

**Université de Yaoundé II
FSJP**

Année académique 2019/2020

Master 1 : Dpr : CJ - DAf

Cours de : **Droit International
Privé 2**

(Application des règles générales)

Cours du Pr Banamba

Titre 2 : Les obligations

C'est la source du droit qui dicte le rattachement dans ces catégories. Le rattachement peut prendre naissance dans un fait juridique ; on est alors en présence des obligations légales (**Chapitre 1**). Il peut encore prendre sa source dans un acte juridique ; il s'agit des obligations volontaires (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les obligations légales (*Les faits juridiques*)

Les obligations légales naissent essentiellement des délits et des quasi-délits. Le principe dans cette matière est connu : c'est la compétence de la loi locale, encore appelée loi du lieu de survenance du fait ayant causé le dommage. Mais cette solution générale n'épuise pas tous les problèmes.

D'abord, la détermination de la *lex loci delicti* s'avère nécessaire dans certaines circonstances (**Section 1**). Ensuite, il est intéressant de préciser le domaine de la loi applicable quant aux différentes obligations qu'elle régit (**Section 2**).

Section 1 : La détermination de la loi locale

Deux situations apparaissent a priori : tantôt le juge est confronté à une absence de rattachement (**Paragraphe 1**) ; tantôt c'est la pluralité de rattachements qui apparaît, on parle de délit complexe (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'absence de rattachement

C'est le cas de survenance d'un fait juridique qui apparaît dans un espace sans souveraineté. Il en est ainsi dans les hypothèses d'un sauvetage, d'un abordage en haute mer entre deux navires qui ne battent pas le même pavillon ou d'une collision aérienne, d'un délit commis à bord d'un navire ou d'un aéronef lorsque de tels faits se trouvent localisés en haute mer. L'absence de loi locale est une difficulté particulière.

Les tribunaux ont choisi dans ce cas de recourir à la *lex fori*, selon la plénitude de compétence reconnue à cette loi, chaque fois que les éléments normaux de rattachement font défaut. (A propos

de l'abordage en haute mer, Cass., 1^{er} mars 1966, *D* 1966, p. 77, note Jambu-Merlin ; *JCP* 1967, II, p. 14, 994, note de Juglart et du Pontavice. Voir également Kegel, « L'abordage en haute mer en DIP », *RCDIP* 1968, p. 393).

Certains auteurs sont cependant favorables, tantôt à la nationalité commune des parties, tantôt au lieu d'immatriculation du navire ou de l'aéronef comme pouvant favoriser des indices plus naturels de rattachement de l'obligation de réparer.

Paragraphe 2 : La pluralité de rattachements ou le délit complexe

Il y a un rattachement de principe à la loi locale ou loi du lieu de survenance du délit (**A**). Cette règle a cependant été remise en cause (**B**).

A- Le rattachement de principe à la loi locale ou loi du lieu de survenance du délit

De manière générale, la loi du lieu de survenance du fait est la règle en matière de responsabilité civile délictuelle. Elle a été évoquée pour la première fois de façon certaine dans l'arrêt **Lautour** (Civ. 25 mai 1948, *GAJDIP*, n°18, p.167). Il s'agissait d'un accident de la circulation survenu en Espagne entre deux conducteurs français ; les juges du fond avaient appliqué la loi française. Cette décision a été cassée par la Cour de cassation qui a rappelé à cette occasion le principe de la compétence de la loi locale, c'est-à-dire la loi espagnole. Cette solution a reçu confirmation dans l'arrêt **Luccantoni** (Civ. 1^{er} juin 1976, *D* 1977, p. 257, note Monéger). Dans le même sens, (Civ. 21 avril 1982, *RCDIP* 1983, p. 696 ; et CA de Paris 18 octobre 1955, *RCDIP* 1956, p. 484, note Batiffol). On peut dire que l'affaire Lautour est l'hypothèse la plus simple, où le fait générateur de responsabilité et les conséquences dommageables qu'il entraîne sont localisés dans le même pays (tous les éléments de rattachement sont situés sur le même territoire).

Mais il peut arriver que le lieu du délit soit multiple (lieu de l'acte ou lieu du préjudice). Selon la Cour de cassation, le lieu où le fait dommageable s'est produit s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier (Com., 14 janv. 1997, *RCDIP* 1997, p. 504, note Bischoff). Quelle loi faut-il privilégier ? La loi du fait générateur ou la loi du préjudice ?

