titre, c'est essentiellement le document

---

<sup>1295</sup> Des informations supplémentaires en matière de responsabilité sont posées par le règlement ( CE) n° 2027/ 97 du 9 octobre 1997 ( modifié par le règlement ( CE) n° 889/ 2002) relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en ce qui concerne le transport aérien de passagers et de leurs bagages.

<sup>1296</sup> Article 11. de la Convention de Varsovie et de la Convention de Montréal

<sup>1297</sup> Article 6.1 de la Convention de Varsovie ; article 7 de la Convention de Montréal.

<sup>1298</sup> Article 7 de la Convention de Varsovie.

<sup>1299</sup> Article 6. 2. de la Convention de Varsovie

<sup>1300</sup> Article. 16 de la Convention de Montréal ; article 16 de la Convention de Varsovie.

<sup>1301</sup> Article 16. de la Convention de Montréal

<sup>1302</sup> Article. 51. de la Convention de Montréal

<sup>1303</sup> Article 10 de la Convention de Varsovie ; article 10. de la Convention de Montréal.

qui prouve le transport des marchandises. Et son absence sans invalider le contrat peut être préjudiciable au chargeur. Par exemple, selon l'article 5.2.16 du Code maritime : « Les marchandises pour lesquelles il n'a pas été établi de connaissance ou de reçu du capitaine ne sont pas admises en avaries communes si elles sont sacrifiées ».

La Convention de Bruxelles non révisée prévoit les mentions qui doivent être contenues dans le connaissance<sup>1304</sup> dont certaines pourront ne pas être indiquées par le transporteur qui n'a pas eu les moyens d'en vérifier la réalité<sup>1305</sup>. Le connaissance doit décrire précisément les marchandises prises en charge ainsi que leur état. Cette description est essentielle puisque les marchandises sont présumées être reçues par le transporteur dans l'état où elles ont été décrites dans le connaissance<sup>1306</sup>. Il s'agit en principe d'une présomption simple. Mais la Convention de Bruxelles révisée a imposé le caractère irréfragable de la présomption « lorsque le connaissance a été transféré à un tiers porteur de bonne foi »<sup>1307</sup>.

**912.** L'établissement du connaissance est opéré, après réception et prise en charge des marchandises, par le transporteur<sup>1308</sup> et remis au chargeur. Le connaissance établi, après le chargement des marchandises est appelé « connaissance embarqué »<sup>1309</sup>.

**913.** Concernant les mentions dans le connaissance, le chargeur est responsable des dommages, pertes et dépenses supportés par le transporteur en raison de l'inexactitude des mentions<sup>1310</sup>.

## **2- L'exécution du contrat**

Les conventions de droit uniforme prévoient une réglementation détaillée concernant l'exécution du contrat de transport notamment en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur. On va voir successivement l'exécution du transport aérien (a) et l'exécution du transport maritime (b).

### **a- L'exécution du transport aérien**

#### **- Les droits et obligations des parties**

---

<sup>1304</sup> Article 3.3.

<sup>1305</sup> Article 3.3c).

<sup>1306</sup> Article 3. 4.

<sup>1307</sup> Article 3.4 de la Convention de Bruxelles révisée ; Com. 24 sept. 2003, n° 01- 13.829.

<sup>1308</sup> Article 3.3.

<sup>1309</sup> Article 3.7 de la Convention de Bruxelles non révisée.

<sup>1310</sup> Article 3. 5.

**914.** L'expéditeur a le droit de disposer de la marchandise à partir du moment où il exécute lui-même les obligations résultant du contrat de transport<sup>1311</sup>. Il peut ainsi retirer la marchandise à l'aéroport de départ ou de destination, en arrêter le transport lors d'un atterrissage, en demander le retour à l'aéroport de départ ou la livraison à un nouveau destinataire. Ce droit de disposition ne doit pas cependant porter préjudice ni au transporteur ni aux autres expéditeurs. Il ouvre droit au remboursement des frais exposés par le transporteur.

**915.** Le transporteur qui ne peut pas exécuter ces nouvelles instructions devra en aviser immédiatement l'expéditeur<sup>1312</sup>. Il devra en outre veiller à exiger la production de l'exemplaire de la lettre de transport ou du récépissé de la marchandise détenu par l'expéditeur, sous peine d'être responsable du préjudice éventuellement causé au possesseur régulier de ces documents<sup>1313</sup>. Le droit de disposition de l'expéditeur doit être articulé avec les droits du destinataire. Lorsque le transporteur n'a pas reçu d'instruction nouvelle affectant le destinataire initial, celui-ci peut demander au transporteur qui a acheminé la marchandise à destination<sup>1314</sup> de la lui livrer, contre paiement des créances et contre l'exécution des conditions de transport<sup>1315</sup>. Cette demande fait perdre le droit de disposition à l'expéditeur qui le retrouvera toutefois en cas de refus de la marchandise par le destinataire<sup>1316</sup>. L'exercice du droit de disposition n'affecte pas les rapports entre l'expéditeur et le destinataire<sup>1317</sup>.

**- La mise en œuvre de la responsabilité du transporteur**

**916. La présomption de responsabilité.** Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur ainsi que les conditions de la limitation de ses responsabilités, celle de ses préposés et des mandataires agissant dans le cadre de leurs fonctions sont précisées dans la Convention de Montréal<sup>1318</sup>. La Convention fixe un régime largement impératif. Mais c'est une impérativité conçue de manière unilatérale puisque la Convention de Montréal admet

---

<sup>1311</sup> Article 12. 1 Convention de Montréal ; article 12 de la Convention de Varsovie

<sup>1312</sup> Article 12.2.

<sup>1313</sup> Article 12.3.

<sup>1314</sup> Cette information doit être communiquée au destinataire par le transporteur sauf stipulation contraire ( article 13.2 de la Convention de Montréal ; article 13.3 de la Convention de Varsovie).

<sup>1315</sup> Article 13.1 ; article 13.1. de la Convention de Varsovie.

<sup>1316</sup> Article 12. 4.

<sup>1317</sup> Article 14.

<sup>1318</sup> Article 30 de la Convention ne régit pas le droit du transporteur d'exercer un recours contre les tiers.

la faculté pour le transporteur de renoncer à invoquer les moyens de défense qu'il peut tirer de ses dispositions<sup>1319</sup>.

**917.** La Convention de Montréal pose une présomption de responsabilité du transporteur aérien en cas de « destruction, perte ou avarie de la marchandise », lorsque la cause du dommage intervient durant le transport aérien<sup>1320</sup> ainsi qu'en cas de retard de livraison<sup>1321</sup>. La présomption signifie que la victime n'a plus à prouver la faute du transporteur, elle a seulement à apporter la preuve de l'existence du dommage et celle de sa survenance pendant le transport.

**918.** Concernant la preuve de l'existence du dommage, la réception des marchandises sans protestation par le destinataire fait présumer, sauf preuve contraire<sup>1322</sup>, leur livraison en bon état conformément à la lettre de transport<sup>1323</sup>. La protestation doit être adressée immédiatement au transporteur et au plus tard dans les quatorze jours à dater de la réception de la marchandise, ou en cas de retard, dans les vingt et un jours après la date prévue de mise à disposition<sup>1324</sup>.

**919.** Concernant la preuve de la survenance du dommage pendant le transport aérien, il est important de signaler que cette notion englobe toute la période pendant laquelle la marchandise est sous la garde du transporteur<sup>1325</sup>. En revanche en est exclu le transport non aérien réalisé en dehors d'un aéroport, sauf lorsqu'un « transport est effectué dans l'exécution du contrat de transport aérien en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement »<sup>1326</sup>. De même, la présomption joue en cas de dommage causé par une substitution non contractuelle de mode de transport opéré par le transporteur aérien<sup>1327</sup>, sans le consentement de l'expéditeur.

**920.** L'action en dommages- intérêts exercée contre le transporteur de marchandise ne peut être exercée que dans les cas prévus par la Convention. Cette dernière exclut en

---

<sup>1319</sup> Article 27 de la Convention de Montréal.

<sup>1320</sup> Article 18.1 ; article 18 de la Convention de Varsovie. Le « droit commun » s'applique lorsque l'événement qui a causé le dommage ne s'est pas produit pendant le transport, Com. 13 mars 2007, n° 05- 21.400, *RD transp.* 2007, n° 4, p. 36, obs. I. Bon- Garcin, p. 29, obs. Ph. Delebecque ; *RDC* 2007. 1125, note G. Viney.

<sup>1321</sup> Article 19 ; article 19 de la Convention de Varsovie.

<sup>1322</sup> Com. 30 juin 2015, n° 13- 28.846, *RTD com.* 2015. 617, obs. Ph. Delebecque ; *JCP E* 2015, n° 41, p. 29, note I. Bon- Garcin ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 252, p. 20, obs. R. Carayol.

<sup>1323</sup> Article 31. 1.

<sup>1324</sup> Article 31. 2. Elle devra être adressée selon les modalités prévues à l'article 31. 3.

<sup>1325</sup> Article 18. 3 ; article 18. 2 de la Convention de Varsovie.

<sup>1326</sup> Article 18. 4 ; article 18.3. de la Convention de Varsovie

<sup>1327</sup> Article 18. 4.

particulier la possibilité d'obtenir des dommages- intérêts punitifs ou exemplaires ou des dommages à un autre titre que la réparation du dommage subi<sup>1328</sup>. Elle veille également à la possibilité pour la victime d'obtenir les sommes allouées en imposant au transporteur une obligation d'assurance<sup>1329</sup>.

**921. Les titulaires de l'action.** Qui peut agir contre le transporteur ou ses mandataires ? À cette question, la Convention de Montréal non seulement n'a pas apporté de réponses, mais en outre elle écarte expressément cette question du domaine des règles impératives qu'elle pose<sup>1330</sup>. Certaines règles visent cependant les droits que le destinataire<sup>1331</sup> ou celui-ci et l'expéditeur peuvent faire valoir contre le transporteur<sup>1332</sup>. Les tribunaux français ont adopté une position restrictive sous l'empire de la Convention de Varsovie quant aux titulaires du droit d'action : il ne bénéficie qu'aux parties au contrat de transport : expéditeur et destinataire figurant sur la lettre de transport<sup>1333</sup>. Cette solution, critiquée, exclut l'expéditeur et le destinataire réel, non mentionnés sur la lettre émise par le transporteur aérien, de l'exercice de l'action<sup>1334</sup>.

**922. Les défendeurs.** Concernant le défendeur à l'action, il peut s'agir du transporteur unique ou des transporteurs successifs. Le régime applicable aux transporteurs successifs est prévu par la Convention de Montréal<sup>1335</sup>. Chaque transporteur successif est censé être une partie au contrat de transport. La Convention de Montréal en matière de transport de marchandises permet à l'expéditeur d'agir contre le premier transporteur, et le destinataire contre le dernier. L'expéditeur et le destinataire peuvent agir contre le transporteur qui a effectué le transport durant lequel le dommage s'est produit. L'intérêt du régime des transporteurs successifs tient essentiellement à la responsabilité solidaire qui les lie envers l'expéditeur ou le destinataire.

---

<sup>1328</sup> Article 29.

<sup>1329</sup> Article 50.

<sup>1330</sup> Article 29.

<sup>1331</sup> Article 13. 3 ; article 13. 3 de la Convention de Varsovie.

<sup>1332</sup> Article 14 ; article 14. de la Convention de Varsovie.

<sup>1333</sup> V. pour le destinataire, Com. 7 juin 2005, n° 04- 11.353, JCP 2005. 2383, obs. C. Lefeuve.

<sup>1334</sup> V. pour des exemples, Paris, 6 avr. 2011, n° 09/ 28808 ; 30 oct. 2008, n° 05/ 22423.

<sup>1335</sup> Article 1.3 : « Le transport à exécuter par plusieurs transporteurs successifs est censé constituer pour l'application de la présente convention un transport unique lorsqu'il a été envisagé par les parties comme une seule opération, qu'il ait été conclu sous la forme d'un seul contrat ou d'une série de contrats, et il ne perd pas son caractère international par le fait qu'un seul contrat ou une série de contrats doivent être exécutés intégralement dans le territoire d'un même État ». Comparer avec l' article 30 de la Convention de Varsovie .

**923.** Le transporteur, partie au contrat de transport et dénommé « transporteur contractuel ». Ce transporteur recourt souvent de sa propre initiative à un autre transporteur pour effectuer tout ou partie du transport. Ce dernier est dénommé « transporteur de fait ». Le transport lui a été confié par le transporteur contractuel, mais non par le contrat initial conclu avec l'expéditeur. Les rapports contractuels entre le transporteur contractuel et le transporteur de fait ne relèvent de la Convention qu'à l'égard des aspects qu'elle règle expressément<sup>1336</sup>. Cette figure soulève la question de l'imputation de l'inexécution commise par l'un ou l'autre des transporteurs. La Convention de Montréal consacre un chapitre aux rapports entre le transporteur contractuel et le transporteur de fait et la victime de l'inexécution<sup>1337</sup>. Ces dispositions s'appliquent lorsque le transport contractuel relève de la Convention. Le principe posé soumet le transporteur de fait qui intervient dans le cadre d'un transport soumis à la Convention à ces mêmes règles, mais uniquement pour le transport qu'il effectue. Le transporteur contractuel est tenu pour la totalité du transport<sup>1338</sup>. Ce dernier supporte, avec le transporteur de fait, les actes et omissions que celui-ci commet<sup>1339</sup>. De même, le transporteur de fait est réputé avoir également commis les actes et omissions du transporteur contractuel. La responsabilité du transporteur de fait<sup>1340</sup> est cependant doublement limitée. Elle l'est d'abord selon les plafonds applicables au transporteur contractuel. En effet, il ne peut être tenu plus sévèrement que le transporteur contractuel que s'il y a expressément consenti<sup>1341</sup>. Sa responsabilité est ensuite limitée par le rejet du cumul de réparation. Ce rejet empêche que l'indemnité due par le transporteur de fait dépasse l'indemnité la plus élevée qui peut être mise à la charge du transporteur contractuel<sup>1342</sup>.

**924.** Aucune clause contractuelle ne permet au transporteur contractuel ou de fait de s'exonérer de leur responsabilité ou d'abaisser le plafond de responsabilité<sup>1343</sup>. À l'exception de l'exercice du droit de disposition de la marchandise, les notifications des ordres et protestations peuvent être adressées au transporteur contractuel ou de fait et produisent les

---

<sup>1336</sup> Article 48.

<sup>1337</sup> Chapitre V, article 39 à 48.

<sup>1338</sup> Article 40.

<sup>1339</sup> Article 41. 1.

<sup>1340</sup> Il en va de même de ses préposés et mandataires agissant dans l'exercice de leurs fonctions ( article 43 de la Convention de Montréal).

<sup>1341</sup> Article 41.2.

<sup>1342</sup> Article 44. Cette solution est prévue « sous réserve qu'aucune des personnes mentionnées dans le présent article ne puisse être tenue pour responsable au-delà de la limite applicable à cette personne ».

<sup>1343</sup> Article 47.

mêmes effets<sup>1344</sup>. La coexistence d'un transporteur contractuel et d'un transporteur de fait permet d'intenter l'action en responsabilité, au choix du demandeur, contre l'un ou l'autre ou contre les deux conjointement ou séparément<sup>1345</sup>. Cette action ouvre deux chefs de compétence supplémentaires : le *for* du tribunal du domicile du transporteur de fait ou du siège principal de son exploitation.

**925. Les délais.** La recevabilité de l'action contre le transporteur est tout d'abord conditionnée par les délais de protestation du destinataire qui suivent la réception de la marchandise en cas d'avarie ou de retard. Sauf en cas de fraude de la part du transporteur, à défaut de protestation dans les délais, toutes les actions sont irrecevables, sauf en cas de fraude du transporteur<sup>1346</sup>. En revanche, la Convention ne prévoit aucune protestation nécessaire en cas de perte de la marchandise. En outre, l'action en responsabilité doit être intentée dans le délai de deux ans, calculé selon la loi du tribunal saisi, à compter de l'un des événements suivants : l'arrivée à destination du transport, le jour où l'aéronef aurait dû arriver ou le jour de l'arrêt du transport<sup>1347</sup>.

**926. Le plafond d'indemnisation.** À l'égard du transport de marchandises, la limite de responsabilité du transporteur, qui concerne aussi ses préposés et mandataires<sup>1348</sup>, est fixée, à compter du 30 décembre 2009, à la somme de 19 DTS par kilogramme<sup>1349</sup>. Ce plafond, qui n'inclut pas les dépens et autres frais du procès<sup>1350</sup>, peut être franchi en présence d'une déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par l'expéditeur<sup>1351</sup> : la somme déclarée constituera le nouveau plafond, sauf si le transporteur prouve qu'elle est supérieure à « l'intérêt réel de l'expéditeur à la livraison ». En outre, le plafond est d'une impérativité sélective : la Convention

---

<sup>1344</sup> Article 42.

<sup>1345</sup> Article 45. L'action intentée contre l'un deux permet à l'autre de l'appeler en intervention devant le tribunal saisi, les effets de l'intervention étant soumis à la loi de ce tribunal.

<sup>1346</sup> Article 31 ; article 26. 4 de la Convention de Varsovie.

<sup>1347</sup> Article 35 de la Convention de Montréal ; article 29 de la Convention de Varsovie.

<sup>1348</sup> Article 30. Selon ce texte, ceux-ci peuvent invoquer les conditions et limites prévues par la Convention s'ils prouvent avoir agi dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, la somme des réparations dues par le transporteur, les proposés et mandataires ne peut pas non plus dépasser le plafond.

<sup>1349</sup> Article 22. 3 ; L'article 22.4, règle les modalités de calcul du poids pris en compte, alors que l'article 23 prévoit celles de conversion des unités monétaires en monnaie nationale. Comparer avec l'article 22 de la Convention de Varsovie ( 17 DTS).

<sup>1350</sup> Article 22. 6, il en va autrement, selon le même texte : « lorsque le montant de l'indemnité allouée, non compris les dépens et autres frais de procès, ne dépasse pas la somme que le transporteur a offerte par écrit au demandeur dans un délai de six mois à dater du fait qui a causé le dommage ou avant l'introduction de l'instance si celle-ci est postérieure à ce délai ». Comparer avec l'article 22.4 de la Convention de Varsovie.

<sup>1351</sup> Article 22. 3. L'expéditeur pourra être tenu d'acquitter une somme supplémentaire.

de Montréal admet la fixation contractuelle de limites plus élevées<sup>1352</sup>, voire la suppression pure et simple du plafond<sup>1353</sup>. En revanche, l'abaissement conventionnel du plafond est interdit<sup>1354</sup>. La limitation de responsabilité est écartée en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du transporteur aérien<sup>1355</sup>.

**927. L'exonération.** Chacune des présomptions énoncées précédemment peut être écartée selon des modalités propres qui sont toutes impératives<sup>1356</sup>. En cas de dommage : destruction, perte ou avarie causé à la marchandise, la présomption sera écartée si le transporteur établit que ce dommage résulte d'un ou de plusieurs faits énumérés dans l'article 18.2 de la Convention<sup>1357</sup>. En cas de dommage causé par un retard, le transporteur se trouve exonéré lorsqu'il apporte la preuve qu'il a pris « toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement s'imposer pour éviter le dommage » ou lorsqu'il apporte la preuve qu'il lui était impossible de prendre de telles mesures<sup>1358</sup>. L'exonération peut enfin résulter de la faute de la victime<sup>1359</sup>.

## **b- L'exécution du contrat de transport maritime**

### **- Le connaissance**

---

<sup>1352</sup> Point que le contrat d'assurance souscrit par le transporteur peut affecter, Com. 13 oct. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 254, n° 90- 22.099.

<sup>1353</sup> Article 25.

<sup>1354</sup> Article 26 intitulé « Nullité des dispositions contractuelles » ; article 23 de la Convention de Varsovie.

<sup>1355</sup> Article 22. 5 ; article 25 de la Convention de Varsovie ; Com. 17 mai 2011, 10- 21.527, *RD transp.* 2011, n° 10, p. 37, obs. Ph. Delebecque ; 21 mars 2006, n° 04- 19.246, *RTD com.* 2006. 519, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 2006. 1131, note M. Mekki ; *JCP E* 2006. 1480, note I. Bon- Garcin. Elle est également écartée, selon les articles 8 et 9 de la Convention de Varsovie, en cas de non- respect des mentions obligatoires de la lettre de transport aérien, Com. 5 févr. 2008, *RD transp.* 2008, n° 6, p. 29. La Convention de Montréal maintient au contraire l'application des règles de limitation de responsabilité en cas de non- respect de ces mentions obligatoires ( article 9).

<sup>1356</sup> Article 26 qui sanctionne de nullité les clauses « tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité » ; article 23 de la Convention de Varsovie ; Com. 17 févr. 2009, n° 08- 14.188, *Gaz. Pal.* 2010, n° 34- 35, p. 20, obs. R. Carayol ; *RDC* 2009. 1377, note O. Deshayes ; *RD transp.* 2009, n° 7, p. 56, obs. C. Paulin ; *D.* 2009. 1308, note Ph. Delebecque.

<sup>1357</sup> Pour la liste, v. article 18.2.

<sup>1358</sup> Article 19 dont l'application évince l'article 1148 du code civil français ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2013, n° 09- 72.962, *D.* 2013. 766, *RD transp.* 2013, n° 2, p. 37, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 2013, n° 530, note C. Paulin. Il en va de même des mesures prises par ses préposés et mandataires. Comparer avec les termes de l'article 20 de la Convention de Varsovie.

<sup>1359</sup> Article 20 ; Comparer avec l'article 21 de la Convention de Varsovie.

**928.** C'est le connaissement qui se trouve au cœur de l'unification en matière de transport maritime. En effet, La Convention de Bruxelles de 1924 n'a pas eu pour objet l'unification des règles applicables à l'ensemble des contrats de transport maritime. Elle veut l'unification des règles des contrats faisant l'objet d'un connaissement<sup>1360</sup>. Mais vu l'usage généralisé du connaissement dans le secteur, cette restriction n'a pas de véritable incidence par rapport aux contrats concernés. La plupart des contrats de transport maritime de marchandises se font par le biais du connaissement.

**929.** Force est pourtant de constater que ladite convention ne définit pas cette notion de connaissement<sup>1361</sup>. Le Code maritime malgache<sup>1362</sup> explique ce qu'on entend par connaissement notamment embarqué, mais ne donne pas de véritable définition avec toutes les précisions que cela implique. Seul le contrat de transport est évoqué par la Convention qui se borne à le décrire par rapport au connaissement dans deux situations distinctes : le connaissement constatant un contrat de transport et celui émis en vertu d'une charte-partie.

**930.** Dans le premier cas, le connaissement consiste en un titre pour le transport des marchandises par mer <sup>1363</sup>. Il est rédigé par le transporteur, généralement dans le cadre d'une exploitation d'une ligne maritime régulière. Le connaissement va constater le transport des marchandises pour les acheminer vers l'un des ports desservis par le navire. Le chargeur garde sa liberté d'adhérer ou non aux conditions du contrat de transport offertes par le transporteur, mais dans la majorité des cas les chargeurs adhèrent.

**931.** Dans le deuxième cas, le connaissement est émis en vertu d'une charte-partie<sup>1364</sup>. La charte-partie consiste en un contrat entre un fréteur et un affréteur pour un voyage

---

<sup>1360</sup> A l'exclusion de la cargaison transportée en pontée conformément au contrat de transport. Lorsque le transport en pontée est opéré sans l'accord du chargeur, la Convention de Bruxelles demeure applicable, Com. 29 avr. 2002, n° 00- 11.113; 7 juill. 1998, n° 96- 15.724, *Bull. civ. IV*, n° 222.

<sup>1361</sup> À comparer avec les définitions en termes proches formulées par l'article L. 5422-1) du Code des transports français selon lequel « le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Ce contrat de transport s'applique depuis la prise en charge jusqu'à la livraison » et par l'article 1- 6 des « Règles de Hambourg » aux termes duquel : « tout contrat par lequel le transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un port à un autre [...] ».

<sup>1362</sup> Aux termes de l'article 11.2.01 du Code maritime : « Définition de " connaissement embarqué ". Le contrat de transport sous connaissement est le contrat de transport par mer de marchandises quelconques constaté par un connaissement dit " connaissement embarqué ". Celui-ci est un titre écrit qui, délivré par le transporteur ou son représentant, fait foi du chargement de la marchandise et la représente ».

<sup>1363</sup> Convention de Bruxelles, article 1 b).