D'une part, une thèse s'est exprimée en faveur de **la loi du lieu d'apparition du préjudice**. Plusieurs arguments ont été développés en sa faveur. Le préjudice, souligne-t-on, est d'une localisation facile. Ensuite le souci étant de protéger la victime, il paraît normal de mettre l'accent sur l'importance du préjudice comme élément de la responsabilité civile. Cet argument est d'autant plus pertinent que l'on peut rencontrer des responsabilités sans faute, mais il ne peut y avoir de responsabilité sans préjudice. C'est donc du préjudice qu'il faut tenir compte. Selon les auteurs qui défendent cette solution, le préjudice est le centre de gravité du délit. Le système est même d'une grande utilité lorsqu'il y a plusieurs *lex loci delicti* correspondant à une diversité de lieux de survenance de faits générateurs, car dans ce cas, le critère du lieu de survenance ne permet pas toujours de déterminer aisément la loi applicable, comme en témoigne un arrêt du 11 mai 1999 (Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *Mobil North Sea Ltd* , *RCDIP* 2000, p.199). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a déterminé la loi applicable en fonction du pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable. Dans cette affaire, un navire anglais avait été victime d'un sinistre dans un

espace soumis au droit écossais, mais après avoir effectué sa mission en France, à Londres, en Belgique et en Allemagne, sur la base de contrats soumis aux normes britanniques, les parties étant pour la plupart des sociétés britanniques. En raison de la multiplicité des lieux de commission des faits générateurs, les juges, pour déterminer la loi applicable ont recherché le pays qui présente les liens les plus étroits avec le fait dommageable.

Pour y parvenir, l'arrêt relève que les parties sont pour la plupart des sociétés britanniques, que les contrats pour l'exploitation pétrolière qui les lient sont soumis aux normes britanniques, et que le Lloyd's Register est intervenu en qualité d'organisme habilité par le Ministère de l'Energie britannique pour délivrer les certificats de conformité. Il en a tiré la conclusion que la loi applicable était la loi écossaise, prise comme étant celle du lieu où s'était produit le dommage (loi du lieu de survenance du préjudice).

Contre ce système, on fait valoir que la solution qui privilégie le lieu d'apparition du dommage peut paraître choquante, puisqu'un acte peut être considéré comme licite dans le pays où il a été commis et en même temps engager la responsabilité de son auteur sous prétexte que la loi du pays où le dommage s'est produit le considère comme illicite ; alors qu'en privilégiant la loi du lieu du fait fautif ou du fait dommageable, cette loi permet au supposé responsable d'être jugé selon la loi qu'il est censé avoir pu connaître en agissant.

Selon M Mayer, le lieu où le délit a été commis peut être considéré comme le seul rattachement neutre. De plus, les conséquences des délits ou quasi-délits intéressent l'Etat sur le territoire duquel ils ont été commis.

La jurisprudence est partagée entre les deux thèses. Si certaines décisions rendues ont généralement été interprétées comme favorables à la loi du lieu du préjudice (Voir Batiffol, *RCDIP* 1956, p. 484, note Goldman ; *Clunet* 1965, p. 112), une nette majorité se dégage en faveur de la loi du lieu où le délit a été commis ou *lex loci delicti commisi* (arrêts Lautour et Luccantoni). A titre d'exemple, dans un arrêt concernant une pluralité de faits générateurs dont un français avait été victime en France, la Cour de cassation a considéré que la loi française ne pouvait prévaloir comme loi du préjudice en l'absence d'un rattachement plus étroit avec la France (Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, Bull. Civ. I, n°75, p. 58 ; *JCP*, Edition générale, n°22, 2002-05-29, Jurisprudence, II, n° 10082, p. 994-996, note H. Muir-Watt).

Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 27 mars 2007 en matière de responsabilité délictuelle, relatif à un délit complexe va dans le même sens. En l'espèce, suite au naufrage d'un navire près de Madagascar, la responsabilité d'une société de vérification et de certification avait été mise en cause. La Cour d'appel avait appliqué le droit français pour juger de cette responsabilité. En rejetant le pourvoi de la société reconnue responsable, la Cour de cassation s'est prononcé sur la détermination de la loi applicable en considérant que : « ...la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; qu'en cas de délit complexe, ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ; que le lieu de réalisation du dommage étant fortuit, il convient de rechercher le lieu du fait générateur ; qu'ayant relevé que la société de classification dont la responsabilité était recherchée avait son siège en France, que le règlement que celle-ci avait élaboré pour le classement des navires avait été établi en France, que les dossiers de classification pouvaient y être examinés, que la décision de classement était prise au siège du Bureau Veritas ; qu'ainsi, abstraction faite du motif

surabondant tiré du siège de la société d'assurance en France, la cour d'appel ayant considéré que le lieu où le navire avait été visité pour la dernière fois, la Chine, n'était pas déterminant, a exactement décidé que la loi française présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable, était applicable.

B- La remise en cause de la loi du lieu de survenance du délit

D'une manière générale, de vives résistances à l'application de la *lex loci delicti* se sont exprimées en tant qu'elle est désignée par une règle classique de conflit de lois.

Une tendance américaine préconise l'application de la proper law system (proper law of tort), c'est-à-dire la loi du pays où se trouve situé le centre de gravité du délit. Le centre de gravité résulte de la concordance du plus grand nombre de divers éléments impliqués en tenant compte de leur caractère plus ou moins significatif ; notamment le lieu du délit mais aussi la nationalité et le domicile des auteurs, des victimes, le lieu de départ et la destination du véhicule...

La Cour suprême de l'Etat de New-York a procédé à cette recherche et à l'application de ce système dans une espèce où des touristes américains domiciliés dans l'Etat de new-York avaient été victimes dans la province canadienne de l'Ontario d'un accident à bord de leur véhicule, sans qu'aucun tiers ne fût impliqué. La Cour a fait observer que le lieu de l'accident était fortuit et que l'Etat de new-York bénéficiait des « contacts » dominants (Babcock C/ Jackson, 9 mai 1963, RCDIP 1964, p. 284, Note Castel).

La jurisprudence française n'a pas adopté cette solution et s'en méfie au contraire. Selon certains auteurs, si la méthode comporte une souplesse, elle pêche par son absence de prévisibilité. Or, la prévisibilité est importante en matière délictuelle : les difficultés d'une transaction entre compagnies d'assurance sont accrues lorsqu'elles sont dans l'incertitude sur la loi applicable.

Des rattachements secondaires ont été posés et permettent d'écarter la *lex loci delicti* lorsque les conditions précises sont réunies. On estime par exemple que lorsque l'auteur et la victime ont la même nationalité ou le même domicile, la nationalité ou le domicile commun constituent des rattachements plus significatifs que le lieu du délit. Mais ils constituent des rattachements secondaires, et exceptionnels (Nimes, 27 avril 1972, RCDIP 1973, p. 89, note Clacy, qui en matière de transport bénévole fait une application directe de la loi française, loi nationale ou domiciliaire commune des parties).

Enfin, au Cameroun lorsque la responsabilité a son origine dans un accident impliquant un véhicule, les problèmes sont résolus par le code CIMA.

Section 2 : Le Domaine de la loi applicable

Le droit positif reconnaît à la loi normalement compétente un domaine très large puisqu'elle couvre tous les faits créateurs d'obligations légales, c'est-à-dire l'ensemble des sources extra contractuelles d'obligations qui sont les délits et les quasi-délits.

La loi délictuelle ou *lex loci delicti* régit non seulement les diverses catégories de responsabilité (**Paragraphe 1**), mais aussi le régime même de l'obligation de réparer (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'application de la loi délictuelle aux différentes catégories de responsabilités

Il faut distinguer la responsabilité du fait des choses (**A**) de la responsabilité du fait d'autrui (**B**).

A- La responsabilité du fait des choses

La compétence revient en principe à la *lex loci delicti* (Civ. 4 mai 1976, *JCP* 1976, IV, p. 209). Toutefois, certaines complications peuvent apparaître à propos des responsabilités particulières occasionnées par certaines choses comme les bâtiments. A propos de la responsabilité du fait des bâtiments, une doctrine a défendu l'idée que la responsabilité du propriétaire s'apparente à une responsabilité réelle dans la mesure où elle est liée au régime de la propriété et l'état matériel de l'immeuble. Cette doctrine suggère l'application de la *lex rei sitae*.

Cette suggestion n'a pas retenu l'attention de la jurisprudence. Si la *lex rei sitae* est utilisée pour décider du droit de propriété ou de la qualité de propriétaire auquel est rattachée la détermination de la loi délictuelle, la loi délictuelle reste seule compétente pour déterminer les conditions de la responsabilité.

B- La responsabilité du fait d'autrui

Sont ici concernées, la responsabilité des parents et la responsabilité des commettants.

1- La responsabilité des parents

Prenant en compte le lien qui existe entre l'obligation de garde qui pèse sur les parents et la puissance paternelle, le juriste Martin a proposé l'application de la loi familiale ou de la loi nationale des intéressés à la responsabilité des père et mère. Dans son ensemble, la doctrine s'est exprimée en faveur de la loi du délit, tout en prônant le recours à la loi personnelle lorsqu'il s'agit d'établir le lien de filiation ou la minorité en vue de déterminer l'étendue de l'obligation de surveillance des parents à l'égard de leurs enfants.

2- La responsabilité des commettants

La loi d'autonomie comme devant régir la responsabilité du commettant a été soutenue par certains auteurs. La qualification délictuelle est cependant celle que retient la jurisprudence parce la responsabilité dont il est question ici est étrangère à l'idée de contrat. Mais si la loi du délit normalement compétente subordonne la responsabilité du commettant à l'existence d'un contrat avec le commis, la validité de celui-ci doit être subordonnée à la loi d'autonomie. Par contre la responsabilité dérivant d'un accident de travail est soumise par la plupart des arrêts à la loi du lieu du contrat définie tantôt comme loi de l'embauchage, tantôt comme loi du lieu d'exécution du contrat ou comme loi de l'entreprise. (Voir, Civ. 11 juillet 1938, *RCDIP* 1939, p. 100).

Paragraphe 2 : L'application de la loi délictuelle au régime de l'obligation

Le régime de l'obligation intègre des éléments constitutifs (**A**), et la sanction de l'obligation contractuelle (**B**).

A- Les éléments constitutifs de l'obligation délictuelle

La loi délictuelle régit en principe les conditions de la responsabilité. Elle détermine le fait générateur de responsabilité, c'est-à-dire qu'elle est compétente pour définir la notion même de fait délictuel (abstention ou action ; faute légère ou faute lourde), pour apprécier le caractère illicite de l'acte, et son imputabilité à l'auteur du dommage.