<sup>1364</sup> Selon l'article 11.3.01 : « Le contrat de transport sous charte-partie est réalisé au moyen de l'affrètement ou du sous-affrètement d'un navire ou d'une partie de navire. Le chargeur et le transporteur sont

déterminé. L'affrètement n'est pas un contrat de transport<sup>1365</sup>, il vise à permettre à l'affréteur de disposer d'un navire, ou d'une capacité de chargement, dont la fourniture incombe au fréteur. En réalité, l'affrètement constitue seulement une autre modalité de réalisation d'un transport. Le navire affrété va servir souvent à transporter des marchandises. Lorsque l'affréteur transporte les marchandises d'un tiers, le connaissement en tant que titre de transport de marchandises reprend sa place<sup>1366</sup>. Dans ce cas, un connaissement sera émis afin de permettre au porteur de faire la preuve de ses droits sur la marchandise<sup>1367</sup>. C'est pour cette raison que la Convention de Bruxelles s'applique également au « connaissement émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissement »<sup>1368</sup>, alors même qu'elle ne régit pas le contrat d'affrètement lui-même, ni en conséquence la charte-partie qui le constate.

#### - Les droits et obligations des parties

**932. Les obligations du transporteur.** L'obligation première du transporteur est antérieure au transport lui-même et concerne l'état du navire. Le transporteur doit exercer une diligence raisonnable afin de s'assurer que le navire est à même d'accomplir le transport. L'obligation de « *due diligence* » porte sur les points suivants : mettre le navire en état de navigabilité, l'armer, l'équiper et l'approvisionner convenablement, et le mettre en état de recevoir, transporter et conserver la marchandise<sup>1369</sup>. Cette obligation de *due diligence* est importante en ce sens qu'elle permet de mesurer la responsabilité du transporteur<sup>1370</sup>. En effet, le transporteur n'est pas responsable des pertes et dommages liés à l'état d'innavigabilité, que lorsque cet état est imputable à un défaut de « *due diligence* » portant sur les points énumérés

---

libres de fixer par leurs conventions l'étendue de leurs obligations respectives et de leur responsabilité contractuelle ».

<sup>1365</sup> Le Code maritime dans son article 9.4.01. dispose : « Par un contrat d'affrètement, le fréteur s'engage à mettre un navire à la disposition d'un affréteur, moyennant le paiement d'un fret. Il en est trois variétés : l'affrètement coque nue, l'affrètement à temps, l'affrètement au voyage ».

<sup>1366</sup> L'affréteur étant réputé « transporteur » par la Convention de Bruxelles ( article 1a).

<sup>1367</sup> Com. 10 juill. 2012, n° 11- 20.166, *DMF* 2012. 821, obs. P. Bonassies.

<sup>1368</sup> Article 1 b) et 5. 2 ; comparer avec la solution similaire du Code des transports français dans son article L. 5422- 2, 2°.

<sup>1369</sup> Article 3.1 qui précise les obligations relatives au caractère approprié des équipements du navire.

<sup>1370</sup> Sauf stipulation contraire de la Convention de Bruxelles, le transporteur ne peut être conventionnellement exonéré de sa responsabilité ou en limiter le montant pour les pertes ou dommages résultant du manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3 ( article 3. 8 ; Com. 19 mars 2002, n° 99- 21.177).

par la Convention. Le transporteur devra prouver la mise en œuvre de la diligence raisonnable qui lui incombe<sup>1371</sup>.

**933.** Ensuite, à la demande du chargeur, le transporteur est tenu de délivrer un connaissement « embarqué » à celui-ci.<sup>1372</sup> Il doit procéder à différentes opérations du départ à l'arrivée : le chargement, l'arrimage, la garde, le désarrimage et le déchargement des marchandises, ainsi bien entendu que leur transport de « façon appropriée et soignée »<sup>1373</sup>. Le contrat de transport prend fin en principe au moment de la livraison<sup>1374</sup>.

**934. Les obligations du chargeur.** L'obligation principale du chargeur est bien évidemment le paiement du fret. Viennent ensuite les obligations qui touchent d'abord à l'exactitude de la description de la marchandise qu'il présente au transporteur afin d'établir le connaissement. Le chargeur est réputé garantir au transporteur, lors du chargement, l'exactitude d'un certain nombre de mentions relatives à la marchandise et supportera les dommages subis par le transporteur qui seraient imputables à leur inexactitude<sup>1375</sup>. Sa responsabilité est engagée à l'égard du transporteur en cas de dommages résultant de la description inexacte des marchandises<sup>1376</sup>.

- **La mise en œuvre de la responsabilité du transporteur**

---

<sup>1371</sup> Article 4.1.

<sup>1372</sup> Article 3. 3.

<sup>1373</sup> Article 4. 2.

<sup>1374</sup> Com. 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08- 14.203 ; sur l'incidence du déchargement sur le jeu de la Convention de Bruxelles, v. Com. 2 févr. 1999, n° 96- 14.771.

<sup>1375</sup> Article 3.5. Les mentions sont les suivantes : « l'exactitude des marques, du nombre, de la quantité et du poids » tels qu'ils sont fournis par le chargeur.

<sup>1376</sup> Article 3. 5.

**935.** Les règles les plus importantes et les plus détaillées de la Convention de Bruxelles concernent la responsabilité du transporteur<sup>1377</sup>. Il est en principe responsable pour les pertes et dommages qui affectent la marchandise<sup>1378</sup> et survenus durant le transport<sup>1379</sup>.

**936. Les titulaires de l'action.** L'action en responsabilité est ouverte à tout intéressé justifiant d'un préjudice. Il s'agit en général du chargeur ou du destinataire indiqué au connaissement. Mais il peut s'agir également du transporteur initial qui a confié à un transporteur substitué la partie maritime du transport. Dans ce cas, le transporteur initial est considéré comme le chargeur au regard du transport maritime et bénéficie du droit d'action contre le transporteur<sup>1380</sup>.

**937. Les délais.** L'action en responsabilité dirigée contre le transporteur<sup>1381</sup> ou le navire est enfermée dans le bref délai de prescription d'un an à compter de la délivrance<sup>1382</sup> de la marchandise ou de la date à laquelle elle aurait dû être opérée<sup>1383</sup>. Ce bref délai peut être invoqué même par le transporteur auteur d'un dol<sup>1384</sup>. Au-delà, le transporteur et le navire sont déchargés de toute responsabilité. Ce délai est le même selon la Convention de Bruxelles,

---

<sup>1377</sup>La Convention de Bruxelles révisée soumet aux mêmes solutions le sort du préposé du transporteur contre lequel est dirigée l'action en responsabilité ( article 4 bis. 2 à 4).

<sup>1378</sup> La constatation de ces pertes et dommages lors de la délivrance de la marchandise revêt à cet égard une importance fondamentale. Un avis de pertes ou dommages doit être donné par écrit au transporteur au plus tard au moment de l'enlèvement des marchandises. À défaut, l'enlèvement fait naître une présomption réfragable de délivrance conforme aux indications descriptives de la marchandise contenue au connaissement, sauf preuve contraire ; sur la preuve contraire rapportée par l'ayant droit de la marchandise, v. Com. 8 mars 2011, n° 09-70.550. V. aussi : Com. 1er déc. 2009, n° 08- 14.203. Toutefois, un délai de trois jours est accordé lorsque les dommages ne sont pas apparents, Com. 4 mars 2003, n° 01- 02.276. Le constat des pertes ou dommages peut être opéré contradictoirement lors de la réception de la marchandise. Sur ces questions, v. article 3.6 ; sur l'absence de délivrance en raison de la destruction de la marchandise consécutive à un contrôle sanitaire, v. Com. 6 juin 2018, n° 17- 13.854, *RTD com.* 2018. 767, obs. B. Bouloc ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 29, p. 31, obs. R. Carayol ; DMF 2019, hors- série, p. 79, obs. Ph. Delebecque ; et sur renvoi, Montpellier 26 mars 2019, n° 17- 24851, *DMF* 2019. 439, obs. G. Piette ; *RTD com.* 2019. 475, obs. B. Bouloc.

<sup>1379</sup> Com. 4 mars 2014, n° 13- 11.007 et 13- 11.008, *DMF* 2014. 525, note M.- N. Raynaud.

<sup>1380</sup> Com. 19 déc. 2000, n° 98- 12.726, *RGDA* 2001. 134, note P. Latron.

<sup>1381</sup> V. sur l'absence de qualité de transporteur, Com. 20 janv. 2009, n° 07- 16.919, *DMF* 2009. 234, note P. Bonassies.

<sup>1382</sup> Ou, le cas échéant, de la dernière livraison, Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146, *DMF* 2012. 632, obs. crit. P. Bonassies ; *RDC* 2013. 217, note J.- B. Racine ; *RD transp.* 2012, n° 2, p. 27, obs. M. Nedendé ; *JDI* 2012. 1323, note C. Legros.

<sup>1383</sup> Le délai ne court pas en cas de rétention des marchandises par le transporteur qui ne peut être assimilé à une perte totale de celle- ci, Com. 2 mars 1999, n° 97- 12.577, *DMF* 2000. 245, note Ph. Delebecque ; V. également en cas de contamination, Aix- en- Provence, 4 avr. 2019, n° 16/ 15189, *DMF* 2019. 509, obs. J. Bonnaud.

<sup>1384</sup> Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146.

révisée ou non<sup>1385</sup>. Toutefois, la Convention révisée reconnaît aux parties la possibilité de proroger le délai d'un an à condition que leur accord intervienne après l'événement qui a donné lieu à l'action.

**938. Le plafond d'indemnisation.** La Convention de Bruxelles révisée impose une limitation de responsabilité au profit du transporteur et du navire<sup>1386</sup>. La responsabilité pour perte ou dommage ne pourra dépasser une somme calculée en fonction du poids des marchandises perdues ou endommagées<sup>1387</sup>. La valeur de la marchandise est fixée en fonction de données de référence au lieu et au jour de déchargement prévu au contrat<sup>1388</sup>.

**939.** La Convention de Bruxelles prévoit deux aménagements possibles à cette limitation de responsabilité, laquelle peut également disparaître en raison du comportement du transporteur. Le premier aménagement dépend de la volonté unilatérale du chargeur qui peut effectuer une déclaration de la nature et de la valeur de la marchandise, insérée dans le connaissement, avant son embarquement. Cette déclaration permettra d'augmenter le plafond de responsabilité à hauteur de la valeur déclarée. Ce n'est qu'une présomption que le transporteur pourra combattre en rapportant la preuve contraire<sup>1389</sup>. L'autre aménagement est conventionnel : le transporteur et le chargeur pourront substituer un plafond supérieur à celui prévu par la Convention de Bruxelles<sup>1390</sup>. En revanche, la limitation de responsabilité disparaît lorsque le dommage est causé de manière intentionnelle par le transporteur ou en conséquence

---

<sup>1385</sup> Article 3.6. Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146.

<sup>1386</sup> Sur le système de limitation de responsabilité retenu par la Convention de Bruxelles non révisée, v. son article 4. 5.

<sup>1387</sup> Dans la Convention de Bruxelles non révisée, il s'agit de 100 livres sterling par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie » ( article 4. 5). Dans la Convention de Bruxelles révisée, il s'agit de « 10 000 francs par colis ou unité, ou 30 francs par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable » ( article 4.5). À ces montants exprimés en franc, ont été substitués les chiffres de « 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme » au sein du Protocole modificatif du 21 décembre 1979 ( article 5.4 de la Convention de Bruxelles révisée et modifiée ; l'unité de compte est le DTS) qui détaille le calcul.

<sup>1388</sup> Article 4.5b de la Convention de Bruxelles révisée ; La valeur de référence est fixée selon le cours de bourse, ou à défaut, le prix courant de marché ou, à défaut, la valeur usuelle de la marchandise de même nature, Com. 8 janv. 2008, n° 06- 17.623, *DMF* 2008. 445, note Y. Tassel.

<sup>1389</sup> Article 4.5 de la Convention non révisée et 4.5a) et f) de la Convention révisée.

<sup>1390</sup> Article 4.5 de la Convention non révisée et 4.5 a) et f) de la Convention révisée.

d'une action ou omission adoptée « téméraisement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement »<sup>1391</sup>.

**940.** Le bénéfice des exonérations ou des limitations de responsabilité est reconnu au transporteur dès lors que les marchandises ayant subi les pertes ou les dommages font l'objet d'un contrat de transport. Dans ce cas, la Convention de Bruxelles révisée élimine toute distinction selon le fondement de l'action en responsabilité : le transporteur est protégé de manière égale en cas d'action en responsabilité délictuelle ou contractuelle<sup>1392</sup>.

**941. La présomption d'absence de faute.** La responsabilité du transporteur est fortement encadrée et limitée.

D'une part, la convention écarte la responsabilité du transporteur dans différentes hypothèses : lorsque les pertes ou dommages résultent de l'état d'innavigabilité du navire alors que celui-ci n'a pas manqué à son obligation de « *due diligence* »<sup>1393</sup> ; lorsque le chargeur « fait sciemment une fausse déclaration » de la nature ou de la valeur des marchandises<sup>1394</sup> ; en cas de déroutement justifié par une tentative de sauvetage ou en cas de « déroutement raisonnable »<sup>1395</sup>.

**942.** D'autre part, l'article 4.2, de la Convention de Bruxelles de 1924 dresse une liste des nombreuses circonstances dont la survenance écarte la responsabilité du transporteur. On les appelle les cas exceptés. Ce sont des circonstances en présence desquelles, on reconnaît au transporteur une présomption d'absence de faute. La charge de la preuve de faute est ainsi renversée, et il va appartenir à celui qui allègue la faute du transporteur d'en apporter la preuve. D'une manière générale, le transporteur n'est pas responsable des pertes ou dommages résultant « de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur »<sup>1396</sup>.

---

<sup>1391</sup> Article 4.5, e) de la Convention révisée ; Com. 19 oct. 2010, n° 09- 68.425, *DMF* 2011. 155, note S. Miribel ; 7 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 521, obs. Ph. Delebecque ; 14 mai 2002, n° 99- 17.761, *DMF* 2002. 620, note Ph. Delebecque ; *JCP E* 2003. 1382, obs. D. Mainguy.

<sup>1392</sup> Convention de Bruxelles révisée, article 4 bis. 1 ; Sur la règle de source interne de l'article 55 du décret n° 66- 1078 du 31 déc. 1966 ( codifiée à l'article R. 5421- 1 du C. des transports) ; Com 3 déc. 2013, n° 12- 22.093, *DMF* 2014. 38, note P. Gaël.

<sup>1393</sup> Article 4. 1.

<sup>1394</sup> Convention de Bruxelles révisée, article 4. 5, h) ; Article 4.5 de la Convention non révisée.

<sup>1395</sup> Article 4. 4.

<sup>1396</sup> Article 4. 2, q) ; Com. 4 janv. 2005, n° 03- 16.237.

**943.** Les seize autres cas exceptés écartant la responsabilité du transporteur ou du navire sont très variés et concernent les dommages résultant ou provenant : « a) Des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire<sup>1397</sup> ; b) D'un incendie, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur<sup>1398</sup> ; c) Des périls, dangers ou accidents de la mer<sup>1399</sup> ou d'autres eaux navigables<sup>1400</sup> ; d) D'un « acte de Dieu » ; e) De faits de guerre ; f) Du fait d'ennemis publics ; g) D'un arrêt ou contrainte de prince<sup>1401</sup>, autorités ou peuple, ou d'une saisie judiciaire ; h) D'une restriction de quarantaine ; i) D'un acte ou d'une omission du chargeur<sup>1402</sup> ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant ; j) De grèves ou lock-outs ou d'arrêts ou entraves apportées au travail, pour quelque cause que ce soit, partiellement ou complètement ; k) D'émeutes ou de troubles civils ; l) D'un sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer ; m) De la freinte<sup>1403</sup> en volume ou en poids ou de tout autre perte ou dommage résultant de vice caché, nature spéciale ou vice propre de la marchandise<sup>1404</sup> ; n) D'une insuffisance d'emballage<sup>1405</sup> ; o) D'une insuffisance ou imperfection de marques ; p) De vices cachés échappant à une diligence raisonnable » .

---

<sup>1397</sup> Com. 28 juin 2011, n° 10- 16.318, *RD transp.* 2011, n° 10, p. 33 ; *DMF* 2011. 820, note P.- Y. Nicolas ; 30 mars 2010, n° 09- 11.397, *RD transp.* 2010, n° 5, p. 26, obs. M. Ndendé ; *DMF* 2010. 414, note I. Corbier ; *JCP E* 2010, n° 37, p. 20, obs. C. Legros ; Rouen, 19 avr. 2012, *DMF* 2012. 740, obs. A. Montas ; Com. 9 juill. 2013, n° 12- 18.504, *DMF* 2014. 73 ; *RD transp.* 2013, n° 4, p. 37, note M. Ddendé ; 17 déc. 2013, n° 12- 28.226, *RD transp.* 2014, comm. 4, obs. M. Ndendé ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 50, p. 12, note C. Paulin ; *DMF* 2014. 256, note S. Miribel ; 17 févr. 2015, n° 13- 25.662, *D.* 2015. 565 ; *DMF* 2015. 537, note A. Lemarié, F. Preux ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 70, p. 22, obs. R. Carayol ; Paris, 9 mars 2017, *BTL* 2017. 190 ; Basse- Terre 23 mai 2016, *DMF* 2016. 727, obs. C. Humann.

<sup>1398</sup> Com. 10 juill. 2012, n° 11- 20.166 ; 16 janv. 2019, n° 17- 20.510, *DMF* 2019. 220, obs. J. Ha Ngoc.

<sup>1399</sup> Com. 25 juin 1991, n° 89- 21.801, *Bull. civ.* IV, n° 242.

<sup>1400</sup> V. pour l'exclusion de ce cas « excepté » à raison d'un dommage résultant d'une mise en pontée sans l'accord du chargeur, Com. 18 mars 2008, n° 07- 11.777, *DMF* 2008. 538, note Y. Tassel.

<sup>1401</sup> Com. 25 févr. 2004, n° 01- 14.053 pour le cas d'un transbordement nécessaire et accepté par le chargeur ; Rouen, 21 juin 2018, n° 17/ 00526, *DMF* 2019. 226, obs. M. Follin et hors- série 2019. 78, obs. Ph. Delebecque.

<sup>1402</sup> Com. 3 mai 2006, n° 04- 20.857 ; 16 janv. 2019, n° 17- 17.314, *DMF* 2019. 339, obs. A. Montas et hors- série p. 76, obs. Ph. Delebecque.

<sup>1403</sup> Sur le caractère normal d'une freinte de route de 0.71 %, v. sentence n° 1186 du 29 sept. 2011 de la ch. arb. de Paris, *DMF* 2013. 746.

<sup>1404</sup> Sur les conditions d'invocation du vice propre de la marchandise, v. Cour suprême de Grande- Bretagne, 8 déc. 2018, *Volcafe*, *Gazette CAMP*, n° 49, *DMF* 2019. 148, obs. P. Bonassies et hors- série 2019. 75, obs. Ph. Delebecque.

<sup>1405</sup> Com. 5 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 78, n° 94- 14.627.

**944.** Pour ces cas exceptés, le transporteur qui invoque l'une des causes d'éviction de sa responsabilité devra prouver que la perte ou le dommage trouve son origine dans la survenance de cet événement<sup>1406</sup>.

### **Section 3 : Les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle**

**945.** Conscient de la place que la propriété intellectuelle occupe dans le commerce international, le législateur malgache a récemment adopté un nouveau texte : la loi n°2017-049 portant régime de protection de la propriété industrielle à Madagascar. Quoique la propriété intellectuelle s'entende de la propriété industrielle et des propriétés littéraires et artistiques, on ne va pas ici s'attarder à distinguer les deux notions. Ce sont les contrats internationaux qui portent sur eux qui nous intéressent. Par conséquent, nous allons indifféremment utiliser le terme de propriété intellectuelle tout au long de cette section. D'une manière générale, les contrats qui portent sur des droits de propriété intellectuelle ont pour objet l'attribution, l'exploitation ou le transfert de tels droits. Ils concernent notamment des brevets, des marques, des dessins et modèles, des droits d'auteur et des droits voisins... Ces contrats qualifiés souvent de contrats d'exploitation<sup>1407</sup> sont très présents dans le cadre du commerce international. Ils permettent de transférer des connaissances, des techniques et des technologies protégées à ceux qui ne disposent pas des moyens de les développer ou qui souhaitent les mettre en œuvre. Du point de vue du cessionnaire, il n'est pas toujours bénéfique de développer soi-même une technologie. À bien des égards, exploiter en licence coûte moins cher que de tenter de développer une technologie similaire concurrente au prix de lourds investissements sans gage de réussite. Pour les mêmes raisons, un pays en voie de développement est souvent intéressé à acquérir une technologie qu'il ne peut développer faute de compétence, de moyens financiers ou de temps. Par-là, le système de la propriété intellectuelle permet aux pays avancés de consolider leur avance économique et technologique, donc concurrentielle, dans une économie de la connaissance. Du point de vue du titulaire de la propriété intellectuelle, ces contrats lui permettent d'en confier à un tiers l'exploitation. En effet, le titulaire n'est pas toujours à même de mener seul une exploitation, *a fortiori* à l'international.

Quelle loi applique-t-on (§1) aux différents types de ces contrats (§2) ?

---

<sup>1406</sup> Par exemple, Com. 20 janv. 1998, n° 95- 20.705, *DMF* 1998. 583, obs. Ph. Delebeque.

<sup>1407</sup> V. notamment, M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, GLN- Joly, 1995.

## §1 : La typologie des contrats

On va distinguer les contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle à proprement parler (A) aux contrats voisins ayant pour objet un simple savoir-faire (B).

### A- Les contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle

Ils peuvent être rangés en trois catégories de contrats : les contrats de cession (1), les contrats de licence (2) et les contrats de non-opposition (3).

#### 1- Les contrats de cession

**946.** Les contrats de cession ont pour objet la transmission pure et simple de la propriété d'un droit de propriété intellectuelle. Peuvent faire l'objet de cession : le brevet<sup>1408</sup>, les marques<sup>1409</sup>, le droit d'auteur<sup>1410</sup>... Les contrats de cession peuvent se manifester sous diverses formes : l'apport en société en pleine propriété, l'échange, la donation, lorsqu'ils portent sur un droit de propriété intellectuelle, équivalent aux contrats de cession en ce sens qu'il emporte le transfert de propriété des droits en question. Les droits nationaux de propriété intellectuelle impriment parfois un certain formalisme à la cession. Celle-ci peut, en outre, être à titre gratuit ou onéreux, totale ou partielle, selon qu'elle porte sur tous les territoires, sur tous les attributs du droit, ou seulement sur certains d'entre eux. Elle peut être exclusive ou non exclusive.

#### 2- Les contrats de licence

**947.** Ils consistent dans la mise à disposition de tout ou partie d'un droit de propriété intellectuelle à un licencié contre paiement au donneur de licence de redevances, appelées royalties, forfaitaires ou assises sur les recettes d'exploitation<sup>1411</sup>. On désigne aussi les licences par le terme de concession. L'apport en jouissance à une société d'un droit de propriété

---

<sup>1408</sup> L'article 36 de la loi n° 2017-049 portant régime de protection de la propriété industrielle à Madagascar prévoit que « La demande de brevet d'invention ou le brevet d'invention peut être cédé entre vifs ».

<sup>1409</sup> L'article 82 de la même loi dispose que « Les droits rattachés à une marque déposée ou enregistrée, peuvent, indépendamment du transfert de tout ou partie de l'entreprise qui utilise la marque, être cédés ou transmis pour tout ou partie des produits ou services auxquels la marque est destinée ».

<sup>1410</sup> Et l'article 39 de la loi n°94-036 portant sur la Propriété littéraire et artistique édicte : « Les droits d'exploitation sous forme immatérielle tels que le droit de représentation et matérielle comme le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou onéreux »

<sup>1411</sup> A. VIDA, « Les contrats de licence en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1964. 209 ; E. TARDIEU-GUIGUE, *Le contrat de licence de marque*, thèse, Montpellier I, 1990 ; A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis, 2013.

intellectuelle est une forme de licence. La licence étant assimilée à une location, c'est le régime du bail qui s'applique.

### **3- Les contrats de non- opposition et les accords de coexistence**

**948.** Il s'agit de contrats ou de clauses de contrats très fréquents en pratique par lesquels une partie s'engage à l'avance à ne pas contester la validité d'un droit de propriété intellectuelle dont l'autre est titulaire<sup>1412</sup>. Souvent, ce sont deux entreprises concurrentes qui s'engagent réciproquement à ne pas contester la validité de leurs titres ou à ne pas agir en contrefaçon l'une à l'égard de l'autre : on parle alors d'accord de coexistence<sup>1413</sup>. Ces contrats ou clauses peuvent constituer des ententes prohibées par le droit de la concurrence<sup>1414</sup>.