C'est encore à la loi délictuelle qu'il faut confier la détermination de la nature et des caractères généraux du préjudice réparable. C'est elle notamment qui décide si la victime peut invoquer un préjudice indirect ou un préjudice moral sans que puisse être opposée l'exception d'ordre public à l'encontre des lois étrangères refusant la réparation d'un tel préjudice (Civ. 30 mai 1967, *RCDIP* 1967, p. 728, Note Bourel).

B- La sanction de l'obligation délictuelle

L'action directe de la victime contre l'assureur du responsable est soumise à la *lex loci delicti*. Elle échappe ainsi à la compétence de la loi du contrat d'assurance car le droit de la victime, tiers au contrat d'assurance, n'a pas sa source dans celui-ci, mais dans la loi qui régit la réparation du préjudice qu'elle a subi. (Civ. 13 juillet 1948, *RCDIP* 1949, p. 94, note Batiffol).

L'action en réparation du dommage causé par une infraction délictuelle pose quelques difficultés. Une partie de la doctrine tirant argument de la territorialité des lois pénales et des liens qui unissent l'action civile à l'action publique, soutient que la réparation civile du dommage causé par une infraction relève de la *lex fori* lorsqu'elle est demandée devant une juridiction répressive.

Mais pour une autre partie, l'action civile doit conserver sa véritable nature civile. Il en résulte que la *lex loci delicti* doit être appliquée par le juge répressif pour déterminer les conditions et les effets de la réparation (Colmar, 29 mai 1934, *Clunet* 1936, p. 626 ; Colmar, 13 fév. 1936, *RCDIP* 1936, p. 695, note J. Chabas ; ou encore, Civ. 30 mai 1967, *D.* 1967, p. 629, note Malaurie).

Chapitre 2 : Les obligations volontaires (*Les actes juridiques*)

Les obligations volontaires ont leur source dans les actes juridiques. Cette catégorie renferme l'ensemble des manifestations de volonté qui produisent des effets de droit. Comme actes juridiques, on a les testaments, les donations, les contrats de mariage, la reconnaissance volontaire d'enfant, le mariage, les conventions collectives, les contrats en général ... La plupart de ces actes sont liés à des catégories spécifiques : les testaments aux successions, la reconnaissance d'enfant à la filiation, le mariage au statut personnel....

Les contrats en général, entendus comme les contrats patrimoniaux, puisent leurs règles dans la jurisprudence, faute dans le Code civil de principe relatif à la loi applicable en matière de contrat international.

La première préoccupation à ce niveau est de régler la question de la qualification du contrat international (**Section 1**). La seconde consiste à résoudre la question de la loi applicable au contrat international (**Section 2**).

Section 1 : La qualification du contrat international

Il s'agit pour nous de rechercher les critères qui établissent le caractère international d'un contrat. On peut identifier le contrat international à travers un certain nombre de définitions qui ont été proposées.

En effet, il est important de savoir ce qui oppose le contrat interne au contrat international, et pour cette question les solutions sont variables selon qu'on appliquera les règles propres à chaque pays ou une convention internationale qui servira de référence. L'intérêt de la distinction entre un contrat interne et un contrat international provient de l'existence du principe d'autonomie ; elle permet de désigner la loi du contrat. Pour cette raison, la distinction est importante.

Deux approches de la notion de contrat international sont susceptibles d'être proposées, l'approche anglaise (**Paragraphe 1**) et l'approche française (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'approche anglaise du contrat international

Dans le système anglais de droit international privé, le concept d'internationalité du contrat est abordé par deux lois pour les besoins de détermination de leurs champs d'application. Il s'agit de l'« **Unfair contract terms Act** » de 1975 (A), et de l'« **Arbitration Act** » de 1975 et 1979 (B).

A- The "Unfair contract terms Act"

Le problème de l'internationalité du contrat a été abordé par cette loi dans le but de permettre un assouplissement des règles de l'« Unfair contract terms Act » qui sanctionne par l'annulation les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, même insérées dans des contrats conclus entre entreprises.

Ladite loi dispose en premier lieu qu'un contrat à caractère international qui ne serait soumis au droit anglais qu'en raison de la volonté des parties (et qui autrement ne serait pas soumis au droit anglais par un rattachement quelconque avec l'Angleterre), ne rentre pas dans le champ d'application des sections 2 à 7 et 16 à 21 :

Art. 27 " Where the proper Law of a contract is the Law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (And apart from that choice would be the Law of some country outside the United Kingdom) section 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper Law ".

En second lieu, la loi écarte de son domaine d'application certains contrats spécifiques, notamment les contrats d'assurance, les contrats portant sur la création ou le transfert des droits de propriété industrielle ou intellectuelle, y compris le Know-how, et les contrats internationaux de fourniture qu'elle nomme "**International Supply contracts**", dont l'article 26(3) donne la définition.

B- The " Arbitration Act"

L'Arbitration Act de 1950, complété en 1975 et 1976, définit la convention interne de compromis "Domestic Arbitration Agreement" et, procédant par une définition négative, permet de déduire ce qu'il faut entendre par contrat international, dans lequel la renonciation à l'appel est de manière générale licite.

Paragraphe 2 : L'approche française du contrat international

La détermination du caractère international suppose la nécessité de disposer de critères (A). Mais on verra que la difficulté à privilégier une définition a conduit à la recherche d'une voie médiane (B).