#### **B- Les contrats ayant pour objet un savoir- faire**

**949.** Ce sont les contrats de communication de « savoir- faire »<sup>1415</sup> ou de « secrets d'affaires »<sup>1416</sup>. Il ne s'agit pas de contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle à proprement parler. En effet, on sera en présence d'objets, tels des informations technologiques ou commerciales, ou des connaissances et savoir-faire, non couverts par un droit de propriété intellectuelle parce qu'ils ne remplissent les conditions d'aucun type de protection. Ces informations et connaissances ont cependant une valeur intrinsèque parce qu'elles ne sont pas facilement et librement accessibles. Le seul moyen de « réserver » ces informations est de les garder secrètes et confidentielles. Elles sont protégées le cas échéant par des dispositions prises, en application de la loi n°2014-038 du 9 janvier 2015 sur la protection des données à caractère personnel, contre leur obtention, utilisation ou divulgation illicite. Obtenues, utilisées ou divulguées licitement, n'importe qui peut les exploiter. Leur communication doit donc s'entourer de précautions relatives à la confidentialité : pendant les négociations, en cours de contrat, et même après le terme du contrat. Le contrat organisant la communication de savoir-

---

<sup>1412</sup> P. PHILIPPON , *Les contrats de non-opposition*, Thèse, Montpellier I, 1996.

<sup>1413</sup> M. VIVANT , « Réflexion sur les accords de coexistence en matière de marques à l'heure de la globalisation » , in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, Mélanges J. Schmidt Szalewski, LexisNexis*, 2014, p. 381.

<sup>1414</sup> Par exemple dans les accords de transfert de technologies, les clauses par lesquelles une partie impose à l'autre de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle que l'autre partie détient constituent une restriction exclue au sens de l'article 5.1. b du règlement d'exemption par catégorie du 21 mars 2014.

<sup>1415</sup> J.- M. DELEUZE , *Le contrat international de licence de know how*, Masson, 4e éd., 1988.

<sup>1416</sup> Au sens de la Directive ( UE) 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir- faire et des informations commerciales non divulguées ( secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. V. J.- M. GARINOT, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2013.

faire est appelé parfois licence pour une communication provisoire ou cession pour une communication définitive de savoir-faire.

## §2 : La loi applicable aux contrats de la propriété intellectuelle

Le droit malgache a des textes différents pour la protection de la propriété intellectuelle, l'un consiste en la loi n° 94-036 du 18 septembre 1995 portant sur la protection de la propriété littéraire et artistique, aux termes de laquelle: « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »<sup>1417</sup> et l'autre porte régime de protection de la propriété industrielle à Madagascar : loi n° 2017-049 du 13 décembre 2017. Le droit de propriété intellectuelle ne relève pas entièrement de la *lex contractus* (A), mais en l'absence de choix il faut le rattacher à loi d'un Etat (B).

### A- Le domaine de la *lex contractus*

**950.** Les parties à un contrat ayant pour objet la propriété intellectuelle sont libres de choisir le droit applicable à ce contrat, conformément à l'article 30 de l'ordonnance n°62-041. Quant à son domaine, la loi ainsi désignée ne gouverne cependant que les questions de nature purement contractuelle<sup>1418</sup>. Le rattachement ne touche pas certaines questions concernant le régime des droits de propriété intellectuelle en cause, ce que l'on appelle parfois les effets « réels » du contrat.

**951.** Ainsi, en droit de la propriété intellectuelle, la *lex contractus* ne gouvernera-t-elle pas la question de la loi applicable à la contrefaçon<sup>1419</sup>, laquelle relève de la « *lex loci protectionis* »<sup>1420</sup>, c'est-à-dire la loi du « pays pour lequel la protection est revendiquée »<sup>1421</sup>

---

<sup>1417</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n°94-036.

<sup>1418</sup> T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* oct. 2007. 3 ; DICK VAN ENGELEN, « Rome II and intellectual property rights: Choice of law brought to a standstill », *NIPR* 2008, Alf. 4, p. 440 ; P. A. De MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licencing agreements ( a conflict of laws analysis ) », in *J. De Werra ( dir.), Research Handbook on Intellectual Property Licencing, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013*, p. 312.

<sup>1419</sup>T. AZZI, « Atteinte aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois. De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Propri. intell.* 2009. 324 ; F. SIIRIAINEN, « La loi applicable à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle : entre droit(s), économie et valeurs », in *Droit, économie et valeurs. Hommage à Bernard Remiche, Larcier*, 2015, p. 523.

<sup>1420</sup> Convention de Berne du 9 sept. 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, article 5.2. V. également l'article 6 bis en matière de loi applicable à la protection du droit moral.

<sup>1421</sup> Règlement 864/ 2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles dit « Rome II », article 8. Concernant en particulier les droits de propriété industrielle à caractère unitaire du droit de l'Union européenne, v. article 8. 2.

qui doit en outre nécessairement, pour la propriété industrielle, coïncider avec la loi d'un pays pour lequel le droit a été enregistré.

**952.** La jurisprudence française hésite cependant quant au sens à attribuer à cette formule en matière de droit d'auteur. Est- ce la loi du lieu où se sont produits les agissements délictueux au sens du fait générateur du dommage<sup>1422</sup> ou celle désignée par application du critère du « rattachement plus étroit »<sup>1423</sup>, ou encore du « lien de rattachement substantiel »<sup>1424</sup> qui semble, pour ce dernier critère, être la solution jurisprudentielle aujourd'hui ? Il n'est pas possible de déterminer contractuellement la loi applicable à des faits de contrefaçon, en application du règlement Rome II.

**953.** La *lex contractus* ne gouverne pas plus la question dite de l'« existence » des droits de propriété intellectuelle, c'est- à- dire la loi applicable à la validité du titre, à la titularité initiale des droits, à la notion d'invention ou d'œuvre protégeable, etc. De manière générale, quant à cette question de l'« existence » des droits, il faut distinguer entre la propriété industrielle et la propriété littéraire et artistique. En droit de la propriété industrielle, en raison des principes de territorialité<sup>1425</sup> et d'indépendance dans lesquels s'inscrivent ces droits, la loi applicable à l'« existence » du droit est celle de l'État d'enregistrement.

**954.** En matière de propriété littéraire et artistique, les choses sont un peu plus complexes : en effet, on considèrerait habituellement que la notion d'œuvre protégeable, ou encore la qualité d'auteur ou de titulaire de droits, c'est- à- dire l'« existence » des droits, sont appréciées selon la loi du pays d'origine de l'œuvre<sup>1426</sup> alors que la contrefaçon relève de la *lex loci protectionis*. On parle de conception mixte. Celle- ci est cependant aujourd'hui contestée et

---

<sup>1422</sup> Civ. 1<sup>re</sup> , 30 janv. 2007, *Rev. crit. DIP* 2007. 769, note T. Azzi ; *JDI* 2008. 163, note M.- E. Ancel ; *Prop. intell.* 2007. 337, obs. A. Lucas ; *D.* 2008. 1508, obs. F. Jault- Seseke ; *Gaz. Pal.* 2008. Doctr. 1291, chron. E. Treppoz ; *RTD. com.* 2008. 556, obs. F. Pollaud- Dulan.

<sup>1423</sup> Civ. 1<sup>re</sup> , 14 janv. 1997, *JCP* 1997. II. 22903, note H. Muir Watt ; *D.* 1997. 177, note M. Santa- Croce : le lieu du fait dommageable « s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier » ; v. aussi, Civ. 1<sup>re</sup> , 11 mai 1999, *JCP* 1999. II. 10183, note H. Muir Watt ; Civ. 1<sup>re</sup> , 5 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10082, note H. Muir Watt ; *D.* 2002. 2999, note N. Bouche ; *Prop. intell.* 2002. 56, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2003. n° 10, 278, note H.- J. Lucas ; *D.* 2003. 58, note M. Josselin- Gall ; *Rev. crit. DIP* 2003. 440, note J.- M. Bischoff.

<sup>1424</sup> *Ibid.*

<sup>1425</sup> N. BOUCHE, *Le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002.

<sup>1426</sup> Civ. 1<sup>re</sup> , 22 déc. 1959, *D.* 1960. 93, note G. Holleaux ; *RIDA* juill. 1960. 79, chr. H. Desbois et p. 361, note G. Holleaux ; *JDI* 1961. 420, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1960. 361, note F. Terré ; *RTD. com.* 1960. 955, obs. Y. Loussouarn ; Paris, 14 nov. 2007, *Prop. intell.* 2008. 238, obs. A. Lucas.

combattue<sup>1427</sup> notamment par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1428</sup>, et plus récemment par la Cour de cassation en tout cas en ce qui concerne la titularité<sup>1429</sup>, en faveur d'une conception dite unitaire qui fait relever l'ensemble des questions c'est-à-dire l'existence et l'exercice du droit de la *lex loci protectionis*.

**955.** Enfin, la propriété intellectuelle est parfois protégée au titre des lois de police. Ainsi en est-il en France du droit moral des auteurs d'œuvres de l'esprit<sup>1430</sup>. La *lex contractus* régira en définitive les conditions particulièrement de forme<sup>1431</sup>, modalités et effets d'un transfert de droits de propriété intellectuelle, à l'exclusion de tous les aspects qui viennent d'être évoqués.

### **B- La difficulté de la recherche de la loi applicable à défaut de choix**

**956.** À défaut de choix, il faudra déterminer le débiteur de la prestation caractéristique<sup>1432</sup>. Celui-ci varie selon le type de contrat en cause. On peut en effet considérer qu'il s'agit, en cas de cession, du cédant qui transfère un droit de propriété intellectuelle. Cependant, pour certains contrats emportant cession comme le contrat d'édition et le contrat de production audiovisuelle, il paraît discutable de considérer que c'est le cédant, c'est-à-dire l'auteur, qui fournit la prestation caractéristique. Celle-ci est également le fait de l'éditeur ou du producteur.

**957.** Dans l'hypothèse d'une licence, celle-ci étant assortie quasiment toujours d'une obligation d'exploitation, on peut considérer que le débiteur de la prestation caractéristique est l'exploitant, c'est-à-dire le licencié. Par application des articles 4, §3 et 4, §4 du règlement Rome I, il est alors possible de désigner une autre loi que celle du pays où réside habituellement le débiteur de la prestation caractéristique à la condition que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Le pays avec lequel le contrat de licence présente

---

<sup>1427</sup> Paris, 1er oct. 2008, *Prop. Intell.* Janv. 2008. 69 obs. A. Lucas.

<sup>1428</sup> CJCE 6 juin 2002, aff. C- 360/ 00, *Rev. crit. DIP* 2002. 771, 2<sup>e</sup> esp., note J- S. Bergé ; *Prop. intell.* 2002. 65, obs. A. Lucas ; *RIDA* oct. 2002. 261, obs. A. Kérever ; *JCP E* 2003, n° 8, p. 1508, obs. H- J. Lucas ; CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *CCE* 2005, comm. 133, obs. C. Caron ; *D.* 2005. 2533, obs. C. Brière ; *Prop. Indust.* 2005, comm. 67, note P. Kamina ; *Prop. intell.* 2005. 442, obs. A. Lucas ; *JCP E* 2006, no 12. 2178, obs. H- J. Lucas ; *RTD. com.* 2005. 735, obs. F. Pollaud- Dulian ; *JCP E* 2006, no 12, p. 2178, obs. H- J. Lucas.

<sup>1429</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 avril 2013 ( 3 arrêts), *D.* 2013. 2004, note T. Azzi ; *JCP* 2013. 493, obs. A. Lucas- Schloetter ; *ibid.*, 701, note E. Treppoz ; *RLDI*, Juin 2013, No. 94, note P.- D. Cervetti ; *RTD. com.* 2013. 725, obs. F. Pollaud- Dulian. En matière de droits voisins, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 2015, *Prop. intell.* 2015. 302, obs. A. Lucas.

<sup>1430</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 752, note P.- Y. Gautier ; *JDI* 1992. 133, note B. Edelman ; *JCP E* 1991. II. 21731, note A. Françon ; *D.* 1993. 197, note J. Raynard.

<sup>1431</sup> V. l'article 11 du règlement Rome I également.

<sup>1432</sup> Article 4.2 du règlement Rome I.

« manifestation » les liens les plus étroits est très certainement le pays d'exploitation par le licencié. Mais, difficulté supplémentaire, le licencié exploite parfois sur plusieurs territoires. C'est en définitive à une réelle casuistique que conduit l'application du règlement Rome I aux contrats de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi le choix par les parties de la loi applicable, extrêmement fréquent en pratique, est particulièrement recommandé pour des raisons de sécurité juridique.

**958.** On notera enfin qu'il est trop réducteur d'assimiler le contrat d'exploitation de droits de propriété intellectuelle à un simple contrat de prestation de services<sup>1433</sup> ou à un contrat de vente de biens à supposer qu'un droit de propriété intellectuelle soit un bien au sens du règlement Rome I, ce qui est très peu probable, ce qui rend inapplicables les articles 4.1. a et 4.1. b au bénéfice de l'article 4.2.

#### **Section 4 : Le paiement international**

**959.** Le règlement des opérations du commerce international s'appuie sur des instruments de paiement et des techniques de paiements internationaux<sup>1434</sup>. Ce paiement<sup>1435</sup> lorsqu'il est international présente les mêmes difficultés propres à tout contrat du commerce international. On est en présence d'un paiement international d'une part, lorsque le créancier et le débiteur sont établis dans des États différents ; d'autre part, lorsqu'un débiteur s'est obligé à s'acquitter d'une dette auprès d'un créancier dans une devise étrangère même si les deux parties relevaient toutes deux du même État<sup>1436</sup>. Dans le second cas, c'est l'objet du paiement qui lui confère son caractère international. Les principales difficultés consistent dans la loi applicable au paiement en numéraires (§1) et aux accords de compensation (§2), mais également celles de l'ambition d'unification des règles relatives aux instruments de paiements (§3).

##### **§1 : Le paiement en numéraires**

Le paiement en numéraire se fait pas l'utilisation de la monnaie (A) qui entraîne inéluctablement un risque de change (B).

---

<sup>1433</sup> CJCE, 23 avr. 2009, aff. C- 533/ 07 ; D. 2010. 1585, obs. F. Jault- Seseke ; *ibid.*, 2384, obs. S. Bollée ; RDC 2009. 1558, note E. Treppoz.

<sup>1434</sup> Ils sont nombreux, mais on va étudier seulement ceux qui nous semblent les plus pertinents.

<sup>1435</sup> Article 328 de la LTGO : « Le paiement est l'accomplissement, par le débiteur de la prestation qui est à sa charge ».

<sup>1436</sup> V. D.-P. MONOD, Moyens et techniques de paiement internationaux, 4<sup>e</sup> éd., ESKA, 2007 ;

## A- La monnaie dans le paiement

Il convient de distinguer la monnaie de paiement (1), la monnaie de compte (2) et la monnaie électronique (3)<sup>1437</sup>.

### 1- La monnaie de paiement

**960.** La monnaie de paiement consiste dans les espèces ou les titres de crédit qui permettent au débiteur de se libérer de son obligation pécuniaire vis-à-vis du créancier<sup>1438</sup>. La détermination de cette monnaie relève en principe de la loi du lieu de paiement<sup>1439</sup>. En vertu de la règle du cours légal, un paiement à Madagascar est soumis à l'instrument monétaire désigné par la loi malgache<sup>1440</sup>, c'est-à-dire l'Ariary. Mais cette règle n'est obligatoire que pour les contrats internes<sup>1441</sup>. Lorsqu'on se trouve dans un contrat international, le paiement dans une autre devise est valable si tel est la volonté des parties<sup>1442</sup>.

### 2- La monnaie de compte

**961.** La monnaie de compte est un instrument d'évaluation qui remplit la fonction d'unité de valeur de la monnaie. Il s'agit de la monnaie à laquelle les parties se réfèrent dans le contrat comme équivalent de valeur de la monnaie de paiement. Les parties stipulent ainsi que la monnaie de référence pour le paiement sera telle devise étrangère, l'Euro par exemple. Le paiement qui pourra se faire dans la monnaie ayant cours légal chez le créancier sera calculé sur la base de cette monnaie de compte. On parle de la clause valeur monnaie étrangère. Ces clauses monétaires qui prévoient la référence à une monnaie de compte étrangère constituent en quelque sorte une indexation sur une monnaie étrangère<sup>1443</sup>. La licéité de ces clauses relève de la loi du lieu de paiement. L'article 331 de la LTGO édicte à ce titre que : « si la dette a pour objet une somme d'argent payable à l'intérieur du pays, mais exprimée en monnaie étrangère,

---

<sup>1437</sup> V. E.- S. De La MARNIERE , « Monnaie de compte et monnaie de paiement » , *D.* 1951. 169 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992 ; C. KLEINER , *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010.

<sup>1438</sup> V. D. PLIHON, *La monnaie et ses mécanismes*, La Découverte, 2013, n°201.

<sup>1439</sup> Com. 21 avr. 1992, *RJDA* 1992. 939.

<sup>1440</sup> Req. 17 févr. 1937, *DH* 1937. 234.

<sup>1441</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1988, *D.* 1989, jur. 80, note P. Malaurie ; Civ. 3e , 18 oct. 2005, *Bull. civ.* III, n° 196.

<sup>1442</sup><sup>1442</sup> Civ. 3 juin 1930, *DP* 1931. 1. 5, note R. Savatier ; Civ. 21 juin 1950, *D.* 1951. 749, note J. Hamel ; *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. Batiffol ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1983, *Bull. civ.* I, n° 175 ; *JCP* 1984. II. 20123, note Levy ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1985, *Bull. civ.* I, n° 146.

<sup>1443</sup> D'une manière générale, la clause d'indexation est une stipulation contractuelle par laquelle les parties désignent un indice qui servira de référence quant à la détermination du prix au cours de l'exécution du contrat.

le paiement peut être effectué en monnaie malgache, sauf disposition expresse de l'acte générateur de l'obligation ». Le législateur malgache prévoit ainsi que la possibilité de paiement d'une créance libellée en monnaie étrangère par son équivalent en monnaie malgache. Il ne prévoit pas expressément le cas de clause valeur monnaie étrangère, mais ne semble pas pour autant l'interdire. La Cour de cassation française quant à elle fait prévaloir dans le célèbre arrêt des Messageries maritimes le principe de la liberté contractuelle sur « les règles impératives de la loi interne appelée à régir la convention »<sup>1444</sup>. En d'autres termes, dès lors qu'on est dans un contrat international, les parties ont la liberté de stipuler la référence à une monnaie de compte<sup>1445</sup>.

### 3- La monnaie électronique

**962.** Il existe aujourd'hui la monnaie « électronique » prévue par la loi n°2016-056 du 2 février 2017 sur la monnaie électronique et les établissements de monnaie électronique. Selon l'article 3 de cette loi : « La monnaie électronique est une valeur monétaire, en substitut de la monnaie fiduciaire stockée sur un support de monnaie électronique [...] ». Il y a des établissements spécialisés pour émettre cette monnaie. La monnaie électronique constitue bel et bien un moyen de paiement. « Elle a un pouvoir libératoire et une unité de monnaie électronique équivaut à un ariary »<sup>1446</sup>. C'est l'établissement de monnaie électronique qui délivre en contrepartie à l'utilisateur une valeur monétaire qu'il pourra utiliser pour effectuer des paiements et qui est stockée sur un support électronique. Ce type de monnaie électronique est très pratique pour les paiements en ligne, au lieu et place notamment de l'utilisation d'une carte bancaire<sup>1447</sup>. La monnaie électronique est assimilée aux pièces et billets de banque. Son utilisation réalise directement le paiement.

#### B- Le risque de change

**963.** Lorsque la monnaie de compte n'est pas la monnaie de paiement, ou lorsque le paiement a lieu en devises étrangères, le problème de la convertibilité de la monnaie se pose.

---

<sup>1444</sup> Civ. 21 juin 1950, *op.cit.*

<sup>1445</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1983, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1985, *op.cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1988, *D.* 1989. 80, note P. Malaurie ; *RTD. civ.* 1988. 740, obs. J. Mestre ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1989, *D.* 1990. 167 ; Com. 22 mai 2001, *Bull. civ.* IV, n° 98.

<sup>1446</sup> Article 3 de la loi n°2016-056 du 02 février 2017 sur la monnaie électronique et les établissements de monnaie électronique

<sup>1447</sup> Sur les paiements par carte bancaire depuis l'ordonnance du 15 juillet 2009 transposant la directive 2007/64 du 13 nov. 2007 et posant un régime commun pour l'ensemble des instruments de paiement à l'exclusion des espèces, effets de commerce et chèques, v. article L 133-1 et s. du Code monétaire et financier français.

Un risque de change va peser alors soit sur le créancier soit sur le débiteur<sup>1448</sup>. En effet, si la monnaie de compte subit une dévaluation par rapport à la monnaie de paiement entre le moment de la conclusion du contrat et le terme du paiement, le créancier touchera une somme moindre que celle de sa prévision initiale. Alors que si c'est la monnaie de paiement qui est dévaluée, le créancier touchera une somme plus importante que prévu. L'alinéa 2 de l'article 331 de la LTGO dispose que : « Le change s'établit d'après le cours officiel à l'époque du paiement effectif ; néanmoins, au cas où celui-ci aurait été retardé par le fait du débiteur, le créancier peut exiger le paiement au cours du jour primitivement fixé pour l'échéance ».

**964.** Dans le commerce international, diverses techniques sont utilisées par les parties pour pallier contractuellement le risque de change. Ces clauses sont stipulées pour permettre aux parties à un contrat notamment celui qui porte sur une longue période de négociation ou d'exécution, de se prémunir contre les risques de modification des parités de monnaies entre le moment où le contrat a été conclu et celui où il a été exécuté<sup>1449</sup>.

**965.** *Primo*, elles peuvent conclure ce qu'on appelle les clauses d'option de change ou de change multiple ou clauses multidevises. Ces clauses permettent de réserver au créancier la faculté de déterminer parmi plusieurs monnaies indiquées dans le contrat celle dans laquelle le paiement devra être fait. Ce qui garantit un taux de change minimum et permet de tirer profit, dans une certaine mesure, de la dépréciation de la monnaie.

**966.** *Secundo*, les contractants peuvent prévoir des clauses de variation des changes. Ces clauses permettent de stipuler à l'avance soit l'indifférence sur le prix des variations minimales de change<sup>1450</sup>, soit au contraire la répercussion du risque de change sur le prix, mais en plafonnant ce dernier<sup>1451</sup>.

**967.** *Tertio*, les parties peuvent contractuellement se mettre d'accord pour imputer sur l'une ou l'autre des parties le risque de change. Il s'agit de clauses de garantie de change en vertu desquelles le débiteur s'engage à répercuter sur le prix les conséquences néfastes pour le

---

<sup>1448</sup> Pour une illustration particulière relative aux conséquences de la variation de change en cas de contre-passation d'un chèque libellé en devise, Com. 23 janv. 2007, *Bull. civ. IV*, no 6 ; D. 2007. 438, obs. X. Delpech ; *RTD. com.* 2007. 420, obs. D. Legeais.

<sup>1449</sup> Dictionnaire du Commerce international, v° Clause de change.

<sup>1450</sup> Clauses de franchise de variation.

<sup>1451</sup> Clauses de plafonnement des variations.

créancier de la variation de la monnaie de facturation. Le risque de change peut également faire l'objet d'une assurance.

**968.** Enfin, plus facilement, pour éviter de courir ou de subir le risque de change, les parties à une opération du commerce international peuvent intervenir sur les délais de paiement. Ainsi, un paiement au comptant permet d'évincer le risque de change. Au contraire, une prévision d'un paiement à plus ou moins long terme permet aux parties une spéculation sur la variation du cours de la monnaie. Il est aussi possible de stipuler un allongement ou un raccourcissement des délais de paiement en fonction de la conjoncture.

## **§2 : Les accords de compensation**

**969.** Parfois, le débiteur du prix ne dispose pas des fonds suffisants pour payer. Un système de paiement « en nature » directement inspiré du « troc » peut alors être mis en place. Ce sont les pays en voies de développement tel que Madagascar qui ont souvent recours à ce type de paiement. Ce sont les accords de compensation<sup>1452</sup>. Les accords de compensation commerciale permettent le paiement d'une marchandise ou d'un service par la livraison d'une marchandise, en général des matières premières, ou la fourniture d'un service par le débiteur du prix<sup>1453</sup>. Il n'y a alors aucun règlement monétaire d'un tel échange. Le règlement se fait en nature telle une dation en paiement, mais sur le plan international, il nécessite en pratique une lettre de garantie bancaire par chacune des parties. Ce système de paiement présente l'avantage d'écartier le risque de change, mais comporte l'inconvénient des risques liés aux transports et aux variations de cours notamment lorsqu'il s'agit des matières premières. Les parties à un tel mécanisme peuvent émettre chacune une formule de crédit documentaire pour réaliser l'opération<sup>1454</sup>.