A- La recherche d'un critère du contrat international

On peut s'étonner des difficultés liées à la définition du contrat international puisqu'a priori la solution est liée à l'application du seul bon sens. Pourtant, les choses ne sont pas si faciles. Le droit positif est passé d'une appréciation purement économique du commerce international à une définition par référence à des considérations juridiques. On dit qu'on a un critère économique (1) et un critère juridique (2).

1- Le critère économique

Le critère en réalité se présente sous trois versions qui ont été consacrées en jurisprudence.

• 1^{ère} version

La première version est celle donnée par le procureur général Matter de la Cour de cassation, par référence au problème de la nature du paiement international, dans ses conclusions sous l'arrêt **Pelissier du Besset** (Civ. 17 mai 1927, *D.* 1928, 1^{re} partie, p. 25, note H. Capitant). Selon Matter, le contrat international est celui qui entraîne « *un double mouvement de flux et de reflux de marchandises et de capitaux par dessus les frontières* ». Le critère Matter est bien adapté à la vente internationale des marchandises parce que les marchandises passent du pays du vendeur à celui de l'acheteur et que le paiement suit le chemin inverse. Il faut donc nécessairement une frontière, et de manière plus concrète deux pays concernés au moins avec un échange de part et d'autre de la frontière. C'est le cas par exemple d'une vente de cacao du Cameroun à l'Allemagne, avec un Camerounais qui livre en Allemagne et un Allemand qui paie au Cameroun.

La jurisprudence, à plusieurs reprises, a appliqué la solution proposée par Matter. On peut citer à ce propos l'affaire **Messageries Maritimes** (Civ. 21 juin 1950, *GAJDIP*, n°22, p. 199). Selon la Cour de cassation dans cette affaire: « *l'opération...constitue un emprunt international, la société française débitrice ayant son siège en France empruntant à l'étranger des fonds pour les besoins de son exploitation, et devant rembourser les prêteurs sur des places étrangères* ». Pour la Cour, le contrat d'emprunt dans cette affaire est bien un contrat international parce qu'il implique un double mouvement de fonds de pays à pays.

Malheureusement, ce double critère de flux et de reflux ne couvre pas toutes les variétés d'opérations. Par exemple, cette définition s'adapte mal aux contrats qui portent sur les services. Exemple 1 : Une société camerounaise qui conclut un contrat avec une société d'assurance allemande installée en Allemagne. Exemple 2 : Une société camerounaise qui loue auprès d'une société française un temps d'ordinateur alors que celui-ci est situé en France. On a aussi reproché à cette définition de ne pas tenir compte de la diversité des modes de paiement, car certains paiements ne donnent pas lieu à un transfert de capitaux (paiements par compensation notamment).

• 2^{ème} version

Cette version est fondée sur le critère de la prise en compte ou de la mise en jeu des intérêts du commerce international. C'est ainsi que dans deux arrêts rendus en 1930 et 1931, il a été admis que, devrait être conçu comme international, le contrat qui met en jeu les intérêts du commerce international (1^{er} arrêt : Civ. 11 février 1930, *S.* 1933, 1^{re} partie, p. 41. Note Niboyet, **Affaire Mardélé** ; 2^e arrêt : Civ. 19 février 1931, mêmes références affaire Dambricourt).

Il a été jugé que l'accord conclu par deux cocontractants français portant sur une chose qui était achetée en pays étranger et qui devait être envoyée en France, constituait un contrat international. Il s'agissait en l'occurrence de contrats passés entre des établissements français sur des marchandises embarquées aux USA et au Chili à destination de la France, les paiements étaient effectués par des banques étrangères. Les vendeurs étaient des sociétés françaises agissant pour le compte de sociétés étrangères. Il a été relevé que si ces contrats n'entraînaient pas de flux et de

reflux de marchandises et capitaux, ils mettaient néanmoins en jeu les intérêts du commerce international.

La doctrine a reproché à cette version de la définition économique d'utiliser un critère vague et très peu efficace. En effet, il faudra toujours définir la notion de commerce international et aussi déterminer le moment à partir duquel un contrat met en jeu les intérêts du commerce international et quels sont les intérêts du commerce international ?

La jurisprudence est passée à une troisième définition.

• 3^{ème} version

La troisième version, fondée sur le dépassement du cadre de l'économie internationale, est l'œuvre d'une décision de la Cour de cassation (Civ. 14 février 1934, **Arrêt Banque hypothécaire franco-argentine**, D. 1934, 1^{re} partie, p. 73).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation change complètement d'approche en considération que le contrat international est celui qui dépasse le cadre de l'économie interne. C'est notamment le cas dans l'arrêt Banque hypothécaire franco-argentine, dans lequel la Cour de cassation affirme que « *le caractère international d'une opération ne dépend pas nécessairement du domicile des parties et du lieu stipulé pour son règlement, mais de tous les éléments qui entrent en ligne de compte pour imprimer aux mouvements de fonds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne* ». On a considéré ce critère comme un critère simple et réaliste, de ce qu'il part du connu (économie interne) pour l'inconnu (économie internationale). Mais c'est un critère qui souffre d'incertitude, vu la difficulté de séparer l'économie internationale de l'économie nationale ; et l'on se demande même quand passe-t-on de l'économie nationale vers l'économie internationale ?

L'imprécision générale du critère économique a conduit une partie de la doctrine à abandonner une appréciation purement économique et à préférer une définition plus juridique du contrat international.

2- Le critère juridique

Les partisans de la définition du critère juridique adoptent une démarche différente et considèrent que le contrat international est un contrat qui donne lieu à des conflits de lois, parce qu'il se rattache à des normes juridiques différentes. C'est le contrat qui comporte un élément « d'extranéité ». L'élément d'extranéité indique qu'il y a un point de contact avec au moins deux Etats et constitue une différence avec un contrat « interne », qui lui, ne comporte aucun élément d'extranéité. Ces éléments doivent être « suffisants » pour rendre un contrat « international ». Dans une première approche, tous les éléments sont suffisants pour être considérés comme des éléments d'extranéité suffisants. On peut citer :

- la nationalité ;
- le domicile/la résidence ;
- l'établissement d'une personne morale ;
- le lieu de conclusion du contrat ;
- le lieu d'exécution ou de livraison ;
- le lieu de situation d'un bien ;

- parfois la monnaie d'un contrat.

C'est un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a proposé cette définition pour la première fois (arrêt du 19 juin 1970, affaire **Hecht**, *RCDIP* 1971, p. 692, note Level). Cet arrêt considère comme international le contrat qui se rattache à des normes juridiques de plusieurs Etats entre lesquels il convient de choisir. Par contrat conclu en 1967 aux Pays-Bas, la société hollandaise Buisman's mandatait à titre exclusif Hecht, de nationalité française, pour vendre en son nom et pour son compte, en France, un produit destiné à l'amélioration du café. Lors du litige survenu par la suite, Hecht a contesté le caractère international de ce contrat. Selon la Cour d'appel, « *Le contrat litigieux conclu en Hollande entre une société commerciale de droit hollandais et un Français est un contrat international, c'est-à-dire se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats* ». En d'autres termes, pour les juges, ce contrat a un caractère international, à la fois par le lieu de sa conclusion en Hollande, la nationalité différente des parties et son objet même qui était de donner pouvoir à Hecht, ressortissant français, d'accomplir en France des actes juridiques au nom d'une société de droit, donc de statut personnel hollandais, en vue d'accroître les exportations en France de celle-ci.

La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises consacre le critère juridique. Elle retient le critère de l'extranéité avec l'établissement, le domicile ou la résidence de l'acheteur et du vendeur. Lorsque les deux se trouvent dans divers pays, l'élément d'extranéité est réalisé.

Malheureusement, il ne suffit pas qu'un ou plusieurs éléments du contrat échappent à la souveraineté d'un seul Etat pour en déduire que le contrat présente un caractère international. Ainsi la différence de nationalité des parties au contrat, le lieu de conclusion différent du lieu d'exécution, ne suffisent pas pour donner à un contrat un caractère international. Si un Sénégalais résidant à Douala achète une voiture d'occasion auprès d'un Français domicilié à Yaoundé, ce contrat reste interne ; ou encore, si deux Camerounais concluent un contrat de fourniture de services à Genève pour leurs sociétés au Cameroun, le contrat n'est pas international car le lieu de conclusion est fortuit et ne permet pas d'échapper au droit camerounais.

La définition dégagée dans l'affaire Hecht.

La définition dégagée par la Cour d'appel de Paris a été reprise dans d'autres espèces (**Aff. Tardieu**, Civ. 7 oct. 1980, *RCDIP* 1981, p. 313, note Mestre ; **Aff. Allart**, Soc. 8 juillet 1985, *RCDIP* 1988, p. 113). Cette définition demeure cependant insatisfaisante puisqu'elle met l'accent sur l'existence d'un élément d'extranéité. En outre, elle n'indique pas précisément parmi les éléments d'extranéité, l'élément fondamental par lequel le contrat peut être rattaché à plusieurs droits différents. L'autre reproche est que la définition juridique ignore totalement l'aspect économique du contrat.

En définitive, l'on constate que ni l'approche économique, ni l'approche juridique ne sont suffisantes. Parfois l'un de ces critères suffira. Mais très souvent la qualification du contrat international exigera une double approche : c'est l'approche médiane.

B- La voie médiane

Selon cette solution, l'identification du contrat international, doit tenir compte des deux définitions. La distinction entre la notion économique et la notion juridique d'un contrat international n'a pas une valeur simplement théorique. Exemple : Deux individus de nationalité B et C, ayant leur domicile en pays A, concluent un contrat en ce pays. La notion juridique du contrat international pourrait considérer la nationalité comme élément d'extranéité et voir le contrat comme international. La notion économique du contrat international considère ce contrat comme « interne » parce qu'il n'implique pas en substance un mouvement des biens, services ou un paiement à travers les frontières.