## **§3 : La tentative d'unification des règles relatives aux instruments de paiement**

Les mécanismes de paiement sont aussi nombreux que dans le droit interne. On a les instruments avec mobilisation de créances (A) à côté du virement international (B).

---

<sup>1452</sup> D. NEDJAR, « Les accords de compensation et la pratique contractuelle des pays en voie de développement », in Contrats internationaux et pays en développement, *Economica*, 1989, p. 185.

<sup>1453</sup> L. MOATTI, « La compensation des échanges commerciaux internationaux », *RD aff. int.* 1995. 3.

<sup>1454</sup> M. FONTAINE, « Les accords de contre-achat », *DPCI* 1982. 161.

## **A- L'unification des règles relatives aux instruments de paiements avec mobilisation de créances**

**970.** Les effets de commerce sont parfois utilisés comme moyen de paiement dans le cadre du commerce international<sup>1455</sup>. On les utilise en raison de leur intérêt en tant qu'instruments de crédit et de mobilisation de créances<sup>1456</sup>.

**971.** Le chèque, la lettre de change et le billet à ordre ont fait l'objet d'une unification partielle par voie de conventions internationales. Il s'agit, pour le chèque, des trois Conventions de Genève du 11 mars 1931<sup>1457</sup> et, concernant la lettre de change et le billet à ordre, des trois Conventions de Genève du 7 juin 1930<sup>1458</sup>. Trois conventions à chaque fois pour couvrir les questions de droit uniforme, de conflits de lois et de timbre.

**972.** Cependant, cette unification n'a pas atteint son but d'unification en raison de nombreuses réserves qu'elles prévoient. L'existence des grandes divergences des systèmes juridiques en matière de droit cambiaire a rendu nécessaire cette possibilité de réserves. Ce qui a permis aux États signataires d'user de ces réserves pour garder leur conception nationale du droit cambiaire.

**973.** En outre, le système des règles de conflit qu'elles posent<sup>1459</sup> se fonde sur le principe de pluralité de rattachements de sorte que chaque engagement doit relever de la loi locale. Par conséquent, elles ont largement fait l'objet d'interprétations nationales divergentes<sup>1460</sup>.

**974.** La CNUDCI a envisagé le remplacement de la lettre de change et du billet à ordre, dans le cadre du commerce international, par un nouvel instrument facultatif : lettre de

---

<sup>1455</sup> V. P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales. Étude comparative de droit cambiaire français et américain*, Economica, 1986 ; B. COUTENIER, « Les techniques de mobilisation des créances internationales. Aspects de droit international et de droit comparé », *RD aff. int.* 1999. 295.

<sup>1456</sup> V. J.- P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, Revue Banque édition, 4<sup>e</sup> éd., 2009, n° 222.

<sup>1457</sup> Le décret-loi du 30 octobre 1935 a introduit en droit français la Convention de Genève sur le droit uniforme du chèque. Pour une illustration, dans laquelle la Convention de Genève est écartée, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *Bull. civ.* I, n° 32 ; *D.* 2007. 1244, note N. Bouche ; *ibid.*, 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2007. 760, note O. Boskovic ; *D.* 2008. 876, note H. Synvet.

<sup>1458</sup> V. THOMAS, « Effets de commerce, Lettre de change et billet à ordre, Warrant », *J.- Cl. Dr. int., fasc.* 566- 20, 2002.

<sup>1459</sup> Par exemple la Convention de Genève du 7 juin 1930.

<sup>1460</sup> Com. 4 mars 1963, Hocke, *JCP* 1963. II. 13376, note Lescot ; *JDI* 1964. 806, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1964. 264 et l'article de P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 1964. 235.

change internationale et billet à ordre international régi par une loi internationale uniforme<sup>1461</sup>. Cette Convention a été adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 9 décembre 1988, mais jusqu'à présent, elle n'est toujours pas entrée en vigueur<sup>1462</sup> probablement à cause de trop grande complexité résultant d'un compromis entre la vision anglosaxonne et le droit uniforme de la Convention de Genève du 7 juin 1930<sup>1463</sup>.

**975.** Le crédit documentaire est l'un des instruments le plus utilisé pour le commerce international. Il fait l'objet d'un Règlement établi par la Chambre de commerce international : les Règles et Usances Uniformes (RUU) révisées le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

## **B- Le virement international**

**976.** En matière de commerce international, le virement constitue le mécanisme de paiement le mieux sécurisé et relativement simple. En effet, le système bancaire international est doté d'un système d'échange international entre elles très sophistiqué qui est le système SWIFT<sup>1464</sup>. Il s'agit d'un système privé et normalisé de communication entre banques, assurant la bonne transmission des ordres et leur bonne réception dans le cadre d'un langage commun. Avec ce système, les devises ne sortent quasiment pas du pays d'origine. Le transfert de fonds se fait d'une manière immatérielle par simple procédé scriptural. Il se réalise par un jeu d'écritures au crédit ou au débit dans les livres de compte de la banque du débiteur et du créancier d'une part, et dans les livres des correspondants des banques intervenantes du lieu de la devise concernée par le paiement d'autre part.

**977.** Le virement est international lorsque le compte du donneur d'ordre et celui du bénéficiaire sont tenus dans des pays différents : par exemple un virement depuis un compte français sur un compte malgache<sup>1465</sup>. En cas de mauvaise exécution, ou d'inexécution du virement, il faut rechercher quelle est la loi applicable à l'opération bancaire. La meilleure solution consisterait bien évidemment à faire régir toute l'opération par une loi unique. Mais

---

<sup>1461</sup> V. R. ROBLOT, « Une tentative d'unification mondiale du droit : le projet de la CNUDCI pour la création d'une lettre de change internationale », in *Mélanges Vincent*, 1981, p. 361.

<sup>1462</sup> Sur le contenu de laquelle, v. V. THOMAS, *op. cit.*, n° 41 s. ; M. PINAULT, « La réconciliation des irréconciliables. La convention des Nations unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux », *Les cahiers de droit*, Université Laval, vol. 38, n° 3, sept. 1997, p. 503.

<sup>1463</sup> P. BLOCH, « Un espoir déçu : la Convention des Nations unies sur les lettres de change et billets à ordre internationaux », *JDI* 1992. 907.

<sup>1464</sup> V. J.- C. MOURIEZ, « Un exemple de coopération bancaire internationale », *Banque* 1976. 1003.

<sup>1465</sup> V. cependant, Com. 6 juil. 2010, *JCP* 2011. 158, obs. J. Béguin : « les virements entre sociétés du même groupe peuvent ne pas être qualifiés d'« internationaux » même s'ils impliquent le passage d'une monnaie à une autre » .

force est de constater qu'une telle solution n'est pas en pratique retenue. La majorité des systèmes juridiques procèdent à une segmentation des différents rapports juridiques : le rapport entre le donneur d'ordre et sa banque, le rapport entre le donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire, le rapport entre le bénéficiaire et sa propre banque...

**978.** En l'absence de choix, on doit faire appel pour chaque rapport concerné aux critères de détermination de la loi applicable. En droit malgache il s'agit de rechercher la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. La recherche de la volonté implicite des parties, on l'a dit, se fait via la recherche des liens les plus étroits particulièrement la recherche du débiteur de la prestation caractéristique. Ainsi, si l'on considère que la prestation caractéristique d'un paiement est fournie par le débiteur, la loi applicable sera celle du lieu d'établissement du débiteur. Toutefois, il ne faut pas oublier que dans le domaine des obligations en devises, le critère de rattachement retenu par les usages internationaux est plutôt celui du lieu d'exécution de l'obligation de paiement. En d'autres termes, c'est la loi du lieu de localisation du compte désigné par le créancier pour recevoir le paiement qui a vocation à s'appliquer. En plus, la loi du lieu d'exécution du paiement a vocation à régir le paiement en tant que loi de police la monnaie de paiement et le régime de réglementation des changes... Pour pallier ces différences de solutions, la CNUDCI a élaboré une loi- type sur les virements internationaux<sup>1466</sup>.

---

<sup>1466</sup> M. VASSEUR, « Les transferts internationaux de fonds : la loi type des Nations Unies sur les virements internationaux », *Rec. Cours La Haye*, t. 239, 1993.

## CONCLUSION

**979.** Madagascar est un pays dont l'économie est largement dominée par le commerce extérieur, notamment en tant qu'exportateur de ressources minières et de matières premières. Les ressources minières représentent le quart des exportations et renforcent leur prépondérance à la faveur d'une remontée des cours mondiaux des matières premières.

**980.** En 2018, 49,6% des exportations malgaches se sont dirigées vers l'UE, 15,8% vers l'Asie émergente et en développement et 8,7% vers l'Afrique. Selon le FMI, les États-Unis deviennent le premier client de Madagascar en 2018 devant la France qui était son premier client historique. La France absorbe 20,5% des exportations malgaches, avec une part en relative baisse. La valeur des exportations vers la France a plus que triplé durant la dernière décennie. Du côté de l'importation, la valeur des importations malgaches a légèrement augmenté en 2018 (+3,2%). Ces importations de matières premières correspondent essentiellement aux besoins d'intrants de la mine d'Ambatovy (charbon, phosphate, calcaire).

**981.** Toutes ces données importantes les unes des autres sont les fruits des relations contractuelles internationales. Mais les contrats internationaux ne s'illustrent pas seulement par leurs performances économiques. Ils sont aussi, sur le plan du droit, à l'origine d'un considérable enrichissement. Ils permettent aux figures contractuelles de s'implanter dans des systèmes juridiques où elles étaient jusqu'alors inédites<sup>1467</sup>.

**982.** Les contrats internationaux ont toujours été le berceau de la loi d'autonomie, mais aussi des lois de police. La *lex contractus* relève en principe de choix des parties. Ce sont les parties qui choisissent d'un commun accord quelle est la loi qu'elles veulent régir leur contrat. Lorsque celles-ci ont, pour quelle que raison que ce soit, omis de conclure ce contrat de choix de la loi applicable, le droit malgache n'a pas suivi la tendance de se remettre aux règles de rattachements objectifs. Au contraire, le législateur malgache a préféré garder jusqu'au bout le fondement du droit des contrats : l'autonomie de la volonté. Même à défaut de choix exprès, le législateur malgache impose au juge de rechercher et d'appliquer la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer. Il n'a jamais été question de rattacher le contrat aux éléments objectifs. En l'absence de volonté, le juge doit chercher la volonté implicite. Et l'ensemble des clauses sont censées exprimer la commune intention des parties.

---

<sup>1467</sup> V. ainsi, de provenance américaine, le *leasing*, devenu en France crédit-bail, et le *franchising*, franchisage.

**983.** Cette position du législateur malgache n'est pas surprenante puisqu'on a pu constater que les législateurs malgaches de 1960 à 1963 ont une forte attache à cette autonomie de la volonté. En effet, on a pu remarquer que les textes rédigés en ces moments attribuent à cette autonomie de la volonté une place prépondérante. En dehors du droit international privé, des dispositions de la LTGO vont en ce sens. On peut citer un exemple l'article 128 de la LTGO. Alors que la jurisprudence contemporaine tend de plus en plus à prendre en considération l'avènement des circonstances exceptionnelles et donner au juge une certaine latitude, l'article 128 de la LTGO reste limpide : « Le contrat conserve force obligatoire même si des circonstances exceptionnelles ont rompu l'équivalence des prestations ». C'est là un refus catégorique à la révision judiciaire. C'est une expression claire de l'autonomie de la volonté.

**984.** En raison de la prédominance de cette autonomie ainsi que de toutes les particularités issues de l'existence de l'élément d'extranéité, les contrats internationaux ont suscité l'avènement de règles spécifiques et de méthodes hybrides. Ils sont la terre d'élection de l'arbitrage international. Ils ont provoqué et provoquent toujours une intense activité doctrinale, entraînant les juristes vers la théorie du droit et de ses sources, les occupant à élaborer des règles savantes ou à forger des modèles de contrats à visée pratique. Ce faisant, que ce soit de manière théorique ou de façon très concrète, les contrats internationaux permettent aussi de mieux comprendre et de faire évoluer le droit des contrats internes.

**985.** Tout cela pour dire que le commerce international à Madagascar a besoin d'un cadre juridique performant. Actuellement, on ne fait qu'assister aux premiers pas du droit international privé malgache, du moins par rapport à sa réglementation. Chaque État a forgé son propre droit international privé selon ses propres convictions, donc à nous de forger le nôtre, indépendamment ou en cohérence avec ceux des autres pays, avec comme souci la réciprocité ou non. C'est à nous de construire notre droit des contrats internationaux à notre image, fidèle à nos valeurs, à l'esprit et à la façon dont nous voyons les choses de sorte qu'il n'y a pas un droit international privé, mais un droit international privé malgache, qui peut être différent du droit international privé américain ou sénégalais, mais qui est fourni et suit l'évolution mondiale. Un droit pour lequel les commerçants, les consommateurs et les praticiens de droit sauront avec certitude où puiser pour conclure un contrat international. Mais dans tout cela, comment le juge malgache va gérer l'application d'une loi étrangère ? Au cours de notre recherche, on a constaté que quitte à utiliser de nombreux critères, le juge malgache essaie de faire régir les situations par la loi malgache. Cependant au rythme où va la numérisation et la mondialisation de l'économie, l'application d'une loi étrangère par le juge malgache serait inéluctable. Comment

va-t-il appréhender les différentes lois étrangères ? Comment va-t-il les interpréter et surtout jusqu'où va son pouvoir dans l'application et l'interprétation de ces textes qu'*a priori* il ne maîtrise pas vraiment.

## INDEX ALPHABETIQUE

### A

**Action directe**, 482, 868 et s.  
**Action oblique**, 485, 486  
**Action paulienne**, 486  
**Arbitrage international**, 61, 67-80, 87-102, 160, 286, 295, 582, 637, 985

### B

**Bilatéralisme**, 562-568

### C

**Capacité**, 489 -508  
**Cession de créance**, 431-438  
**Choix de la loi applicable**, 56, 113, 152-155, 186-303, 315, 549, 593, 761, 983,  
**Choix exprès**, 56, 87, 199, 207, 219, 246 et s., 261, 555, 983.  
**Choix tacite**, 247-262  
**Clause d'*electio juris***, 549  
**Clause de choix de loi**, 206, 217  
**Clause de renégociation**, 400  
**Clause de *hardship***, 399  
**CNUDCI**, 708, 802-805, 885, 975, 979  
**Compensation**, 448-450, 729, 970.  
**Conflit de lois**, 45, 46, 83, 100, 140, 154, 161-167, 172, 218, 227-242, 294, 367, 390-394, 401, 452, 476, 489, 551, 559-567, 574, 580-587, 603, 612, 636, 637, 705, 746, 844, 856, 878, 889, 894, 895  
**Conflit mobile**, 495, 496, 515, 518, 525, 532, 540, 541, 753,  
**Connaissance**, 880, 881, 898, 904, 911, 912, 913, 928, 929, 930, 931, 933, 934, 936, 939,  
**Contrat d'assurance**, 841, 842, 844, 847, 848, 850 - 853, 857, 862, 865, 866, 869, 872, 873,  
**Contrat de choix**, 242 - 244, 246, 263 -265, 269-275, 983,  
**Contrats de distribution**, 717, 735, 737,  
**Contrat de cession**, 353, 361, 437,  
**Contrat de consommation**, 549, 771, 772, 787, 792, 812,  
**Contrat de franchise**, 729, 732-734,  
**Contrat de licence**, 958,

**Contrat de prestation de services**, 712, 721, 722, 959,  
**Contrat de transport**, 76, 487, 652, 653, 757, 758, 788, 876, 883-885, 894, 898-890, 900-905, 911, 914, 919, 921-923, 929-931, 933, 940,  
**Contrat de travail**, 62, 79, 379, 564, 756, 764, 771, 810, 812, 815, 817, 820, 821, 822, 824-827, 834-836,  
**Contrat de vente**, 97, 107, 113, 137, 152, 281, 307, 309, 370, 435, 514, 521, 536, 586, 629, 651, 668, 671, 673, 682, 698, 706, 708, 739, 744, 766, 958,  
**Contrat international**, 105, 108, 133, 149-151, 155, 160, 163, 176, 178, 181, 194, 215, 225, 242, 282, 305, 555, 736, 986,  
**Contrat sans loi**, 293, 294, 299, 680,  
**Conventions internationales** 27, 103, 108, 140, 176, 222, 223, 283, 284, 304, 423, 452, 742,  
**Convention de Bruxelles révisée du 25 aout 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance**, 881, 911, 929, 942,  
**Convention de la CNUDCI de 23 novembre 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux**, 805,  
**Convention de Montréal du 28 mai 1999 convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international**, 889, 899, 905, 907, 916, 917, 921, 926,  
**Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles**. 254, 348, 607, 614, 633-635, 647,  
**Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international**. 889, 899, 906, 921,  
**Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises**. 708,  
**Critère économique**, 71, 103, 111, 139, 143, 148,  
**Critère juridique** 74, 76, 104, 111, 139,

## D

**Dépeçage**, 177, 188, 248, 274, 288, 290, 867  
**Domicile**, 924,  
**Dualisme**, 555,  
**Droit uniforme**, 21, 281, 282,

## E

**Effets du contrat** 305, 386, 387,  
**Electio juris**, 242, 279, 549,  
**Extranéité**, 48, 61, 63, 65, 69, 76,

## I

**Internationalité objective**, 73,  
**Internationalité subjective**, 64, 102,

## L

**Lacune**, 115, 138, 270, 350,  
**Langue**, 379,  
**Lex contractus**, 381, 382, 387, 422, 425, 428, 488,  
**Lex concursus**, 365, 480,  
**Lex mercatoria**, 680, 800,  
**Lex rei sitae**, 305, 330, 352, 364,  
**Lex societatis**, 504, 505, 507, 546,  
**Lien les plus étroits**, 637, 143, 146, 147,  
**Lieu de situation du risque**, 853-857  
**Localisation objective** 195, 198, 200, 202,  
**Locus regit actum** 369, 371, 375,  
**Loi de police**, 248, 357, 375, 396,  
**Loi étrangère**, 423, 498, 501, 502, 536,  
**Loi du for**, 166, 171, 175, 222, 459,  
**Loi d'autonomie**. 229, 235, 238, 615,  
**Loi neutre**, 187, 303,

## M

**Mesures conservatoires**, 409,  
**Monnaie de paiement**, 961, 962, 964,  
**Monnaie de compte**, 269, 964  
**Monnaie électronique**, 793, 963,

## O

**Objectivisme**, 211, 219,  
**Obligation**, 229-231, 242, 247,  
**Opposabilité**, 290, 296, 326,

## P

**Personne morale**, 340, 341, 505, 611,  
**Personne physique**, 728, 751, 761,  
**Pouvoir**, 505, 604, 793,  
**Prescription extinctive**, 451,  
**Prestation caractéristique** 651, 668, 669, 672, 673,  
**Principes Unidroit**, 278, 279, 400, 471,  
**Propriété intellectuelle** 29, 547, 945, 947, 948,

## R

**Rattachement**, 125, 156, 167, 197, 204, 205  
**Régime matrimonial**, 327, 337, 338,  
**Règlement Rome I**, 371, 382, 415, 419, 420  
**Règles de Hambourg** 882,  
**Règles de La Haye**, 883, 884, 879,  
**Règles de Rotterdam**, 886,  
**Règles Visby-La Haye**, 879  
**Représentation**, 119,  
**Responsabilité** 134, 205, 381,  
**Restitutions**, 381, 407, 408,

## S

**Sociétés** 24, 92, 120, 122,  
**Sous-traitance** 719, 724,  
**Stipulation pour autrui**, 487,  
**Subjectivisme** 593,  
**Subrogation**, 439,

## T

**Transport aérien**, 877, 889,  
**Transport de marchandises** 922,  
**Transport maritime**, 911  
**Transport de passagers**, 900,

## U

**Unilatéralisme**, 574, 575  
**Usages du commerce international**, 278, 285,

**V**  
**Vente aux enchères, 671,**

**Vente de marchandises 707, 778,**

## BIBLIOGRAPHIE

### I- OUVRAGES GENERAUX

- M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2019.
- B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.
- H. BATIFFOL, *Droit international privé*, LGDJ, 1983.
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, t. II, 1976.
- H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., t.II, 1983.
- J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd, Litec, 2011.
- BUCHER et A. BONOMI, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- O. CACHARD, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2011.
- S. CHATILLON, *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 5<sup>e</sup> éd., 2011.
- S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2021.
- R. David, *Droit du commerce international*, Économica, 1987.
- B. GOLDMAN, *Cours de droit du commerce international*, Les cours de droit, 1970.
- P.- A. GOURION, G. PEYRARD ET N. SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd, 2008.
- GUTMANN, *Droit international privé*, Dalloz 2007.
  
- B. HAFTEL, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz 2020, n° 581.
- J.- M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015.
- J.M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, L. USUNIER, *Droit du commerce international*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2022.
  
- F. JAULT-SESEKE, *Contrat de travail international*, Répertoire de droit international, n° 84 et s.
- H. KENFACK, *Droit du commerce international*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017.
- C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, 2013.
- J.-P. LABORDE et S. de SANA-CHAILLE NERE, *Droit international privé*, Dalloz, 2021.

- P. LALIVE, *Cours général de droit international privé*, Académie de droit international, 1997.
- F. LAURENT, *Le droit civil international*, t. VII, 1882.
- Ch. LEBEN, *Le droit international des affaires*, PUF, 2003.
- Y. LOUSSOUARN ET J.- D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1969.
- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup>
- J.- P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, 4<sup>e</sup> éd. Revue Banque édition, 2009.
- P. MAYER, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 1998.
- P. MAYER et HEUZE. *Droit international privé*. Montchrestien 2007.
- P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019.
- F. MELIN, *Droit international privé*, Gualino, 12<sup>e</sup> éd. 2022.
- J.- M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.- L. PIERRE, *Droit du commerce international*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012.
- W. PISSOORT et P. SAERENS, *Droit commercial international*, De Boeck, 2012.
- R. SANDRETTO, *Le Commerce international*, *Annales de Géographie*, t. 98, 1989.
- F. SURVILLE et F. ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., 1925.
- T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 2017.
- WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1886.

#### **OUVRAGES SPECIAUX ET THESES**

- J. ADDA, *La mondialisation de l'économie*, 8<sup>e</sup> éd. La Découverte, 2012.
- J.- P. ALLEGRET et P. LE MERRER, *Economie de la mondialisation : Vers une rupture durable ?* De Boeck, 2015.
- C. ALLIBERT, *Les contacts entre l'Arabie, le Golfe persique, l'Afrique orientale et Madagascar : confrontation des documents écrits, des traditions orales et des données archéologiques récentes*. MOM Editions, 1984.
- W. ANDREFF, *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ?* Hommage à Charles- Albert Michalet, Presses universitaires de Paris, 2013
- A.- J. ARNAUD, *Dictionnaire de la globalisation*, LGDJ, 2010
- B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990

- M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2<sup>e</sup> éd LGDJ- Lextenso, 2016.
- H. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Sirey, 1929.
- H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.
- B. BEHAJA, *La notion de risque en droit des assurances : Etude comparative en droits malgache, français et de la CIMA*, Thèse, université de La Réunion, 2017.
- P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales. Étude comparative de droit cambiaire français et américain*, Economica, 1986.
- A. BOISSON, *La licence de droit d'auteur*, LexisNexis, 2013.
- N. BOUCHE, *Le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002.
- X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ, 1998.
- BROCHER *Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris, t. II, 1883.
- D. BUREAU, *Les sources informelles du droit international privé*, Thèse Paris II, 1992.
- F. BUY, M. LAMOUREUX et J.- C. RODA, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.
- O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002
- P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.
- E. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec, 2002.
- L. CARAYON, *Histoire de l'établissement français de Madagascar pendant la restauration : précédée d'une description de cette île et suivie de quelques considérations politiques et commerciales sur l'expédition et la colonisation de Madagascar*. Gide, 1845.
- S. CLAVEL, *Droit international privé, les biens*, DALLOZ, 2018.
- R. DAVID, *l'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982, n°388
- O. DE FROUVILLE, *Le cosmopolitisme juridique*, Pedone, 2015.