La solution qui consiste à combiner les critères, la voie médiane, peut donc être utile. Elle préconise qu'en présence d'un contrat, il faut tenir compte de l'aspect économique et juridique de celui-ci. Selon l'arrêt **Société des Fourrures Renel** (Civ. 06 juillet 1959, *GAJDIP*. N°35, p. 307), le juge du fond doit pour rechercher la loi applicable au contrat international identifier d'après l'objet de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants. Le juriste Batiffol a soutenu cette approche et a proposé une définition du contrat international. Selon lui : « *un contrat a un caractère international quand par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique* » (Voir affaire **Mercator Press**).

Section 2 : La loi applicable au contrat international

Il faut d'abord déterminer la loi applicable au contrat. On nomme la loi applicable au contrat la *lex contractus* (**Paragraphe 1**), et ensuite le domaine d'application de cette loi (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le choix de la *lex contractus*

Il y a deux hypothèses qui peuvent se présenter. Il peut d'abord arriver que les parties aient choisi la loi applicable ; ensuite il peut arriver et cela est même fréquent, que les parties n'aient pas choisi la loi applicable. Dans le premier cas, on dit que la loi applicable est la loi d'autonomie (**A**). Dans le second cas, on est dans l'hypothèse d'absence de choix de la loi applicable (**B**).

A- La loi d'autonomie

Le droit applicable au contrat international est essentiel au bon déroulement d'une opération internationale. Il est l'une des clés de l'identification de l'engagement exprimé par les parties au contrat. D'ailleurs, c'est par référence à la loi désignée que les éventuelles lacunes du contrat seront comblées. Ainsi, la clause de la loi applicable est une clause fondamentale.

Dans un contrat international, la loi d'autonomie résulte de la désignation expresse ou implicite des cocontractants. La désignation expresse de la loi applicable ne pose aucun problème, puisque le choix est facilement identifiable à partir du moment où il résulte d'une clause insérée dans le contrat appelée clause de désignation de la loi applicable ou clause d'*electio juris*. Exemple : Article 15 : « *Le présent contrat sera régi par la loi espagnole* ».

En présence d'un contrat international, les parties sont libres de désigner la loi qui va régir leur contrat. La loi choisie est le plus souvent une règle juridique étatique, plus exactement un droit

étatique, c'est-à-dire l'ensemble des règles applicables dans un pays, qu'elles soient d'origine légale ou réglementaire. Par ailleurs, lorsqu'on dit que les parties sont libres de choisir les règles applicables à leur contrat, ceci inclut aussi la *lex mercatoria* qui n'est pas un droit étatique. Les possibilités sont ainsi nombreuses. Les parties peuvent même choisir une partie d'un droit, une combinaison de plusieurs droits, ou pas de droit du tout (cas du contrat sans loi). Les parties peuvent même utiliser la technique du dépeçage, qui est une technique qui permet de composer une combinaison de droits sur mesure. Cela peut donner une clause de la loi applicable comme suit : Article 30 : « *Le présent contrat sera régi par le droit français à l'exception de ses articles 10, 13, 15 qui seront régis par le droit allemand* ».

Il y a une autre technique qui est la pétrification du droit, méthode qui prend la forme d'une **clause de stabilisation** ou **clause de gel**. Exemple : Deux parties à un contrat international décident sans autre précision que leur contrat d'une durée de vingt ans sera soumis au droit camerounais. Si un litige survient quinze ans plus tard, le droit aura nécessairement évolué dans un sens défavorable à l'une ou l'autre des parties. Pour éviter cela, les parties peuvent décider de « stabiliser » ou de « geler » le droit applicable en ces termes : Article 25 : « *Le présent contrat sera régi par le droit camerounais en vigueur à la date de signature. Toute disposition d'ordre législatif ou réglementaire entrée en vigueur postérieurement à cette date ne sera pas applicable, à l'exception des dispositions d'ordre public* ».

On considère encore que la loi applicable a été choisie par les parties, alors même qu'il n'existe pas de clause de loi applicable dans le contrat, lorsque les parties ont tacitement désigné la loi applicable. Le choix tacite résulte des stipulations du contrat. L'hypothèse est celle où les parties ont oublié de prévoir ou de déterminer la loi applicable à leur contrat, mais elles ont utilisé un certain nombre d'indices dans leur contrat qui permettent au juge d'identifier le droit applicable. On dira néanmoins que la loi a été choisie par les parties. Exemple : Lorsque les parties ont fait usage d'un contrat-type proposé par l'organisation professionnelle d'un pays déterminé.

Il y a des organisations professionnelles qui supervisent le commerce et qui établissent des contrats-types dans le contexte d'un ordre juridique étatique donné. De la sorte, si une difficulté non résolue par le contrat-type survient, on se réfère au droit du pays dans lequel ce contrat-type a été élaboré. L'usage d'un contrat-type est un indice de choix du droit applicable. En effet, lorsque l'opération qui a été conclue par les parties se rattache à deux lois, alors qu'il s'agit d'un type d'opération qui est connue de l'une des lois et non de l'autre, il est conseillé d'appliquer la loi qui connaît ce type d'opération. Exemple 1 : Bail conclu au Maroc sur une terre ; « bail à moitié fruit », non connu du droit français, mais connu du droit marocain : on applique le droit marocain. Exemple 2 : Trust. Si on a constitué un trust qui présente des rattachements avec la France et l'Angleterre, on applique la loi anglaise.