- F. DEBY- GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, LGDJ, 1973.
- DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse Paris I, 1974.
- J.- M. DELEUZE, *Le contrat international de licence de know how*, 4<sup>e</sup> éd Masson, 1988.
- U. DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruylant- FEC, 2003.
- L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006.
- ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010.
- Y. FLOUR, *Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Thèse Paris II, 1977.
- M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 1990.
- C.FORSYTH, *Private International Law. The Modern Roman-Dutch Law Including, the Jurisdictions of the High Court*, 5<sup>e</sup> éd. Juta, 2012.
- J.- M. GARINOT, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2013.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I »*, Jurisclasseur Europe Traité, Fasc. 3201, 2008.
- F. GREAU, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, 2006.
- E. GOUNOT, *L'autonomie de la volonté*, Thèse, Université de Dijon, 1912.
- B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, Thèse Paris II, 2008.
- D. HASCHER, *Arbitrage du commerce international*, Répertoire de droit international, 2022, n°130
- V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, LGDJ, 2000.
- V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN Joly, 1990.
- D. HOUTCIEFF, *Acte de commerce-Acte de commerce terrestre*, répertoire de droit commercial, 2008, n°61 et s.
- J.-M. JACQUET, *Contrats-Détermination de la loi du contrat en fonction du choix des parties*, Répertoire de droit international, 2022, n°63 et s.
- J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica 1983.
- L. JHERING, *Esprit du droit romain*, 2009.

- M.- N. JOBARD- BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984.
- M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, GLN- Joly, 1995.
- Ph. KAHN, C. KESSEDJIAN, *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996.
- E. KANT, *Eléments métaphysique de la doctrine du droit*, Auguste-Durand, 1853.
- W.J. KASSIR, *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats, Consécration mondiale, risques d'exacerbation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux*, LGDJ, 2019.
- H. KENFACK, *La franchise internationale*, Thèse Toulouse I, 1996.
- C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010.
- H. LACORDAIRE (1802-1861), *Sermon à la chaire de Notre-Dame (1848)*
- G. LARDEUX, *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier, 2016.
- S. LAVAL, *Le tiers et le contrat. Etude de conflit de lois*, Thèse Paris I, 2014.
- F. LEBORGNE, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats. Étude de droit interne et de droit international privé*, Thèse Rennes, 1995.
- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992.
- M. LUSSAUT, *Hyper- lieux Les nouvelles géographies de la mondialisation*, Seuil, 2017.
- MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce international*, Larcier, 2012
- D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 6<sup>e</sup> éd., 2004.
- F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, 2005.
- MEZGHANI, *Méthodes de droit international privé et contrat illicite*, RCADI, 2003.
- C.- A. MICHALET, *Qu'est- ce que la mondialisation ?* La Découverte, 2004.
- D.-P. MONOD, *Moyens et techniques de paiement internationaux*, 4<sup>e</sup> éd., ESKA, 2007
- D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, LGDJ, 1997.
- C. PELLEGRINI, *Droits applicables au contrat international. Étude théorique et pratique du dépeçage*, Thèse Lyon III, 2013.
- P. PHILIPPON, *Les contrats de non opposition*, Thèse, Montpellier I, 1996.
- D. PLIHON, *La monnaie et ses mécanismes*, La Découverte, 2013, n°201.
- M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, 8<sup>e</sup> éd. Defrénois, 2014.
- J-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

- S. SASSEN, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard, 2009.
- P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.
- SCHNITZER, A., *Handbuch des internationalen Handels, Wechsel- und Checkrechts*, Zurich/Leipzig, 1938.
- E.F. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 4<sup>e</sup> éd., 2004.
- R. SZRAMKIEWICZ ET O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2<sup>e</sup> éd., 2013.
- E. TARDIEU-GUIGUE, *Le contrat de licence de marque*, thèse, Montpellier I, 1990.
- P. THIEFFRY, *Commerce électronique : droit international et européen*, Litec, 2002.
- P. Le TOURNEAU, *Les contrats de franchise : Franchisage de distribution, de comptoir, industriel, artisanal, financier, Franchisage de service, Franchisage international, Réseaux de franchise*, Litec, 2003
- L.B.S. YOUBO, *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse, Bordeaux, 2015.

## **II- DICTIONNAIRES JURIDIQUES**

- G. CORNU, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, PUF, 8e éd. 2007.
- *Dictionnaire du Commerce international*.
- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2014.

## **III- TEXTES**

### **➤ CONVENTIONS INTERNATIONALES**

- Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.
- Règlement Rome I (CE) N° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- Convention de Rome I du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- Convention de Berne du 9 sept. 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.
- Convention de Bruxelles révisée du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance.

- Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international.
- Convention de Montréal du 28 mai 1999 convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international.
- Convention de la CNUDCI de 23 novembre 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

### ➤ **TEXTES NATIONAUX**

- Ordonnance n° 62 041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé.
- Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations.
- Code de procédure civile.
- Code du Travail.
- Code maritime.
- Ordonnance n° 62-003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence.
- Loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.
- Loi n°2007-022 du 20 août 2007 sur le mariage et les régimes matrimoniaux.
- Loi n° 2003-042 du 15 juillet 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif.
- Loi n°94-036 portant sur la Propriété Littéraire et Artistique du 9 décembre 1994.
- Loi n° 2017-049 portant régime de protection de la propriété industrielle à Madagascar du 13 décembre 2017.
- Loi n° 2020-005 du 02 juin 2020 sur les assurances.
- Loi n° 2014-024 sur les transactions électroniques du 10 décembre 2014.
- Loi n° 2015-014 du 10 août 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs.
- Loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.
- Loi n° 2003-041 du 15 juillet 2004 sur les sûretés.
- Loi n°2018-043 du 13 février 2019 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.
- Code civil français
- Code monétaire et financier français.
- Code des transports français.
- Code des assurances français.
- Code de la consommation français.
- Code de propriété intellectuelle français

- Code de transport français
- Code de procédure civile français.

#### **IV- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS**

- J.- F. ADELLE, « La cession Dailly est- elle réservée aux banques communautaires ? », *Banque et Droit* mai- juin 2003.
- G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et Droit* 2003, n ° 90.
- C. ALBIGES, « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Dr. et patr.* 2006, n ° 150.
- M. M. ALBORNOZ ET J. FOYER « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I », *Journal du droit international*, 2012.
- C. ALLIBERT, « Le mot *Ḳomr* dans l'Océan indien et l'incidence de son interprétation sur l'ancienneté du savoir que l'on a de la région », *Topoi. Orient-Occident*, 10-1, 2000.
- M.- E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du Règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008.
- M.- É. ANCEL « La forme de l'hypothèque à l'heure des rapports juridiques transfrontaliers », *JCP N* 2013, n ° 1253.
- B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 38- 39.
- D. P. F. ARROYO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. int. pr.*, 1995.
- J. AUDINET, *Rép. trav.*, v° Conflits de lois et de juridictions, 1976, n° 36 s.
- B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges P. Mayer, LGDJ- Lextenso*, 2015.
- B. AUDIT, « Vente », *Rép. internat.*, 2011.
- T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP*, 2010-2012, n° 11
- T. AZZI, « Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions », *RIDA* oct. 2007,
- T. AZZI, « Atteinte aux droits de propriété intellectuelle et conflits de lois. De l'utilité de l'article 8 du règlement Rome II », *Propr. intell.* 2009. 324.

- R. BARATTA, « Il collegamento più stretto nei diritti internazionali privati dei contratti », Milan, *Giuffrè*, 1991.
- J. BASEDOW, « Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR », *Jahrbuch für die Praxis des Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989.
- G. BASTID- BURDEAU, « Le commerce international des armes : de la sécurité à la défense de l'éthique des droits de l'Homme », *JDI* 2007. 413.
- H. BATIFFOL, « Problèmes des contrats privés internationaux », *Cours I.H.E.I.*, 1961-1962, fasc. 2, p. 68-69.
- H. BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Sirey*, 1957.
- H. BATIFFOL, *Rép. internat.*, v<sup>o</sup> Contrats et conventions, 1968, n<sup>o</sup> 9.
- J. BAUERREIS, « Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats », *Rev. crit. DIP* 2000. 331.
- S. BAZINAS, « La contribution de la CNUDCI à l'unification du droit du financement par cession de créances : la Convention sur la cession de créances dans le commerce international », *RD banc. fin.* 2003, n<sup>o</sup> 370.
- P. BEAUJARD, « Les manuscrits arabico-malgaches (sorabe) du pays antemoro (Sud-Est de Madagascar). Coran et talismans ». Textes et pratiques magiques en milieu musulman, 2007.
- J. BEGUIN, « La convention d'Ottawa du 27 mai 1988 sur l'affacturage international », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003.
- M. BENCHEKROUN « Le contrat sans loi en droit international privé », *Revue québécoise de droit international privé*, 2005.
- D. BERLIN, « Droit international et distribution internationale », *DPCI* 1993.
- J.- L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Trav. com. fr. DIP* 1984. 23.
- J.- L. BISMUTH, « Le contrat international de sous-traitance », *RD aff. int.* 1986. 535.
- P. BLOCH, « Un espoir déçu : la Convention des Nations unies sur les lettres de change et billets à ordre internationaux », *JDI* 1992. 907.
- S. BOLLEE, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014.
- T. BONNEAU, « Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement », in *Mélanges AEDBF- France*, 1997.
- O. BOSKOVIC et G. PILLET, « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a », in S. *Corneloup* et N. Joubert.
- S. BOSTANJI « Approche critique de la clause *d'electio juris* », *RJL* 2009, n<sup>o</sup>4.

- L. BOY, J- B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique », Larcier, collection « Droit/ Economie/ International », 2008.
- D. BUREAU, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *Rev. Crit. DIP*, 2022.
- G. BURDEAU, « Le gel d'avoir étrangers », *JDI* 1997. 26.
- D. BUREAU, « Les conflits de lois relatifs à l'opposabilité des transferts de créance par bordereau selon la loi de sécurité financière », *RDC* 2004. 445.
- M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927.
- V. CAVALIER G. « La notion de contrat de fourniture de services au sens de Bruxelles I à propos de l'arrêt Falco du 23 avril 2009 rendu par la CJCE », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°39, juin 2009.
- J.- Y. CHEROT et B. FRYDMAN « La science du droit dans la globalisation », Bruylant, 2012 ;
- D. COHEN, « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire de B. Oppetit*, Litec, 2009.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1987.
- B. COUTENIER, « Les techniques de mobilisation des créances internationales. Aspects de droit international et de droit comparé », *RD aff. int.* 1999. 295.
- R. CRONE, « La loi applicable aux pouvoirs des dirigeants de sociétés étrangères – De la théorie... à la pratique », *Trav. Com. fr. DIP 1999- 2000*, Pedone, 2002.
- CUMYN M. et GOSSELIN F., « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », *Revue de droit de McGill* 329-387, 2016, n° 62-2.
- CUMYN M., « Pourquoi définir les concepts juridiques », *Chaire de rédaction juridique*, université Laval, 15 janvier 2018.
- R. DAMMANN et G. PODEUR, « La Cour de cassation sauvegarde l'efficacité de la “ dette parallèle” et du trust », *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 2011, n ° 5.
- M. DE BOISSESON, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », *Joly* 1997, n° 660.
- E.- S. De La MARNIERE, « Monnaie de compte et monnaie de paiement », *D.* 1951. 169.
- F. DE LY, « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », *RDAI/ IBLJ* 2000. 719.
- F. DE LY, « La pratique de la rédaction des contrats internationaux », *Bruylant*.

- F. DE LY, « Les clauses mettant fin aux contrats internationaux », *RDAI/ IBLJ*, 1997. 801.
- P. A. De MIGUEL ASENSIO, « The law governing international intellectual property licencing agreements (a conflict of laws analysis) », in J. De Werra (dir.), *Research Handbook on Intellectual Property Licencing*, Cheltenham, *Edward Elgar Publishing*, 2013.
- P. DE VAREILLES- SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207.
- P. De VAREILLES -SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006. 2464.
- Ph. DELEBECQUE, « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : “ a civil law perspective ” », *DMF* 2009. 335.
- Ph. DELEBECQUE, « La convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international ou le nouveau droit du transport aérien », *JDI* 2005. 263.
- M. DELIERNEUX, « Les instruments du paiement international », *RD aff. int.* 1993. 987.
- J.- L. DELVOLVE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *Trav. Com. fr. DIP 1989- 1990*, CNRS, 1991.
- J. DEPREZZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », *Dr. soc.* 1995. 323.
- Y. DERAINS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales » : *Rev. arb.* 1973, p. 122 et obs. *JDI* 1990.
- M. DEVISME, « L'analyse de la situation matrimoniale de l'acquéreur ou du vendeur dans un contexte international, une démarche essentielle », *JCP N* 2013, n ° 1171.
- V.P. DEUMIER et J.- B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC* 2008. 1309.
- P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494.
- DICK VAN ENGELEN, « Rome II and intellectual property rights: Choice of law brought to a standstill », *NIPR* 2008, Alf. 4.

- V. F. DIESSE, « Bonne foi, coopération et raisonnable dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 », *JDI* 2002. 54.
- DONGGEN XU, « le droit international en Chine : une perspective comparative » *Recueil des cours*, tome 270, 1997.
- G. A.- L. DROZ, « Problèmes soulevés par l'établissement en Angleterre ou aux États-Unis d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français », in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991.
- L. d'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165.
- L. D'AVOUT, « Les lois de police », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* Bruylant, 2015.
- M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Némésis, 1986.
- J-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Journal de droit international Clunet*, 2003.
- M. FARGE, « Droit de la famille, Détermination du droit applicable », *Dalloz action*, 2020, n°512.241 et s.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Dalloz* 2013.2037.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales » *Dalloz* 2007.Chron.96, spéci.101
- B. FAUVARQUE- COSSON, « La prescription en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 2002- 2004, Pedone, 2005.
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international » : *RID comp.* 1998.
- L. FEDI, « Présentation de la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer », *RD transp.* juill. 2009.
- N. FERJANI, V. HUET, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », *JDI* 2010. 737.

- F. FERRARI, « La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », *JDI* 2006. 27.
- S. FERRERI, « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », *RIDC* 2001.
- D. FERRIER, « La franchise internationale », *JDI* 1988. 625.
- M. FONTAINE, « Les accords de contre- achat », *DPCI* 1982. 161.
- M. FONTAINE, « La notion de contrat économique international, Le contrat économique international : Stabilité et évolution », *Bruylant- Pedone*, 1975.
- M. FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *DPCI* 1979. 469.
- M. FONTAINE, « Les accords de contre- achat », *DPCI* 1982. 16.
- M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *DPCI* 1982. 401.
- Ph. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjuncture économique », *Rev. arb.* 1979. 81.
- M. FOUQUET, « Le choix de la loi dans les contrats internationaux, stratégie et droit international privé », *Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) – UMR CNRS 6262/Université de Rennes 1*, 2019.
- J. FOYER, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges Y. Loussouarn, *Dalloz*, 1994
- Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966. 1.
- S. FRANCK et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. Corneloup et N. Joubert, *Litec*, 2011, p. 357.
- S. FRANCO, *Rép. internat.*, v° Règlement Rome I (obligations contractuelles), n° 122.
- H. FULCHIRON, « La part du flou dans le droit », *RTD civ.*, 2022.333.
- E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Études offertes à P. Bellet*, *Litec*, 1991.
- L. GANNAGE, « Le contrat sans loi en droit international privé », in *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007.

- F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome I Regulation: Much ado about nothing? », *European Legal Forum* 2008. 61.
- H. GAUDEMET-TALLON, Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I », *JCl. Droit international, fasc. 552-15*, 2008.
- H. GAUDEMET-TALLON, « Autorisation de cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la *lex societatis* », *Le Code de commerce 1807- 2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.
- GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *RD aff. int.* 1997. 547
- A. GIARDINA, « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux » : *JDI* 1995.
- Rapport Giuliano- Lagarde.
- P. GLEEN, « La capacité de la personne en droit international privé français et anglais », *Bibliothèque de droit international privé*, vol. XIX, Dalloz 1975.
- S. GLOVER- BONDEAU, « Acquisition ou cession d'un immeuble en France par un mineur de nationalité étrangère ou résidant à l'étranger », *JCP N* 2013, n ° 1173.
- J.- F. GOJON, « Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire – un concours encore incertain », in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007.
- B. GOLDMAN, « Instance judiciaire et instance arbitrale internationale », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec 1991, p. 219 à 243.
- B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* » : *Arch. de phil. du dr.* 1964.
- P. GOTHOT et P. LAGARDE, « Conflits de lois : principe généraux », *Répertoire de droit international*, 2006, n° 11.
- B. GRELON et C.- E. GUDIN, « Contrats et crise du Golfe », *JDI* 1991. 633.
- P. GRIGGS, « Le Protocole d'Athènes », *DMF* 2002. 291 ; P. BONASSIES, « Le Protocole à la Convention d'Athènes de 1974 sur le transport de passagers », *DMF hors-série n ° 7*, 2003. 7.
- A. GRUBER, « Les règles de conflit de lois applicables à la subrogation de l'assureur », *DMF* 2009. 3.
- L.G. GUTERRIEZ, « Franchise contracts and the Rome I Régulation on the Law Applicable to International Contracts », *Yearbook PIL*, 2008.

- B. HAFTEL, « Droit international privé et immatériel – rapport français », in *L'immatériel – Journées espagnoles de l'Association Capitant*, 2014.
- V. HEUZE, « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP 1996- 1998*, Pedone, 2000.
- V. HEUZE, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats, l'exemple de la sous-traitance internationale », *Rev. crit. DIP* 1996. 243.
- N. HOUX, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *LPA* 2001, n° 43.
- J. HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *JDI* 2002. 737.
- J.-B. JACOB, « De la normalité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice*, 2022.45.
- E. JACOBY, « L'acte d'affectation hypothécaire et l'espace judiciaire européen : questions pratiques liées à sa reconnaissance et à son exécution », *Dr. et patr.* 2007, n° 160.
- J.- M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP 1993- 1995*, Pedone, 1996.
- J.- M. JACQUET, « Contrats du commerce électronique et conflits de lois », in *Premières journées internationales du droit du commerce électronique*, *Litec*, 2002.
- F. JAULT-SESEKE, « la détermination de la loi applicable aux rapports collectifs de travail », *Revue de droit du travail*, 2022.330.
- F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. DIP* 2005. 253.
- E. JAYME, « identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 16, 1927.
- E. JOLIVET, « Loi applicable et règlement des différends dans le contrat- modèle de la franchise internationale », *JCP E* 2000, Cah. Dr. Entr. 2000/ 4.
- Rapport JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Documents Septième Session*, 1951.
- Ph. KAHN, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RID comp.* 1981. 951.
- Ph. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI* 1975. 467.
- Ph. KAHN, « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI* 1981. 5.

- Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » : *JDI* 1989, p. 305.
- V.H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/ 2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009. 1, n° 54.
- C. KESSEDJIAN, « Les principes posées par l'UNIDROIT. Un exercice de rénovation des sources du droit du commerce international » : *Rev. crit. DIP* 1995.
- G. KHAIRALLAH, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire : aspects internationaux », *Defrénois* 2007, n ° 38610.
- C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, 2010.
- C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013.
- M. LAAZOUZI, « La limitation internationale du for. Réflexions à propos du contrat d'assurance », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ/ Lextenso, 2014.
- M. LAAZOUZI, « De l'interdiction de conclure un contrat international : à propos d'une illustration législative récente », *RDC* 2016. 276.
- LACORDAIRE, « Sermon à la chaire de Notre-Dame », *52e Conférence de Notre-Dame de Paris*, 1848
- P. LAGARDE, « régimes matrimoniaux-détermination de la loi applicable », *Répertoire de droit international*, 2020, n°19.
- P. LAGARDE, « Règlement n°650/2012 sur les successions -Loi applicable », *répertoire de droit européen*, 2014, n°188
- P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in *La sous-traitance de marchés, de travaux et de services*, 1978.
- P. LAGARDE, « La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial », *Mélanges M. Révillard*, *Defrénois* 2007. 209.
- P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, 1986, t. 196.
- P. LAGARDE, « Rapport sur la sous-traitance en droit international privé », in *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, *Economica*, 1978.

- P. LAGARDE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit international privé », in J. Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, 1990, LGDJ.
- V. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287.
- P. LAGARDE, « approche critique de la lex mercatoria », *Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berhold Goldman, Litec*, 1982.
- P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1975. 649.
- P. LAGARDE, « Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née », in *Mélanges G. A. L. Droz*, 1996.
- F. LECLERC, « Le contrat-cadre en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP*, 2002-2004,
- F. LECLERC, « Les chaînes de contrats en droit international privé », *JDI* 1995. 267.
- M. LEHMANN, « Les effets extraterritoriaux de la législation sur la séparation des activités bancaires », *RDAI/IJBL* 2014. 305.
- S. LEMAIRE, « L'assureur dans le procès international », *RGDA* 2010.
- Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Mélanges Larroumet*, 2010.
- P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », Comité français de droit international privé, 1967.
- T. LEVITT qui, le premier, a mis en exergue le phénomène de « globalization » dans *The Globalization of Markets*, Harvard Business Rev., mai- juin 1983.
- E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international » : *RID comp.* 1989, p. 163.
- Y. Loussouarn, « La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits », *JDI* 1974. 32.
- MAGNUS U. MANKOWSKI P., « The Green Paper on a future Rome I Regulation on the road to a renewed European private international law of contracts », *ZvglRWiss* 103, 2004, 131-189.
- M. MANN, «Lex facit arbitrum, International Arbitration Liber amicorum for Domke», 1967.
- D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *RLDI* avr. 2012. 107.
- D. R. MARTIN, « Embargo sur le bordereau », *RD banc. fin.* mars-avr. 2003.

- R. MATHIEU, « La clause Paramount dans les contrats maritimes », *RD transp.* oct. 2013, form. 4.
- J. MAURY, « La lésion dans les contrats », *Rev. crit. DIP* 1936. 344 et « Les conflits de lois relatifs à la lésion dans les contrats », *Trav. Com. fr. DIP* 1935- 1936, Dalloz, 1937.
- P. MAYER, « La légitimité de l'application de lois de police du for, par dérogation à la loi normalement compétente », *Répertoire de droit international*, 2009, n°24.
- P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981. 277.
- P. MAYER, « Les lois de police », travaux du Comité français de droit international privé, hors-série, 1988.
- P. MAYER, « Les lois de police », *Journée du cinquantième du Comité français de droit international privé, Trav. Com. fr. DIP*, CNRS, 1988.
- P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État » : *JDI* 1986.
- P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », *Mélanges P. Tercier, Schulthess*, 2008, p. 872.
- P. MAYER, « Faut- il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005. 361
- P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges P. Tercier, Schulthess*, 2008.
- P. McELEVY P., « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *Common Law* », *Trav. Com. fr. DIP 2008-2010*, Pedone, 2011.
- M. McLuhan parlait, quant à lui, de « village planétaire » dans *The medium is the message*, 1967.
- E. MEGER, « Du consentement en matière *d'electio juris* et de clause compromissoire, à propos de l'arrêt du BGH du 25 mai 1970 », *Rev. crit. DIP* 1971.
- F. MELIN, « La loi applicable à la compensation dans les procédures communautaires d'insolvabilité », *JDI* 2007. 515.
- B. MERCADAL, « Ordre public et contrats internationaux » : *DPCI* 1977.
- B. MERCADAL, « Rien de nouveau sur le contrat sans loi », *IDEF* 518, 2021.
- V.G. MINNE, « Les règles de conflit de lois en matière de compensation dans le secteur financier », *Bulletin Droit & Banque, ALJB*, 2011, n ° 47.

- L. MOATTI, « La compensation des échanges commerciaux internationaux », *RD aff. int.* 1995. 3.
- P. MORVAN, « Y a-t-il du droit français dans l'avion ? (Réflexions sur les salariés low cost, de Air Afrique à easyJet) », *Dr. soc.* 2007. 191.
- J.- C. MOURIEZ, « Un exemple de coopération bancaire internationale », *Banque* 1976. 1003.
- J.- M. MOUSSERON et P. MOUSSERON, « La langue du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz/ Litec, 1999.
- H. MUIR-WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme ».
- D. NEDJAR, « Les accords de compensation et la pratique contractuelle des pays en voie de développement », in *Contrats internationaux et pays en développement, Economica*, 1989.
- K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1957. 579, 1958.53
- NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927.
- J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927.
- N. NORD, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP* 2016. 309.
- B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « Hardship » », *JDI* 1974. 794.
- B. OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'État ». L'arbitrage Framatome et autres c/ AEOI : *JDI* 1984.
- F. OSMAN, « Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, préf. E. Loquin » : *LGDJ* 1992.
- D. PARDOEL, « Les conflits de lois en matière de cession de créance », *LGDJ*, 1997.
- PARISOT, « Vers une cohérence des textes communautaires en droit du travail ? Réflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogseerd de la Cour de justice », *JDI* 2012. Doctr. 7.
- J. PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », *CCE*, 2005. Étude 17.
- E. PATAUT, « Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés », *RDT* 2011. 14
- E. PATAUT et P. RODIERE, *J.- Cl. Int., fasc. 573- 10*, n° 19.

- PAUWELYN, « The transformations of world trade », *Michigan Law Review*, vol. 104, 2005.
- D. PHILIPPE, « La rédaction des contrats internationaux », Bruylant, 2012.
- PILLET, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, 1894.
- M. PINAULT, « La réconciliation des irréconciliables. La convention des Nations unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux », *Les cahiers de droit*, Université Laval (Québec), vol. 38, n° 3, sept. 1997.
- PIRONON, « Du contrat international de distribution au contentieux de la distribution internationale. Retour sur quelques évolutions récentes », *AJCA* 2015.
- PIRONON, « Le(s) critère(s) de l'internationalité à l'épreuve des pratiques du commerce international », *Mélanges E. Loquin*, LexisNexis, 2018.
- M. PLANCK, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) », *Institute for Comparative and International Private Law, Rebers Z 71/2*, 2007, 255.
- M. PONSARD et M. MARCIN-KOWSKI, « De certaines problématiques liées à la franchise internationale », *AJCA* 2015. 252.
- J.- F. POUDRET, « Critères d'internationalité de l'arbitrage et droit européen », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 2000.
- J.- B. RACINE, « Le projet de Convention CNUDCI sur le transport de marchandises par mer : entre modernité et complexité », *RDC* 2007. 1261.
- F. RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » : *Cah. dr. eur.* 1988.
- R. ROBLOT, « Une tentative d'unification mondiale du droit : le projet de la CNUDCI pour la création d'une lettre de change internationale », in *Mélanges Vincent*, 1981.
- R. RODIERE, « Les tendances contemporaines du droit privé maritime international », *RCADI*, vol. 135, 1972.
- F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Revue québécoise de droit international privé*, 19-2, 2006 ;
- V. M. SALAH, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, t. 315, 2005.

- S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La responsabilité contractuelle en droit international privé », *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 255-20.
- J.-B. SEUBE, « L'appropriation de la CVIM par les juristes Malgaches », *Revue Droit et Société*, 2018.
- F. SIIRIAINEN, « La loi applicable à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle : entre droit(s), économie et valeurs », in *Droit, économie et valeurs. Hommage à Bernard Remiche*, *Larcier*, 2015.
- J. STOUFFLET, « L'apport au droit français de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international », *Banque et Droit* 2003, n ° 90.
- J. STOUFFLET, S. DUROX, « Participation d'un organisme financier étranger à un crédit ouvert en France », in *Mélanges AEDBF France IV*, Banque, 2004.
- J.F. SURVILLE, « De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé », *Journal de droit international privé*, 1889, 535.
- S. SYMEONIDES, « party autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective », dans *K. BoeleWoelki, et al. (dir. Publ.), Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010.
- H. Synvet, « L'internationalisation du droit des affaires », in *Le Code de commerce 1807- 2007, Livre du bicentenaire*, *Dalloz*, 2007.
- Z. TANG, « Law applicable in the Absence of Choice - The New Article 4 of the Rome I Regulation », *Modern Law Review*, 2008. 71. 785.
- Y. TASSEL, « Projet CNUDCI : une double critique de fond », *DMF* 2004. 1.
- Y. TASSEL, *Rép. internat.*, v° Transports maritimes, 2004.
- N. E. Terki, « Les clauses pénales “ take or pay ” dans le contrat international de longue durée », *RDAl/ IJBL* 2014. 109.
- V. THOMAS, « Effets de commerce, Lettre de change et billet à ordre, Warrant », *J.-Cl. Dr. int., fasc. 566- 20*, 2002.
- M. TOMASZEWKI, « La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit », *Rev. crit. DIP* 1972. 567.
- M. TROCHU, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et de premier refus dans les contrats internationaux », *RDAl/ IBLJ* 2002. 303.
- P.Y. TSCHANZ, « Contrats d'État et mesures unilatérales de l'État devant l'arbitre international » : *Rev. crit. DIP* 1985, p. 62.
- M. VANWIJCK- ALEXANDRE, « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAl/ IBLJ* 2002. 407.

- M. VASSEUR, « Les transferts internationaux de fonds : la loi type des Nations Unies sur les virements internationaux », *Rec. Cours La Haye*, t. 239, 1993.
- A. VIDA, « Les contrats de licence en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1964. 209
- . VIRALLY, « Un tiers droit ? réflexions théoriques in Le droit des relations économiques internationales », *Mélanges Goldman Litec* 1982.
- F.C VON SAVIGNY : « system des heutigen römischen Rechts », traduction Guenoux, Paris, *firmin Didot Frères*, 1851.
- WAGNER, « Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) », *IPRax*, 2008. 377.
- V. P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *Mélanges Virally Pedone* 1991.
- W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit. DIP* 1982.

#### **WEBOGRAPHIE**

- <https://mg.ambafrance.org/Le-commerce-exterieur-de-Madagascar>, Dernière modification : 03/09/2020, consulter le 27/09/2022
- <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F001812>. Consulter 27/09/2022.
- <https://mg.ambafrance.org/Le-commerce-exterieur-de-Madagascar>, Dernière modification : 03/09/2020, consulter le 27/09/2022
- <http://malagasy.ovh/2020/09/14/regards-sans-fards-sur-la-justice-malgache-ou-comment-reconcilier-les-justiciables-avec-la-justice-a-madagascar-faratiana-esoavelomandroso-29-octobre-2013/>.
- <http://www.justice.mg/tribunalcommercial/jugement/jugement-n-168-c/>.
- <http://www.justice.mg/tribunalcommercial/jugement/jugement-n-200c-20/>.
- [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests/cisg.html)
- <https://www.africaintelligence.fr/insiders/madagascar/2013/04/22/ylias-akbaraly-un-businessman-ouvert-sur-le-monde/107956709-beg>
- <https://actu.orange.mg/la-justice-malgache-particulierement-touchee-par-la-corruption/>
- <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20220126-indice-de-la-perception-de-la-corruption-madagascar-est-%C3%A0-la-147e-place-sur-180>.

- <https://www.eurojuris.fr/categories/contrats-commerciaux-distribution-8100/articles/les-contrats-internationaux-du-choix-de-la-loi-a-la-gestion-des-conflits-36419.htm>;
- [https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-international/cours-de-professeur/methodes-droit-international-prive-631935.html?utm\\_source=ssd2&utm\\_medium=internal](https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-international/cours-de-professeur/methodes-droit-international-prive-631935.html?utm_source=ssd2&utm_medium=internal).
- actu.orange.mg du 20 octobre 2020,
- justice.madagascar.org du 16 août 2018,
- [www.lagazette.dgi.com](http://www.lagazette.dgi.com) du 16 mai 2015,
- <https://www.larousse.fr/>
- [www.wto.org](http://www.wto.org).
- <https://iccwbo.org>.
- <http://www.ilo.org>.
- <http://www.wipo.int>.
- <http://www.imo.org>.
- <http://www.icao.int>
- <http://www.iata.org>.

## VII- JURISPRUDENCE

### L. ABADIE

- Note sous Civ. 1re, 16 sept. 2015, *D.* 2015. 2356

### R. ACHARD

- Note sous Com. 29 avr. 2002, n° 00- 11.113, *DMF* 2003. 377.

### J.- F. ADELLE

- Obs. Sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2011. 2272.

### É. AGOSTINI

- Note sous Civ. 1re, 11 mars 1997, *D.* 1997. 406.

### D. AKCHOTI

- Note sous Civ. 1re, 30 janv. 2013, *JCP* 2013. Actu. 165.

### F. AMELI

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1992, *Rev. crit. DIP* 1993. 34.

### D. AMMAR

- Note sous Civ. 1re, 18 déc. 1990, *JCP* 1992. II. 21824.

### B. ANCEL

- Note sous Plén. 10 juill. 1992, *Rev. crit. DIP* 1994. 69, 1e esp.
- Note sous Civ. 1re, 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 645.
- Note sous Com. 13 nov. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004. 96, 2e esp.
- Note sous Civ. 1re, 11 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997. 702

#### M.-E. ANCEL

- Note sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *JDI* 2008. 163.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 77.
- Obs. sous Civ. 1re, 16 sept. 2015, *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 74.
- Note sous Civ. 1re, 25 nov. 2003, *JDI* 2004. 1179.
- Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 25 févr. 2009, *Rev. crit. DIP* 2009. 728.
- Note sous Com. 27 avr. 2011, *Rev. crit. DIP* 2011. 624.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, *Dr. et patr.* 2013, n° 231, p. 74.
- Obs. sous Com. 2 oct. 2012, *Dr. et patr.* 2013, n° 221, p. 69.
- Note sous Civ. 1re, 25 nov. 2003, *JDI* 2004. 1179.
- Obs. sous Com. 8 juin 2010, *Dr. et patr.* 2010, n° 198, p. 114.
- Note sous CJUE 9 sept. 2015, *Dr. et patr.* 2015, n° 253, p. 77.

#### P. ANCEL

- Note sous CA Paris, 21 sept. 1989 : *JDI* 1990, p. 116.

#### ANDRIANAIVOTSEHENO

- Obs. sous Tribunal de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 251-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 329.

#### D. ARCHER

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2014, *LPA* 2014, n° 216, p. 5.

#### M. ATTAL

- Note sous Colmar, 18 févr. 2004, *RJ com.* 2005. 51.

#### B. AUDIT

- Obs. sous Paris, 21 janv. 1994, *D.* 1994. 357.
- Obs. sous Civ. 1re, 7 juin 1977, *D.* 1978. IR 103.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, *D.* 1990. Somm. 266.
- Obs. sous Civ. 1re, juill. 2000, *D.* 2002. Somm. 1391.
- Obs. sous Paris, 11 avr. 1972, *JDI* 1974. 620.
- Obs. sous Civ. 1re, 21 juill. 1987, *D.* 1988. Somm. 345.

- Obs. Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, *D.* 1986. IR 265.
- Note sous CA Paris, 10 nov. 1993 : *JCP G* 1994, II, 22314.

#### M. AUDIT

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *D.* 2006. 2798.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, *D.* 1996. Somm. 171.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006. 413.

#### AUDINET

- Note sous CA Paris, 9 février 1931, *S.*1931.2.145.

#### AVENA-ROBARDET

- Note sous Colmar, 18 févr. 2004, *D.* 2004. AJ 1898.

#### T. AZZI

- Note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 2013 (3 arrêts), *D.* 2013. 2004
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2007, *Rev. crit. DIP* 2007. 769
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *JCP* 2007. II. 10074.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, *D.* 2013. 2004.

#### H. BATIFFOL

- Note sous Civ. 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP* 1950. 609.
- Note sous Civ 1<sup>re</sup>. 25 mars 1980, *RCDIP*.1980.576.
- Note sous Civ 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1959, *RCDIP*.1959.708.
- Note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 avril 1952, *S.* 1952.1.185.
- Note sous CA Aix, 13 juillet 1948, *RCDIP*.1949.332.
- Note sous Cass., req., 24 mai 1933, *S.* 1935. I. 253.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 520.
- Note sous Civ., 21 juin 1950, *Rev.crit.DIP*, 1950, p.609.
- Note sous Civ. 25 juin 1957, *Rev. crit.*, 1957, p. 690.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 1967, *Rev. crit. DIP* 1968. 74.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juill. 1961, *Rev. crit. DIP* 1962. 124.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1977, *Rev. crit. DIP* 1978. 119.
- Note sous Civ. 28 juin 1966, *Rev. crit. DIP* 1967. 334.
- Note sous Civ. 24 avr. 1952, *S.* 1952. 1. 185
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 1974, *Rev. crit. DIP* 1976. 91.
- Note sous Com. 19 janv. 1976, *Rev. crit. DIP* 1977. 503.
- Note sous Civ. 6 juillet 1959, *Rev.crit.*, 1959. 708

- Note sous Civ. 1re, 29 janv. 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 338.
- Note sous Cass. com., 18 nov. 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 83.
- Note sous CA Paris, 9 février 193, *Rev.crit. DIP* 1934.628.

J. BEGUIN

- Obs. sous Com. 6 juil. 2010, *JCP* 2011. 158,

J.- S. BERGE

- Note sous CJCE 6 juin 2002, aff. C- 360/ 00, *Rev. crit. DIP* 2002. 771, 2e esp.

P. BERLIOZ

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RJ com.* 2015. 593.
- Note sous Civ. 1re, 16 sept. 2015, *JCP* 2015, n° 1188.
- Note sous Civ. 1re, 30 janv. 2013, *RJ com.* 2013. 227.
- Note sous Com. 13 sept. 2011, *RJ com.* 2011. 593.
- Note sous Soc. 4 déc. 2012, *RJ com.* 2013. 222.

M. BERNIE

- Note sous Com. 8 mars 2011, *DMF* 2010. 19, p. 28.
- Note sous Com. 1<sup>er</sup> déc. 2009, *DMF* 2010. 19, p. 28.

J.- M. BISCHOFF

- Note sous Civ. 1re, 5 mars 2002, *Rev. crit. DIP* 2003. 440.

J.- L. BISMUTH

- Note sous Civ. 1re, 17 oct. 1972, *Rev. sociétés* 1974. 127.

C. BLOCH

- Note sous Com. 16 oct. 2012, *DMF* 2013. 744.
- Note Com. 8 mars 2011, *DMF* 2011. 727.

S. BOLLÉE

- Obs. sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 2562.
- Obs. sous CJCE, 23 avr. 2009, aff. C- 533/ 07 ; *D.* 2010. 2384
- Obs. Sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 2571.
- Note sous Soc. 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 1405- 1408

P. BONASSIES

- Obs. sous Cour suprême de Grande Bretagne, 8 déc. 2018, *DMF* 2019. 148.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146, *DMF* 2012. 632,
- Note sous Com. 20 janv. 2009, n° 07- 16.919, *DMF* 2009. 234.
- Obs. sous Com. 10 juill. 2012, n° 11- 20.166, *DMF* 2012. 821,

J. BONNAUD

- Obs. sous Aix- en- Provence, 4 avr. 2019, n° 16/ 15189, *DMF* 2019. 509

I. BON- GARCIN

- Note sous Com 21 mars 2006, n° 04- 19.246, *JCP E* 2006. 1480.
- Note sous Com. 30 juin 2015, n° 13- 28.846, *JCP E* 2015, n° 41, p. 29.
- Obs. sous Com. 13 mars 2007, n° 05- 21.400, *RD transp.* 2007, n° 4, p. 36

N. BORGA

- Note sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2001. 2518.

O. BOSKOVIC

- Note sous Civ. 1re, 16 sept. 2015, *RLDA* 2015, n° 110, p. 10.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, *Rev.crit. DIP*, 2009, p. 518.

N. BOUCHE

- Note sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 1244.
- Note sous Civ. 1re, 5 mars 2002, *D.* 2002. 2999
- Note sous Civ. 1re, 28 juin 2005, *D.* 2005. 2853

B. BOULOC

- Obs. sous Com. 6 juin 2018, n° 17- 13.854, *RTD com.* 2018. 767.
- Obs. Sous Montpellier 26 mars 2019, n° 17- 24851, *RTD com.* 2019. 475.
- Obs. sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *RTD. com.* 2007. 588.

BREDIN

- Note sous CA Paris, 10 juill. 1965 : *JDI* 1966, p. 359.
- Note sous CA Aix, 2 déc. 1965 : *JDI* 1966, p. 108
- Note sous CA Aix, 24 mars 1966 : *JDI* 1966, p. 108

C. BRIERE

- Obs. Sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *D.* 2005. 2533.
- Obs. Sous CJUE 12 sept. 2013, *JDI* 2014, *comm.* 4.
- Note sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *JDI* 2012. 5.
- Note sous CJCE 16 juill. 2009, *Rev. crit. DIP* 2010. 184.

S. BRISSY

- Note sous Soc. 12 juill. 2010, *JCP S* 2010, n° 1409, no 41.

J. BURDA

- Obs. sous Soc. 26 mars 2013, *JDI* 2014, *comm.* 2.

#### D. BUREAU

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, *Rev. crit. DIP* 2007. 405.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004. 83.
- Obs. sous Com. 14 janv. 2004, *RDC* 2004. 1059.
- Note sous Com. 2 oct. 2012, *crit. DIP* 2013. 201.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *Dr. et patr.* 2004. 770.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 31 Mai 2005, *RDC* 2005. 1185.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, *RDC* 2004/3, p. 769.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 2003, *RDC* 2004/3, p. 769.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *JDI* 1991, p.371.

#### O. CACHARD

- Note sous Poitiers, 29 nov. 2011, *DMF* 2012. 622.

#### L. CADIET

- Obs. sous Com. 30 mars 1993, *JCP* 1993. I. 3723.

#### H. CAPITANT

- Note sous Civ., 17 mai 1927, *DP* 1928, I, p. 25

#### R. CARAYOL

- Obs. sous Com. 17 févr. 2015, n° 13- 25.662, *Gaz. Pal.* 2015, n° 70, p. 22.
- Obs. sous Com. 6 juin 2018, n° 17- 13.854, *Gaz. Pal.* 2018, n° 29, p. 31
- Obs. sous Com. 17 févr. 2009, n° 08- 14.188, *Gaz. Pal.* 2010, n° 34- 35, p. 20
- Obs. sous Com. 30 juin 2015, n° 13- 28.846, *Gaz. Pal.* 2015, n° 252, p. 20.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, *Gaz. Pal.* 3 févr. 2010, n° 34, p. 17.

#### C. CARON

- Obs. Sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *CCE* 2005, comm. 133.

#### A. CERLES

- Obs. sous Com. 8 juin 2010, *RD banc. fin.* 2011, comm. 50.

#### P.- D. CERVETTI

- Note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 2013 (3 arrêts), *RLDI*, Juin 2013, no 94.

#### L. CHAMINAH

- Note sous Com. 15 janv. 2020, *Revue droit et société de l'université de Majunga*, 2021. 12.

#### E. CHEVRIER

- Obs. Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 511.

N. CIRON

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RCA* 2015. Étude 12.

C. COHEN

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2010, *Rev. crit. DIP* 2010. 485.

M. CONTAMINE- RAYNAUD

- Note sous Com. 4 juill. 1995, *RD bancaire et bourse* 1995. 222.

I. CORBIER

- Note sous Com 30 mars 2010, n° 09- 11.397, *DMF* 2010. 414.

S. CORNELOUP

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, *Rev. crit. DIP* 2016. 119.
- Note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 10 sept. 2015, *Rev. crit. DIP* 2016. 119.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *Rev. crit. DIP* 2016. 119.
- Note sous Com. 5 avr. 2011, *Rev. crit. DIP* 2011. 864.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *JCP* 2014, n° 1183.

COUCHEZ

- Note sous CA Paris, 12 juin 1980, *Rev. arb.* 1981, p. 292, 2<sup>e</sup> arrêt.

P. COURBE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *D.* 2007. 1751.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 735.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, *D.* 2005. 2626.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1983, *JCP* 1984. II. 20295.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 732.

PH. COURSIER

- Note sous Soc. 13 oct. 2016, *JCP S* 2016. 1406.

P. DALMAZIR

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *RTD eur.* 2015. 348- 18.

G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1970, *JDI* 1970. 923.

É. DE LA MARNIERE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1989, *D.* 1990. 167.

P. DE VAREILLES- SOMMIERES

- Note sous Com. 27 avr. 2011, *JDI* 2012. 150.

## DEHOVE

- Note sous CA Aix, 13 juillet 1948, *RCDIP*.1949.332.

## V. DELAPORTE

- Note sous Civ. 1re, 24 janv. 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 689.

## PH. DELEBEQUE

- Obs. sous Com. 20 janv. 1998, n° 95- 20.705, *DMF* 1998. 583
- Obs. sous Cour suprême de Grande Bretagne, 8 déc. 2018, *DMF hors- série* 2019. 75.
- Obs. sous Com. 3 mai 2006, *DMF hors- série* 2019 p. 76.
- Obs. sous Com. 16 janv. 2019, *DMF hors- série* 2019 p. 76.
- Obs. sous Rouen, 21 juin 2018, n° 17/ 00526, hors- série 2019. 78.
- Note sous 14 mai 2002, *DMF* 2002. 620.
- Obs. sous 7 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 521.
- Note sous Com. 2 mars 1999, *DMF* 2000. 245
- Obs. sous Com. 6 juin 2018, *DMF* 2019, hors- série, p. 79.
- Obs. sous Civ. 1re, 13 mars 2013, *D.* 2013. 766, *RD transp.* 2013, n° 2, p. 37
- Note sous Com. 17 févr. 2009, *D.* 2009. 1308.
- Obs. sous Com. 17 mai 2011, *RD transp.* 2011, n° 10, p. 37.
- Obs. sous Com 21 mars 2006, *RTD com.* 2006. 519.
- Obs. sous Com. 30 juin 2015, *RTD com.* 2015. 617.
- Obs. Sous Com. 13 mars 2007, *RD transp.* 2007, n° 4, p. 29.
- Obs. sous Com. 29 avr. 2002, *RTD com.* 2002. 599.
- Obs. Sous Com. 8 mars 2011, *DMF* 2010 hors-série juin 2010, p. 51, 74 et 77.
- Obs. sous Com. 1<sup>er</sup> déc. 2009, *DMF* 2010 hors-série juin 2010, p. 51, 74 et 77.
- Obs. Sous Com. 8 mars 2011, *RTD com.* 2010. 456.
- Obs. sous Com. 1<sup>er</sup> déc. 2009, *RTD com.* 2010. 456.
- Obs. Sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *RTD. com.* 2007. p. 630.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *D.* 2004. 233.
- Obs. Sous Paris, 13 oct. 2006, *RTD com.* 2007. 264.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *RTD com.* 2004. 847.
- Note sous Com. 11 mars 1997, *Deffrénois* 1997, art. 36690.
- Obs. sous Com. 14 janv. 2004, *RTD com.* 2004. 845.
- Obs. Sous Poitiers, 29 nov. 2011, *RTD com.* 2012. 217.
- Obs. Sous Civ. 1re, 25 nov. 2003, *RTD com.* 2004. 396.
- Obs. Sous Civ. 1re, 4 oct. 2005, *RTD com.* 2006. 252

X. DELPECH

- Obs. Sous Com. 23 janv. 2007, *D.* 2007. 438.

J. DERUPPE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *JDI* 1970. 916.

O. DESHAYES

- Note sous Com. 17 févr. 2009, n° 08- 14.188, *RDC* 2009. 1377.

P. DEUMIER

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *RDC* 2006. 1253.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *RDC* 2007. 887.
- Obs. sous Poitiers, 29 nov. 2011, *RDC* 2012. 1335.
- Obs. sous Soc. 10 mai 2006, *RDC* 2006. 1260.

S. DION- LOYE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1994, *JDI* 1995. 134.

L. D'AVOUT

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 2562.
- Obs. sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *D.* 2011. 2434.
- Note sous CJCE 16 juill. 2009, *JDI* 2010. 4.
- Obs. sous Versailles, 5 févr. 2015, *D.* 2015. 2031.
- Obs. sous Com. 2 oct. 2012, *D.* 2013. 2293.
- Note sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2001. 2518.

J.- P. ECK.

- Note sous Com. 7 mars 1972, *Rev. crit. DIP* 1974. 486

B. EDELMAN

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, *JDI* 1992. 133.

M. EHRENFELD

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, n° 341- 343, p. 17.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, n° 222- 224, p. 20.

B. FAGES

- Obs. sous Versailles, 7 juin 2007, *RTD civ.* 2007. 772.

M. FALLON

- Note sous CJCE, 23 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000. 710.

C. FERRY

- Note sous Civ. 1re, 25 oct. 1989, *JDI* 1992. 113.

#### M. FOLLIN

- Obs. Rouen, 21 juin 2018, n° 17/ 00526, *DMF* 2019. 226.

#### PH. FOUCHARD

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *Rev. crit. DIP* 1971. 75.
- Note sous Civ. 1re, 29 oct. 1974, *JDI* 1975. 314.

#### A. FRANÇON

- Note sous Civ. 1re, 28 mai 1991, *JCP E* 1991. II. 21731

#### P. GAËL

- Note sous Com 3 déc. 2013, n° 12- 22.093, *DMF* 2014. 38

#### I. GALLMEISTER

- Obs. sous Civ. 1re, 3 févr. 2010, *D.* 2010.443.

#### H. GAUDEMET- TALLON

- Obs. sous Soc. 13 oct. 2016, *D.* 2017. 1011.
- Note sous Paris, 7 juin 1996, *RTD eur.* 1996. 785.
- Note sous CJCE 19 janv. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 320.
- Obs. sous Soc. 28 oct. 2015, *D.* 2016. 1045.
- Obs. Sous Soc. 26 mars 2013, *D.* 2014. 1064.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1969, *JCP* 1970. II. 16182.
- Note sous Com. 11 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997. 537
- Note sous Paris, 14 nov. 1990, *JDI* 1991. 734.
- Note sous Civ. 1re, 17 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 537
- Note sous Com. 30 mars 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 680.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, *JDI* 2007, p. 125.

#### P.- Y. GAUTIER

- Note sous Civ. 1re, 28 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 752

#### C. GIJSBERS

- Obs. Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, *RLDC* 2013/ 107, n ° 5198.

#### J. GINSBURG

- Note sous Civ. 1re, 28 mai 1991, *JCP E* 1991. II. 220.

#### B. GOLDMAN

- Note sous Com. 4 mars 1963, *JDI* 1964. 806.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1959, *JDI* 1961. 420.
- Note sous Civ., 10 janvier 1951, *JDI* 1951. p. 882
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *JDI* 1963. p. 1004.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, *Rev. arb.* 1985, p. 431
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 177.
- Note sous CA Paris, 13 juill. 1989 : *JDI* 1990, 430.
- Note sous CA Paris, 13 juill. 1989 : *JDI* 1990, 430.
- Note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 177.

#### T. GROUD

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2006, n ° 66, p. 2

#### H. GROUTEL

- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 29 juin 2017, *RCA* oct. 2017, comm. 258.
- Obs. Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, *RCA* 2015, n° 10, p. 21.

#### PH. GUEZ

- Note sous Com. 30 mars 1993, *JCP* 1993. II. 22182.

#### J. HA NGOC

- Obs. sous Com. 10 juill. 2012, *DMF* 2019. 220
- Obs. sous Com. 16 janv. 2019, *DMF* 2019. 220

#### B. HAFTEL

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RDC* 2016. 71.

#### J. HAMEL

- Note sous Civ. 21 juin 1950, *D.* 1951. 749

#### P. HAMMJE

- Note sous Soc. 10 mai 2006, *Rev. crit.* DIP 2006. 856

#### L.- C. HENRY

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, *JCP* 1996. II. 22742.
- Note sous Com. 2 oct. 2012, *Bull. Joly Entrep. diff.* 2013. 36.

#### M.- A. HERMITTE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avr. 1986, *JDI* 1987. 104.

#### J. HERON

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juill. 1987, *Rev. crit.* DIP 1988. 699.

#### V. HEUZE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RGDA* 2015. 499.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *JCP* 2015, n° 1163.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 332.
- Note sous CA Angers, 18 mai 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 501.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2004, *RGDA* 2005. 191

#### G. HOLLEAUX

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1959, *D.* 1960. 93
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1959, *RIDA* juill. 1960. 79.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *D.*, 1963, p. 677

#### A. HUET

- Obs. sous Com. 18 oct. 1994, *JDI* 1995. 143.
- Obs. sous CJCE 19 janv. 1993, *JDI* 1993. 466.
- Note sous Com. 15 mai 2001, *JDI* 2001. 1121.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janv. 1999, *Rev. crit. DIP* 1999. 293.
- Note sous Paris, 19 janv. 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 731.

#### C. HUMANN

- Obs. Sous Basse- Terre 23 mai 2016, *DMF* 2016. 727.

#### L. IDOT

- Obs. sous CJUE 21 janv. 2016, *Europe* 2016, n° 3, p. 63.
- Obs. sous CJUE 12 sept. 2013, *Europe* 2013, *comm.* 495.
- Obs. Sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *Europe* 2011, *comm.* 205.
- Obs. Sous CJUE 15 déc. 2011, *Europe* 2012, *comm.* 113.

#### A. JACQUEMONT

- Note sous Paris, 15 mars 1983, *JDI* 1984. 143.

#### J- M. JACQUET

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *JDI* 2008. 521.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP* 2000. 737.
- Note sous Soc. 10 mai 2006, *JDI* 2007. 531.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, *JDI* 2006. 169.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP* 2000. 737.
- Note sous CA Paris, 10 nov. 1993 : *JDI* 1994, p. 678.

#### JAMBU-MERLIN

- Note sous Cass. com., 9 janv. 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 487

#### F. JAULT- SESEKE

- Obs. Sous CJCE, 23 avr. 2009, aff. C- 533/ 07 ; *D.* 2010. 1585.
- Obs. Sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *D.* 2008. 1508.
- Note sous Soc. 13 oct. 2016, *RDT* 2017. 66.
- Obs. Sous CJUE 12 sept. 2013, *RDT* 2013. 785.
- Note sous Soc. 29 sept. 2010, *Rev. crit. DIP* 2011. 72.
- Note sous Soc. 11 avr. 2012, *RDT* 2012. 388.
- Note sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *Rev. crit. DIP* 2011. 447.
- Note sous Soc. 11 avr. 2012, *RDT* 2012. 388.
- Obs. sous CJUE 15 déc. 2011, *RDT* 2012. 115.
- Note sous Soc. 19 juin 2007, *RDT* 2007. 543.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *D.* 2007. 1751.
- Obs. sous Civ. 1re, 23 janv. 2007, *D.* 2008. 1514.
- Obs. Sous Soc. 21 mars 2018, *D.* 2019. 1016.
- Note sous Soc. 12 juill. 2010, *Rev. crit. DIP* 2011. 72.
- Note sous Com. 2 oct. 2012, *D.* 2013. 62.
- Obs. sous Com. 2 oct. 2012, *D.* 2013. 1507.
- Note sous Civ. 1re, 4 oct. 2005, *D.* 2005. 2626
- Note sous *Dr. soc.* 2011. 336, *Rev. crit. DIP* 2011. 447
- Note sous Soc. 19 juin 2007, *RDT* 2007. 543

#### E. JEANSEN

- Note sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *JCP S* 2011, n° 1241.

#### M.- N. JOBARD- BACHELLIER

- Note sous Com. 21 déc. 1987, *Rev. crit. DIP* 1989. 344.
- Note sous Com. 8 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 371.

#### M. JOSSELIN- GALL

- Note sous Civ. 1re, 5 mars 2002, *D.* 2003. 58.

#### P. JOURDAIN

- Obs. sous Ass.Plén., 6 oct. 2006, *RTD civ.* 2007. 123.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *RTD civ.* 2004. 96.

#### PH. KAHN

- Note sous Civ 1<sup>re</sup>. 25 mars 1980, *JDI.*1980.650.
- Note sous Cass. 1er civ. 29 juin 1971, *Banque commerciale africaine*, p. 52.

- Note sous Cass. 1er civ. 29 juin 1971, *JDI.1972.51*, spéc. p. 54.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, *JDI* 1990. 415 1<sup>er</sup> esp.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 542.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, *JDI* 1985, p. 680.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1971, *JDI* 1972. 51.

**P. KAMINA**

- Note sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *Prop. Indust.* 2005, comm. 67.

**M. KELLER**

- Obs. Sous Soc. 12 juill. 2010, *Dr. soc.* 2011. 212.

**H. KENFACK**

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *D.* 2004. 494.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, *D.* 2007. 1575.

**A. KEREVER**

- Obs. sous CJCE 6 juin 2002, aff. C- 360/ 00, *RIDA* oct. 2002. 261.

**C. KLEINER**

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2015, *JCP E* 2015, n° 1587.
- Note sous CE 10 mai 2012, *D.* 2012. 2289.

**J. KULLMANN**

- Obs. sous CJCE 19 janv. 1993, *D.* 1993. Somm. 214.

**M. LAAZOUZI**

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2015, *RDC* 2016. 80.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, *Rev. crit. DIP* 2011. 704.

**V. LACOSTE- MARY**

- Obs. sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *RDT* 2011. 521.

**P. LAGARDE**

- Note sous Com. 4 mars 1963, *Rev. crit. DIP* 1964. 264.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1970, *Rev. crit. DIP* 1970. 688.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 oct. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000. 29.
- Note sous Com. 15 mai 2001, *Rev. crit. DIP* 2002. 86.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004. 102.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Rev. crit. DIP* 2001. 101.
- Note sous Paris, 21 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1995. 535.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 316.
- Note sous Com. 14 janv. 2004, *Rev. crit. DIP* 2005. 55.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2000, *Rev. crit. DIP* 2001. 491.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 84.
- Note sous Cass. soc., 31 mai 1972, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 683.
- Note sous Cass. com., 4 févr. 1992 : *Rev. crit. DIP* 1992, p. 496.
- Note sous CJCE 6 oct. 2009, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 199.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004. 102.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 465
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1984, *Rev. crit. DIP* 1985. 89.
- Note sous Soc. 31 mai 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 683.
- Note sous BGH 19 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 610.

#### J. LANDEL

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, *RGDA* 2016. 406.
- Note sous Civ. 2e, 4 févr. 2016, *RGDA* 2015. 171.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2014, *RGDA* 2014. 558.
- Note sous Civ. 2e, 15 févr. 2015, *RGDA* 2015. 199.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *RGDA* 2014. 340.

#### G. LARDEUX

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *JCP* 2004. II. 10006

#### J. LASSERRE CAPDEVILLE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2015, *D.* 2015. 2356.

#### M.- C. LASSERRE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *LPA* 2014, n° 185, p. 8.

#### C. LATIL

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *JDI* 2014, comm. 15.
- Note sous Soc. 13 oct. 2016, *RTD eur.* 2017. 336- 31.

#### P. LATRON

- Note sous Com. 19 déc. 2000, n° 98- 12.726, *RGDA* 2001. 134.

#### Y.-É. LE BOS

- Note sous Com. 27 avr. 2011, *D.* 2011. 1654.

#### C. LEFEUVRE

- Obs. sous Com. 7 juin 2005, n° 04- 11.353, JCP 2005. 2383

#### D. LEGEAIS.

- Obs. sous Com. 23 janv. 2007, *RTD. com.* 2007. 420.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *RTD com.* 2006. 644.

#### G. LEGIER

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, *JDI* 2007. 949.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *JDI* 2004. 499.
- Note sous Soc. 19 mars 1986, *D.* 1987. 359.
- TGI Toulouse, 29 sept. 1982, *Rev. crit. DIP* 1982. 480

#### C. LEGROS

- Obs. sous Com 30 mars 2010, n° 09- 11.397, *JCP E* 2010, n° 37, p. 20
- Note sous Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146, *JDI* 2012. 1323.
- Note sous CJCE 6 oct. 2009, *JDI* 2010, comm. 5, p. 183

#### A. LEMARIE

- Note sous Com. 17 févr. 2015, *D.* 2015. 565.

#### Y. LEQUETTE

- Note sous Nancy, 23 oct. 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 723.
- Soc. 19 mars 1986, *Rev. crit. DIP* 1987. 554.

#### LEREBOURS-PIGEONNIERE,

- Note sous CA Paris, 9 février 1931, *DP* 1931.33.

#### LESCOT

- Note sous Com. 4 mars 1963, *JCP* 1963. II. 13376.

#### P. LEVEL

- Note sous 4 juill. 1972 : *Rev. crit. DIP* 1984, p. 82.
- Note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, *JCP G* 1983, II, 19971, 2e esp.
- Note sous Civ. Seine, 9 juill. 1963, *JCP G* 1963, II, 13434.

#### J.-PH. LEVY

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1983, *JCP* 1984. II. 20123.
- Note sous Civ., 21 juin 1950, *JCP*, 1950, II, 5812.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1989, *JCP E* 1990. II. 15721.

#### J.- PH. LHERNOULD

- Note sous Soc. 18 janv. 2011, *Dr. soc.* 2011. 336.

#### R. LIBCHABER

- Note sous iv. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *Defrénois* 2004. 383.
- Note sous Com. 4 juill. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 452.
- Note sous Com. 9 avr. 1991, *Rev. sociétés* 1991. 746

#### F.- X. LICARI

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, *D.* 2011. 423.

#### A. LIENHARD

- Obs. sous Com. 5 févr. 2002, *D.* 2002. 957.
- Obs. sous Com. 2 oct. 2012, *D.* 2012. 2386.
- Obs. sous Com. 13 sept. 2011, *D.* 2011. 2272

#### É. LOQUIN

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, juill. 2000, *JDI* 2001. 97.
- Note sous CA Paris, 13 déc. 1975, *JDI* 1977, p. 106

#### Y. LOUSSOUARN

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1959, *RTD. com.* 1960. 955.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 513

#### H- J. LUCAS

- Obs. sous CJCE 6 juin 2002, aff. C- 360/ 00, *JCP E* 2003, no 8, p. 1508.
- Obs. Sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *JCP E* 2006, no 12. 2178.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2002, *JCP E* 2003. no 10, 278.

#### A. LUCAS- SCHLOETTER

- Obs. sous Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 2013 (3 arrêts), *JCP* 2013. 493.
- Obs. Sous Civ. 1<sup>er</sup>, 18 févr. 2015, *Propr. intell.* 2015. 302.
- Obs. sous CJCE 6 juin 2002, aff. C- 360/ 00, *Propr. intell.* 2002. 65.
- Obs. Sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *Propr. intell.* 2005. 442.
- Obs. Sous Paris, 14 nov. 2007, *Propr. intell.* 2008. 238.
- Obs. sous Paris, 1<sup>er</sup> oct. 2008, *Propr. Intell.* Janv. 2008. 69.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2002, *Propr. intell.* 2002. 56.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2007, *Propr. intell.* 2007. 337
- Obs. sous Paris, 2 avr. 2003, *RIDA* 2003. 413.
- Obs. sous Paris, 2 avr. 2003, *Propr. intell.*, oct. 2003, p. 394

#### G. LYON-CAEN

- Note sous Cass. soc., 31 mai 1972, *JCP G* 1973, II, 17317.

- Note sous Com. 19 janv. 1976, *JDI* 1977. 651.

#### F. MAILHÉ

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *JCP* 2015, n° 991.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, *JCP*, 2015, p.820.

#### D. MAINGUY

- Obs. sous 14 mai 2002, n° 99- 17.761, *JCP E* 2003. 1382.
- Note sous Com. 29 avr. 2002, n° 00- 11.113, *JCP E* 2003. 1382.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *Dr. et patr.* 2004, n° 125, p. 126.

#### P. MALAURIE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1988, *D.* 1989. 80.
- Note sous Civ., 1<sup>re</sup>, 24 février 1959, *D.*, 1959, p. 485.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1963, *JCP*, 1963, II, 13347.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, *Defrénois*, 1975, p. 1081

#### D. MARTEL

- Note sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *JCP* 2011, n° 664.

#### A. MARTIN- SERF

- Obs. Sous Com. 2 oct. 2012, *RTD com.* 2013. 149.

#### P. MAYER

- Note sous CA Paris, 8 mars 1990 : *Rev. arb.* 1990, p. 675.

#### G. MECARELLI

- Note sous Com. 14 janv. 2004, *DMF* 2004. 723.

#### MEGER

- Note sous Arrêt du BGH, 22 sept. 1961 : *Rev. crit. DIP* 1962, p. 621.

#### M. MEKKI

- Note sous Com 21 mars 2006, n° 04- 19.246, *JCP* 2006. 1131.

#### F. MELIN

- Note sous Com. 2 oct. 2012, *JCP* 2012, n° 1246.
- Obs. sous Com. 2 oct. 2012, *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, p. 15.

#### M. MENJUCQ

- Note sous Com. 5 févr. 2002, *RJ com.* 2002. 162.
- Obs. Sous Com. 2 oct. 2012, *JCP* 2013, n° 221.
- Obs. Sous Com. 2 oct. 2012, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 191.

- Note sous Civ. 1re, 8 déc. 1998, *Rev. crit. DIP* 1999. 284.
- Note sous Com. 10 sept. 2013, *Rev. sociétés* 2014. 193.

#### A. MESTRE

- Note sous Civ. 14 févr. 1934, *S.* 1934. I. 297

#### J. MESTRE

- Obs. sous Civ. 1re, 12 janv. 1988, *RTD. civ.* 1988. 740.
- Note sous TGI Toulouse, 29 sept. 1982, *Rev. crit. DIP* 1982. 480.
- Note sous Paris, 22 déc. 1983, *Rev. crit. DIP* 1984. 484

#### S. MIRIBEL

- Note sous Com. 9 juill. 2013, n° 12- 18.504, *DMF* 2014. 256.
- Note sous Com. 19 oct. 2010, n° 09- 68.425, *DMF* 2011. 155.

#### F. MONEGER

- Note sous Nancy, 23 oct. 1989, *JDI* 1991. 398.

#### A. MONTAS

- Obs. Sous Com. 3 mai 2006, *DMF* 2019. 339.
- Obs. sous Com. 16 janv. 2019, *DMF* 2019. 339.
- Obs. sous Rouen, 19 avr. 2012, *DMF* 2012. 740.

#### M.- A. MOREAU

- Note sous Paris, 7 juin 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 55.
- Obs. sous Soc. 9 oct. 2001, *Dr. soc.* 2002. 121.

#### J. MOREL- MAROGER

- Obs. sous Civ. 2e, 16 mai 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n ° 265- 266, p. 44.
- Obs. sous Com. 8 juin 2010, *Gaz. Pal.* 2010, n ° 309- 310, p. 42.

#### G. MORIN

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, *Defrénois*, 1975, p. 1081.

#### P. MOUSSERON

- Obs. Sous Civ. 1re, 25 nov. 2003, *Dr. et patr.* 2004, n ° 125, p. 126.
- Obs. Sous Civ. 1re, 12 mai 2004, *Dr. et patr.* 2004, n ° 131, p. 103

#### H. MOTULSKY

- Note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 avril 1952, *RCDIP*.1952.502.
- Note sous Civ. 24 avr. 1952, *Rev. crit. DIP* 1952. 502.

#### J. MOULY

- Obs. sous Soc. 26 mars 2013, *Dr. soc.* 2013. 457.

#### A. MOURRE

- Obs. Sous Civ. 1re, 26 janv. 2011, *Cah. arb.* 2011. 465.

#### H. MUIR WATT

- Note sous Civ. 1re, 11 mai 1999, *JCP* 1999. II. 10183
- Note sous Civ. 1re, 5 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10082
- Note sous Civ. 1re, 14 janv. 1997, *JCP* 1997. II. 22903.
- Note sous Civ. 1re, 21 sept. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006. 100.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 1991, *Rev. crit. DIP* 1993. 46.
- Note sous Civ. 1re, 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 645.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, *Rev. crit. DIP* 2001. 335.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 341.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janv. 2002, *Rev. crit. DIP* 2002. 343.
- Note sous Paris, 9 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1995. 735.
- Note sous Paris, 14 déc. 1993, *Rev. crit. DIP* 1995. 300.
- Note sous Civ. 1re, 12 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1994. 92.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 18 sept. 2002, *Rev. crit. DIP* 2003. 86.

#### M. NDENDÉ

- Obs. Sous Com 30 mars 2010, n° 09- 11.397, *RD transp.* 2010, n° 5, p. 26.
- Note sous Com. 9 juill. 2013, n° 12- 18.504, *RD transp.* 2014, comm. 4.
- Obs. sous Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146, *RD transp.* 2012, n° 2, p. 27.

#### J.- P. NIBOYET

- Note sous Cass., req., 24 mai 1933, *Rev. crit.* 1934. 142.
- Note sous Civ., 21 juin 1950, *S.*, 1952.1.1.
- Note sous Civ., 19 févr. 1930 et 27 janv. 1931, *S.* 1933, I, p. 41.
- Note sous T. Seine 16 nov. 1938 et Paris, 24 avr. 1940, *S.* 1942. 2. 29.
- Note sous Civ., 12 mai 1930, *S.* 1931, 1, p. 129.

#### M.- L. NIBOYET

- Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2008, *Gaz. Pal.* 2008, n° 82, p. 34.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 2008, *Gaz. Pal.* 2008, n° 82, p. 30.
- Note sous Cass. 1re civ., 30 mai 2000 : *Gaz. Pal.* 2000.
- Obs. sous Civ. 1re, 4 oct. 2005, *Gaz. Pal.* 25 févr. 2006, no 56, p. 24.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *Rev.crit.DIP* 1991, p.58

P.- Y. NICOLAS

- Note sous Com. 28 juin 2011, n° 10- 16.318, *DMF* 2011. 820.

C. NOURISSAT

- Obs. sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *JCP* 2011, n° 1064, § 3.
- Obs. sous Soc. 9 juill. 2015, *JCP* 2015, n° 1004.
- Obs sous Civ.1<sup>re</sup>, 29 sept. 2021, *JCP* 2022, 148.

B. OPPETIT

- Note sous 4 juill. 1972 : *JDI* 1977, 2, p. 843.
- Note sous CA Paris, 13 déc. 1975 : *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507
- Note sous CA Paris, 12 juin 1980, *JDI* 1982, p. 231, 2e esp.
- Note sous Cass. 2e civ., 9 déc. 1981 : *JDI* 1982, p. 931, 3e esp.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 113.
- Note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 1991: *Rev. crit. DIP* 1992, p. 113
- Note sous CA Paris, 19 juin 1970, *JDI* 1971, p. 833.

L. PAILLER

- Obs. sous Soc. 9 juill. 2015, *Dr. soc.* 2015. 741.

D. PARDOEL

- Note sous Grenoble, 13 sept. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 666.

V. PARISOT.

- Note sous Soc. 12 juill. 2010, *JDI* 2011. 600.

G. PARLEANI

- Note sous Civ. 2e, 29 juin 2017, *RGDA* 2017. 635.

B. PASCALE

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2014, *RTD eur.* 2015. 348- 18.

É. PATAUT

- Note sous CJUE 12 sept. 2013, *Rev. crit. DIP* 2014. 159.
- Note sous CJUE 15 déc. 2011, *Rev. crit. DIP* 2012. 648.
- Note sous Soc. 10 mai 2006, *Rev. crit. DIP* 2006. 856.

C. PAULIN

- Note sous Com. 9 juill. 2013, n° 12- 18.504, *Gaz. Pal.* 2014, n° 50, p. 12.
- Note sous Civ. 1re, 13 mars 2013, n° 09- 72.962, *JCP* 2013, n° 530.
- Obs. sous Com. 17 févr. 2009, n° 08- 14.188, *RD transp.* 2009, n° 7, p. 56.

P. PEDONE

- Obs. Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, *Cah. arb.* 2011. 465

H. PEROZ

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 18 sept. 2002, *JDI* 2003. 107

L. PERREAU- SAUSSINE

- Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2008, *JDI* 208, 1073, 2e esp.
- Note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avr. 2008, *JDI* 2008. 1073, 3e esp.

R. PERROT

- Obs. sous Com. 16 oct. 2012, n° 11- 13.658, *Procédures* 2012, n° 12, p. 14.
- Obs. Sous Civ. 1re, 12 mai 2004, *RTD civ.* 2004. 549.
- Obs. Sous Civ. 1re, 12 mai 2004, *Procédures* 2004, no 1274, p. 24.

G. PIETTE

- Obs. sous Montpellier 26 mars 2019, n° 17- 24851, *DMF* 2019. 439

G. PLUYETTE

- Note sous Civ. 1re, 26 janv. 2011, *RJ com.* 2011. 563

F. POLLAUD- DULIAN

- Obs. sous Civ. 1er, 10 avril 2013 (3 arrêts), *RTD. com.* 2013. 725.
- Obs. sous CJCE 30 juin 2005, aff. C- 28/ 04, *RTD. com.* 2005. 735.
- Obs. Sous Civ. 1re, 30 janv. 2007, *RTD. com.* 2008. 556.
- Note sous Paris, 10 juill. 1991, *JDI* 1992. 384.

D. PORCHERON

- Note sous Civ. 1re, 16 sept. 2015, *JCP E* 2015, n° 1587.
- Note sous Paris, 10 avr. 2015, n ° 13/ 07672, *JDI* 2016. 127

F. PREUX

- Note sous Com. 17 févr. 2015, *D.* 2015. 565 ; *DMF* 2015. 537.

J.- B. RACINE

- Note sous Com. 11 avr. 2012, n° 10- 27.146, *RDC* 2013. 217
- Note sous Com. 20 oct. 2009, n° 09- 10.317, *RDC* 2010. 970
- Obs. Sous Com. 27 avr. 2011, *RDC* 2011. 1294.

RAMAROLANTO-RATIARAY

- Obs. sous Tribunal de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 295.
- Obs. sous Tribunal de commerce d'Antananarivo, 6 novembre 2008, n° 229-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 357.

T. RAVEL D'ESCLAPON

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, *D.* 2013. 1540.

J. RAYNARD

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, *D.* 1993. 197.
- Note sous Com. 15 mai 2001, *JCP* 2001. II. 10634.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 2003, *JCP* 2004. II. 10046.

M.- N. RAYNAUD

- Note sous Com. 4 mars 2014, n° 13- 11.007 et 13- 11.008, *DMF* 2014. 525

M. REMOND- GOUILLOUD

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1988, *Rev. crit. DIP* 1991. 86.

P. REMY- CORLAY

- Obs. sous CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, *RTD civ.* 2011. 314.

M. REVILLARD

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1999, *Defrénois* 1999. 523.

F. RIZZO

- Note sous Aix- en- Provence 21 sept. 2006, *JCP* 2006. II. 10202.

J. ROBERT

- Note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 déc. 1981, *D.* 1983, jurispr. p. 238.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, *D.* 1985, jurispr. p. 101.

D. ROBINE

- Note sous Com. 2 oct. 2012, *D.* 2013. 62.

P. RODIERE

- Note sous Plén. 10 juill. 1992, *JCP* 1993. II. 22063.

PH. ROUSSEL- GALLE

- Note sous Com. 5 févr. 2002, *JDI* 2003. 476.

SACHET

- Note sous Ch. réun. 26 mai 1921, *S.* 1923. 1. 33.

S. SANA- CHAILLE DE NERE

- Note sous T. com. Havre, 23 janv. 2015, *DMF* 2015. 807
- Note sous Soc. 28 oct. 2015, *JDI* 2016. 13.

S. SANCHEZ LORENZO

- Obs. sous CJUE 21 janv. 2016, *JDI* 2017. 1489.

M. SANTA- CROCE

- Note sous Civ. 1re, 14 janv. 1997, *D.* 1997. 177.
- Note sous Civ. 1re, 11 mars 1997, *JDI* 2007. 789.

R. SAVATIER

- Note sous Civ. 3 juin 1930, *DP* 1931. 1. 5.

G. SIMON

- Note sous Civ. 1re, juill. 2000, *JDI* 2001. 97.

A. SINAY- CYTERMANN

- Note sous Soc. 13 oct. 2016, *JDI* 2017. 12.

D. SINDRES

- Note sous Cass., 1re civ., 17 mai 2017, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 431.

P. SIRINELLI

- Note sous Civ. 1re, 28 mai 1991, *JCP E* 1991. II. 220.

B. SOUSI

- Obs. sous Plén. 4 mars 2005, *D.* 2005. 785.

J. STOUFFLET

- Note sous Plén. 4 mars 2005, *RD banc. fin.* 2005, analyse 7.
- Obs. sous Com. 8 juin 2010, *JCP E* 2011, n° 1182, § 14.

H. SYNDET

- Note sous Com. 21 déc. 1987, *Rev. sociétés* 1988. 398.

D. TAPINOS

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juin 2015, *Gaz. Pal.* 2015, n° 298- 300, p. 39.

Y. TASSEL

- Note sous Com. 18 mars 2008, n° 07- 11.777, *DMF* 2008. 538.
- Note sous Com. 8 janv. 2008, n° 06- 17.623, *DMF* 2008. 445.
- Note sous Com. 30 mars 1993, *DMF* 1993. 294

A. TENENBAUM

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 sept. 2015, *RDC* 2016. p. 132.

F. TERRE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 22 déc. 1959, *Rev. crit. DIP* 1960. 361.

S. TOURNAUX

- Obs. sous Soc. 26 mars 2013, *Dr. soc.* 2013. 573.

E. TREPPOZ

- Note sous CJCE, 23 avr. 2009, aff. C- 533/ 07, *RDC* 2009. 1558.
- Note sous Civ. 1<sup>er</sup>, 10 avril 2013 (3 arrêts), *JCP* 2013. 701.
- Note Sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janv. 2007, *Gaz. Pal.* 2008. Doctr. 1291.

J.- P. TRICOIT

- Note sous Soc. 9 juill. 2015, *JCP S* 2015, n° 1395.

F. TURGNE

- Note sous Com. 8 mars 2011, *RGDA* 2011. 840.

G. VINEY

- Note sous Com. 13 mars 2007, *RDC* 2007. 1125.

T. VIGNAL

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1999, *JCP* 2000, n ° 255

N. WATTE

- Obs. sous Cass. 27 mars 2006, *JDI* 2011. Chron. 9, n° 5

C. WILLMANN

- Note sous Soc. 10 mai 2006, *S* 2006, n ° 1522.

CL. WITZ.

- Obs. Sous Com. 13 févr. 2007, *D.* 2008. 2623.

## TABLE DES MATIERES

Remerciements .....	1
SOMMAIRE.....	2
ABREVIATIONS ET SIGLES .....	4
RÉSUMÉ.....	9
ABSTRACT .....	10
INTRODUCTION.....	11
PARTIE I : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES.....	28
TITRE 1 : LE FONDEMENT DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	31
CHAPITRE 1 : L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT .....	31
Section 1 : La notion d'internationalité .....	32
§1 : L'internationalité de l'acte selon le Code de procédure malgache .....	32
A- La relation objectivement internationale.....	33
1- Le critère économique .....	34
a- Le critère classique.....	34
b- La vision moderne .....	35
2- Le critère juridique .....	37
B- La relation subjectivement internationale .....	40
1- La position du problème .....	40
2- Les solutions proposées.....	41
a- L'acceptation de l'internationalisation conventionnelle de l'arbitrage .....	41
b- Quid de l'extension de la solution pour l'arbitrage à d'autres contrats ? .....	42
c- Les limites d'une éventuelle généralisation de la règle de la convention d'arbitrage.....	45
§2 : Le critère de l'extranéité retenue par la CVIM.....	49
A- Le choix du critère d'établissement .....	49
B- L'absence de définition de l'établissement dans la CVIM.....	50
1- La difficulté .....	50
2- Les solutions au problème .....	51
a- Les critères de qualification .....	52
b- Les différentes hypothèses existantes .....	54
C- Le renvoi au droit interne de la définition de l'établissement .....	55

1- L'établissement de la personne morale .....	56
2- L'établissement de la personne physique .....	58
Section 2 : L'intérêt de distinction entre le contrat interne et le contrat international.....	62
§1 : Le caractère international du contrat : condition de la faculté des parties de choisir la loi applicable .....	62
A- Le contrat international : base de <i>l'electio juris</i> .....	62
B- Le contrat international : base de compétence du tribunal .....	64
1- Le principe.....	65
2- Le tempérament : l'arbitrage international .....	66
§2 : Le caractère international : condition d'application des règles de conflit de lois .....	67
A- L'existence de conflit de lois .....	67
B- La preuve de l'existence d'un conflit de lois.....	67
1- L'invocation expresse d'un conflit de lois .....	68
2- L'existence d'un élément d'extranéité incident .....	69
3- L'inexistence de l'élément d'extranéité dans le dossier .....	71
§3 : Le caractère international : condition d'application des conventions internationales.....	72
CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.....	73
Section 1 : Les controverses doctrinales autour de la faculté de choisir la <i>lex contractus</i> .....	75
§1 : Les différents courants doctrinaux.....	75
A- La théorie subjectiviste.....	76
1- Le contenu du subjectivisme .....	76
2- Les conséquences du subjectivisme .....	77
B- La conception objectiviste .....	78
C- La thèse de la localisation objective .....	79
§2 : Les critiques respectives de chaque thèse.....	81
A- Les critiques à l'encontre de la théorie subjectiviste.....	81
B- Les critiques vis-à-vis de la thèse objectiviste .....	82
C- Les critiques à l'égard de la conception de la localisation objective .	82
Section 2 : La consécration de l'autonomie de la volonté dans l'état actuel de la <i>lex contractus</i> .....	83
§1 : Le système dualiste en droit positif ? .....	83

A-	Le processus de choix du dualisme et la particularité du droit malgache	83
1-	Le dualisme, système mondialement répandu.....	83
2-	La réticence du législateur malgache à l'application du système dualiste	85
B-	Le contenu du système dualiste.....	86
1-	Le système du droit national.....	86
2-	Le système dualiste dans les conventions internationales.....	88
§2 :	La prééminence de la loi d'autonomie.....	89
A-	La loi d'autonomie : un principe mondialement reconnu .....	90
B-	La portée de la prééminence de loi d'autonomie.....	92
1-	Une application limitée aux règles de conflit de lois.....	92
2-	Une application limitée par les règles impératives internationales .	93
Section 3 :	L'exercice de l'autonomie de la volonté .....	94
§1 :	Les modalités de choix .....	94
A-	La distinction entre le contrat de choix et le contrat substantiel .....	94
B-	La forme du choix .....	96
1-	Le choix exprès et le choix tacite .....	96
2-	Les circonstances de la cause et le choix hypothétique.....	100
3-	Le choix écrit et le choix verbal .....	103
C-	Le moment du choix.....	104
1-	Le choix concomitant ou ultérieur à la conclusion du contrat substantiel	104
2-	Le choix modificatif du choix initial.....	104
§2 :	L'étendue de la liberté de choix.....	107
A-	L'application d'un droit non étatique ?.....	107
1-	Le principe.....	108
2-	Les tempéraments.....	109
a-	Les conventions internationales .....	109
b-	Les principes généraux du droit, les principes de droit international, les principes du commerce international .....	110
c-	La <i>lex mercatoria</i> .....	111
B-	Le dépeçage du contrat.....	112
C-	Le contrat sans loi.....	115
D-	Le gel du droit applicable.....	116

E- Le choix d'une loi neutre .....	117
TITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN PRÉSENCE DE CHOIX DES PARTIES .....	119
CHAPITRE 1 : LE DOMAINE DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	119
Section 1 : La <i>lex contractus</i> dans la phase de la formation du contrat .....	119
§1 : Les conditions de fond.....	119
A- Le consentement des parties.....	120
1- L'existence du consentement .....	120
a- L'offre de contracter .....	121
b- L'acceptation .....	122
2- L'intégrité du consentement .....	124
B- La capacité des parties.....	126
1- La capacité de la personne physique .....	126
a- La loi applicable à la capacité de jouissance.....	126
b- La loi applicable à la capacité d'exercice .....	128
2- La capacité de la personne morale.....	133
3- La question de la représentation .....	135
C- L'objet du contrat .....	136
1- L'application de principe de la <i>lex contractus</i> .....	136
2- La concurrence d'autres lois.....	138
D- La cause du contrat.....	142
1- Le principe : la <i>lex contractus</i> .....	142
2- L'application d'autres lois.....	143
§2 : Les conditions de forme.....	145
A- La règle du droit malgache : <i>locus regit actum</i> .....	145
B- La règle du droit comparé.....	146
1- Le principe : la faveur à la validité pour la forme .....	147
2- Les exceptions .....	148
§3 : La loi applicable aux sanctions de l'inobservation des conditions de formation d'un contrat international.....	150
Section 2 : Les effets du contrat .....	151
§1 : Les effets du contrat entre les parties .....	152
A- L'exécution des obligations .....	152
1- La solution générale .....	152
2- Les tempéraments .....	152

a-	Les modalités d'exécution du contrat .....	153
b-	Les effets réels du contrat .....	154
c-	L'exécution d'obligation monétaire.....	155
d-	La théorie de l'imprévision dans le contrat .....	157
e-	Les retards dans l'exécution du contrat.....	158
B-	Le défaut d'exécution du contrat.....	159
1-	La règle générale : l'application de la <i>lex contractus</i> .....	159
2-	La concurrence d'autres lois.....	163
a-	La loi du lieu de l'exécution du contrat .....	163
b-	La <i>lex fori</i> .....	164
c-	La <i>lex rei sitae</i> .....	166
C-	La transmission des obligations.....	167
1-	La loi applicable à la cession de créance.....	167
a-	Le contrat entre le cédant et le cessionnaire .....	168
b-	Les rapports avec le débiteur cédé.....	169
2-	La loi applicable à la subrogation.....	170
a-	La subrogation conventionnelle.....	170
b-	La subrogation légale.....	171
D-	L'extinction des obligations et le régime des preuves .....	172
1-	L'extinction des obligations .....	172
a-	La compensation légale.....	173
b-	La prescription extinctive .....	174
2-	Le régime des preuves .....	175
a-	La charge de la preuve .....	175
b-	Les modes de preuve.....	176
c-	La force probante .....	177
§2 :	Les effets du contrat à l'égard du juge et par rapport aux tiers .....	178
A-	L'interprétation du contrat .....	178
B-	Le contrat et les tiers.....	180
1-	L'opposabilité du contrat.....	180
a-	La règle générale.....	180
b-	Les règles spécifiques .....	181
2-	Les tiers liés directement ou indirectement aux parties.....	182
a-	Les actions directes .....	183
b-	Les créanciers chirographaires.....	185

c- La stipulation pour autrui.....	186
CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE LA <i>LEX CONTRACTUS</i> .....	187
Section 1 : La capacité des parties.....	187
§1 : La capacité de la personne physique .....	187
A- Le critère de rattachement de principe : la loi nationale .....	187
1- L'application de la loi nationale .....	187
2- La qualification de l'incapacité .....	188
3- L'identification du rattachement .....	190
B- Les correctifs de l'application de la loi nationale.....	191
1- Le renvoi.....	191
2- L'ordre public.....	192
3- L'ignorance excusable de la loi étrangère .....	192
§2 : La capacité de la personne morale.....	193
A- L'application de la <i>lex societatis</i> .....	193
B- L'identification de la <i>lex societatis</i> .....	194
Section 2 : Les droits réels.....	195
§1 : L'application de la <i>lex rei sitae</i> .....	195
A- La qualification de droit réel .....	195
B- Le champ d'application de la <i>lex rei sitae</i> .....	196
1- Le contenu des droits réels .....	196
2- La constitution des droits réels .....	198
3- L'opposabilité des droits réels aux tiers .....	201
a- L'opposabilité des droits réels immobiliers .....	201
b- L'opposabilité des droits réels mobiliers.....	202
4- L'extinction des droits réels .....	202
§2 : La force de rattachement de la <i>lex rei sitae</i> .....	203
A- La force de rattachement de la <i>lex rei sitae</i> pour les biens immobiliers	203
1- La justification du fort rattachement à la <i>lex rei sitae</i> en matière	
immobilière .....	203
2- La délimitation du rattachement.....	204
B- La force de rattachement de la <i>lex rei sitae</i> en matière mobilière....	205
1- La règle générale .....	205
2- Les règles spéciales .....	207
a- Les navires et les satellites .....	207

b- Les biens incorporels .....	208
Section 3 : Le choix des parties dans le contrat à parties faible .....	209
§1 : Le choix de la loi dans le contrat de consommation.....	210
§2 : Le choix de la loi dans le contrat de travail .....	210
A- Le principe de faveur.....	211
B- La comparaison entre la loi choisie et la loi objectivement applicable	211
1- Les dispositions à comparer .....	212
2- Les modalités de comparaison.....	212
PARTIE 2 : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT EN L'ABSENCE DE CHOIX	
DES PARTIES .....	214
TITRE 1 : LES RÈGLES GÉNÉRALES DE RATTACHEMENT .....	215
CHAPITRE 1 : LA VOLONTE DES PARTIES : ELEMENT PRIVILEGIE DE	
RATTACHEMENT DU DROIT MALGACHE ? .....	216
Section 1 : Les méthodes de rattachement .....	216
§1 : La méthode conflictuelle de rattachement .....	216
A- La méthode bilatérale .....	217
1- Le contenu du principe .....	217
2- Les critiques à l'encontre de la méthode bilatérale .....	219
B- La méthode unilatérale .....	220
1- Le mécanisme d'unilatéralisme .....	220
2- Les critiques à l'encontre de la méthode unilatérale .....	221
3- Les traductions de l'unilatéralisme en droit positif .....	221
§2 : La méthode matérielle de rattachement .....	223
A- Le mécanisme de la méthode matérielle .....	223
B- Les sources de la méthode matérielle .....	224
1- La source étatique.....	224
2- La source jurisprudentielle .....	224
3- La source conventionnelle.....	224
C- Les critiques.....	225
Section 2 : Les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance n°62-041 .....	225
§1 : La prééminence de la volonté des parties .....	226
A- La recherche de l'autonomie de la volonté selon la thèse subjectiviste	226

1-	Le fondement du critère de l'autonomie de la volonté des parties comme critère de rattachement.....	226
2-	La possibilité de rechercher la volonté implicite des parties.....	227
B-	Les traductions de la thèse subjectiviste en droit positif malgache..	228
1-	L'expression de la volonté des parties.....	228
2-	La volonté des parties soumise au contrôle du juge .....	230
§2 :	La portée de l'application de la thèse subjectiviste .....	231
A-	Le rejet des critères exclusifs de rattachement.....	231
1-	Le rejet du critère de la nationalité commune des parties .....	231
2-	Le rejet du critère du lieu d'exécution du contrat.....	233
3-	Le lieu de la conclusion du contrat comme critère privilégié, mais pas exclusif	234
B-	L'admission du critère unique : la volonté des parties .....	234
Section 3 :	Les autres dispositions susceptibles d'être prises en compte .....	237
§1 :	Les solutions issues de la Convention internationale ratifiée par Madagascar, la CVIM.....	237
§2 :	Les solutions du droit français susceptibles d'être appliquées par le juge malgache.....	239
<b>CHAPITRE 2 : LE POINT DE RATTACHEMENT INCONTOURNABLE : LES LIENS LES PLUS ETROITS .....</b>		
<b>241</b>		
Section 1 :	Le principe de proximité comme lien de rattachement .....	242
§1 :	Pourquoi parler des liens les plus étroits en droit malgache ?.....	242
A-	La localisation du contrat, conséquence implicite de la recherche de la volonté des parties.....	242
B-	La référence au droit français permise par la jurisprudence malgache	243
§2 :	L'importance variable de la règle des « liens les plus étroits » .....	245
A-	Le principe de proximité posé par l'article 4 de la Convention de Rome	245
B-	Le déclassement du principe de proximité par l'article 4 du règlement Rome I	248
1-	Une velléité de suppression de caractère flexible des liens les plus étroits au profit de la prévisibilité.....	249
2-	La nouvelle formulation des liens les plus étroits : entre la prévisibilité et la flexibilité.....	250
a-	La disparition de disposition érigeant les liens les plus étroits en principe	250

b-	Les raisons de la modification .....	251
c-	La structure à la fois prévisible et flexible de l'article 4 du règlement Rome I .....	252
d-	L'importance avérée des liens les plus étroits .....	255
§3 :	Le contenu du principe de proximité .....	257
A-	Les « liens les plus étroits », notion volontairement flexible.....	257
1-	L'absence de définition légale.....	257
2-	Les précisions apportées au critère des liens les plus étroits.....	258
B-	Les « liens les plus étroits », notion dont les contours sont identifiables	261
1-	Le centre de gravité du contrat .....	261
2-	L'appréciation du juge.....	262
Section 2 :	Les correctifs au principe de proximité.....	263
§1 :	Les règles de rattachements prédéterminés .....	263
A-	Les huit règles spéciales de rattachement .....	263
1-	La difficile opération de qualification .....	263
2-	Le contenu des règles spéciales.....	265
a-	La vente des biens .....	266
b-	Le contrat de prestation de services.....	268
c-	Le contrat portant sur un immeuble .....	273
d-	Le cas particulier du contrat de bail d'immeuble temporaire ....	273
e-	Le contrat de franchise.....	273
f-	Le contrat de distribution.....	275
g-	Le contrat de vente de biens aux enchères.....	276
h-	Le contrat conclu au sein d'un système multilatéral. ....	277
B-	Les liens les plus étroits dans différentes démarches pour les mêmes conséquences.....	277
1-	La prestation caractéristique.....	277
a-	La prestation caractéristique, critère principal d'identification des liens les plus étroits.....	277
b-	Les éléments à prendre en compte dans la prestation caractéristique	281
2-	L'équivalence entre les présomptions et les règles spéciales.....	282
a-	Les règles principales.....	282
b-	Les règles protectrices .....	284
§2 :	Les liens les plus étroits : du principe à l'exception.....	286

TITRE II : LES RÈGLES SPÉCIALES À CERTAINS CONTRATS.....	288
CHAPITRE 1 : LES CONTRATS A PARTIE FAIBLE .....	288
Section 1 : Le contrat de consommation .....	288
§1 : Le champ d'application de la protection .....	289
A- Le consommateur .....	290
B- Les contrats de consommation .....	291
§2 : La loi applicable au contrat de consommation .....	292
A- L'application impérative du droit malgache ?.....	292
1- La qualification de loi de police du droit de la consommation .....	292
2- Les conséquences de la qualification de loi de police du droit de la consommation .....	294
B- Les solutions du droit comparé.....	296
1- La délimitation du contrat de consommation .....	296
2- Les règles de rattachement .....	298
§3 : Les contrats du commerce électronique .....	299
A- La notion de contrat du commerce électronique .....	299
B- Le droit applicable au contrat du commerce électronique international	300
1- Les règles matérielles .....	300
a- La <i>lex electronica</i> ?.....	300
b- Les règles de CNUDCI.....	302
2- Les règles de conflits de lois .....	304
Section 2 : Le contrat de travail.....	305
§1 : L'attraction du lieu d'exécution du contrat de travail .....	307
A- La qualification de loi de police du code de travail malgache.....	307
1- Le recours à la méthode unilatéraliste de règles de conflit .....	308
2- Les règles impératives dans l'ordre interne et sur le plan international	308
3- Les travailleurs internationaux .....	310
B- Le lieu d'exécution du contrat en tant que rattachement objectif.....	311
1- Le rattachement principal : le lieu d'exécution du contrat .....	311
2- Le rattachement subsidiaire : le lieu d'embauche .....	312
§2 : Les difficultés d'application du critère de lieu d'exécution du contrat	313
A- La détermination du lieu d'exécution du contrat .....	313
1- La définition du lieu d'exécution .....	313

2-	La problématique des travailleurs déplacés à l'étranger .....	315
B-	L'application du principe de proximité .....	316
1-	La prise en considération des liens les plus étroits en tant que principe 316	
2-	Les liens les plus étroits en tant que clause d'exception .....	317
CHAPITRE 2 : LES CONTRATS DU SECTEUR SPECIFIQUE.....		320
Section 1 : Le contrat d'assurance.....		320
§1 :	Les éléments à prendre en considération .....	321
A-	Le débiteur de la prestation caractéristique.....	321
1-	La loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique.....	321
2-	La clause d'exception .....	323
B-	Le lieu de la situation du risque.....	323
1-	L'importance du lieu de la situation du risque .....	323
a-	En droit malgache .....	324
b-	En droit français.....	324
2-	La détermination du lieu de la situation du risque .....	324
a-	La méthode de détermination du lieu de la situation du risque .	325
b-	La définition du lieu de situation du risque .....	325
§2 :	L'application des règles de rattachement à chaque catégorie des contrats d'assurance .....	326
A-	La loi applicable à l'assurance non-vie .....	327
1-	Les règles générales.....	327
a-	Les règles du droit malgache .....	327
b-	Les règles du droit français.....	328
2-	Les règles spécifiques aux assurances obligatoires .....	329
§3 :	L'action directe de la victime et le recours subrogatoire de l'assureur	331
A-	La loi applicable à l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable	331
B-	La loi applicable à la subrogation légale .....	333
Section 2 : Les contrats de transport.....		334
§1 :	Les conventions internationales portant règles matérielles .....	335
A-	Les conventions portant sur le transport maritime .....	335
1-	Les conventions relatives au transport de marchandises .....	335
a-	Les « Règles de La Haye » et les « Règles Visby-La Haye »....	336

b-	Les « Règles de Hambourg » .....	337
c-	Les « Règles de Rotterdam » .....	338
2-	Les conventions relatives au transport de passagers .....	339
B-	Les conventions internationales sur le transport aérien.....	339
§2 :	Les règles applicables aux contrats de transport maritime et aérien ....	341
A-	Les règles de conflit .....	341
B-	Les dispositions matérielles.....	344
1-	La conclusion du contrat .....	344
a-	Les documents servant de preuve au contrat de transport aérien	345
b-	Le document servant de preuve dans le contrat de transport maritime	346
2-	L'exécution du contrat.....	347
a-	L'exécution du transport aérien .....	347
b-	L'exécution du contrat de transport maritime.....	353
Section 3 :	Les contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle .....	361
§1 :	La typologie des contrats .....	362
A-	Les contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle ....	362
1-	Les contrats de cession .....	362
2-	Les contrats de licence.....	362
3-	Les contrats de non- opposition et les accords de coexistence.....	363
B-	Les contrats ayant pour objet un savoir- faire .....	363
§2 :	La loi applicable aux contrats de la propriété intellectuelle .....	364
A-	Le domaine de la <i>lex contractus</i> .....	364
B-	La difficulté de la recherche de la loi applicable à défaut de choix .	366
Section 4 :	Le paiement international .....	367
§1 :	Le paiement en numéraires .....	367
A-	La monnaie dans le paiement .....	368
1-	La monnaie de paiement.....	368
2-	La monnaie de compte.....	368
3-	La monnaie électronique .....	369
B-	Le risque de change .....	369
§2 :	Les accords de compensation .....	371
§3 :	La tentative d'unification des règles relatives aux instruments de paiement	371
.....	.....	371

A- L'unification des règles relatives aux instruments de paiements avec mobilisation de créances .....	372
B- Le virement international .....	373
CONCLUSION .....	375
INDEX ALPHABETIQUE .....	378
BIBLIOGRAPHIE .....	381
TABLE DES MATIERES.....	428