Lorsqu'il existe dans le contrat une clause attributive de juridiction ou clause attributive qui désigne les juridictions d'un pays déterminé pour le règlement des litiges relatifs audit contrat, on estime en général que ceci implique le choix de la loi de ce pays. En effet, les parties ne font pas véritablement la distinction entre juridiction compétente et loi applicable : « *celui qui choisit le juge choisit le droit* ».

Le choix de la loi applicable peut s'opérer à tout moment. Il est évidemment préférable que les parties choisissent la loi applicable dès la conclusion du contrat, mais les parties peuvent opérer un

choix tardif ou même un choix correctif, dans un avenant au contrat. La liberté reconnue aux parties invite à admettre qu'elles peuvent encore se mettre d'accord, lors du procès, dans leurs conclusions respectives, sur l'application d'une loi donnée : il s'agit de **l'accord procédural**.

Les choses sont différentes, en l'absence totale de choix de la loi applicable.

B- L'absence de choix de la loi applicable

Que faut-il faire lorsque les parties ont omis de désigner la loi applicable à leur contrat international, que ce soit de manière explicite ou de manière implicite?

Dans tous les cas, le contrat international est en principe soumis à une loi ; sauf accord ultérieur des parties par exemple pendant le procès, c'est le tribunal saisi qui se prononce sur ce point. Et dans ce cas le juge saisi du litige va recourir aux règles de conflit qui lui permettent d'identifier le droit avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits. Les règles de conflit de lois permettent au for saisi de déterminer le droit qu'il appliquera au litige international, et le juge utilise ses règles de conflit ou plus précisément les règles de conflit de son système juridique. Ces règles de conflit peuvent être d'origine conventionnelle; c'est le cas où le pays du for a adhéré à une convention internationale qui contient des règles de conflit de lois. Par exemple, certaines conventions prévoient qu'en cas d'absence de choix du droit applicable, le juge appliquera la loi du domicile du vendeur, ou celle de la résidence de l'acheteur.

Lorsqu'il n'existe pas de convention, le juge utilise les règles nationales de conflit de lois. En matière contractuelle, les règles de conflit susceptibles d'être appliquées sont, la loi du lieu de conclusion du contrat, la loi du lieu d'exécution du contrat La première règle de conflit a souvent été utilisée par la jurisprudence, mais son identification peut poser problème lorsque le contrat est conclu entre absents. Cette circonstance rend difficile l'identification de la loi du lieu de conclusion du contrat car, le lieu de conclusion n'est pas unique, chacune des parties se trouvant dans un pays différent de l'autre.

L'autre règle de conflit utilisée est la loi du lieu d'exécution du contrat. A priori, le lieu d'exécution du contrat est le critère le mieux indiqué pour désigner la loi applicable. L'exécution du contrat est la phase essentielle du contrat. L'exécution est ce qui est recherché par les parties. On dit que l'exécution est **consubstantielle au contrat** (inséparable du contrat).

La loi du lieu d'exécution du contrat a été majoritairement appliquée par la jurisprudence, pourtant cette loi peut aussi être difficile à identifier parce que dans certaines hypothèses, le lieu de l'exécution n'est pas toujours facile à appréhender car l'exécution du contrat pour l'une des parties est différente de l'exécution pour l'autre partie. Concrètement, on peut avoir deux lieux d'exécution du contrat lorsque le lieu du paiement est différent du lieu de livraison de la marchandise. En d'autres termes, la loi du lieu d'exécution est bien lorsqu'il existe pour la convention visée un lieu d'exécution unique. C'est la raison pour laquelle d'autres règles de conflits ne peuvent être utilisées. Dans tous les cas, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas désigné la loi applicable à leur contrat, la jurisprudence laisse au juge le soin de déterminer cette loi en analysant : « *l'économie de la convention et les circonstances de la cause* » (Civ. 6 juillet 1959, Affaire Société des Fourrures Renel).

La jurisprudence permet aussi au juge de désigner la loi applicable au moyen de la localisation du contrat (Civ. 1^{ère}, 25 mars 1979, Affaire Mercatore-Press, *RCDIP* 1980, p. 676, note Battifol). En réalité, tout est mis en œuvre pour aider le juge dans la recherche de la loi applicable et la localisation du contrat permet de déterminer la loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat. Ainsi, si un contrat international comprend un immeuble, la localisation du contrat permet d'appliquer la loi de situation de l'immeuble. Le système de localisation prévaut dans le système juridique anglais. C'est ainsi que dans le système anglais, le juge recherche une loi appropriée au contrat : c'est le système de la **proper law of contrat**.

Il est à noter que, que la loi applicable soit choisie par les parties, ou qu'elle soit désignée par le juge, une limite doit être observée : c'est le respect de l'ordre public par tous les acteurs.

Paragraphe 2 : Le domaine de la loi applicable au contrat

Il ne suffit pas de savoir quelle est la loi applicable, encore faut-il savoir quel est son domaine d'application. La connaissance du droit interne des contrats suffit pour déterminer les questions qui relèvent de cette loi

Dans un arrêt du 5 décembre 1910, Affaire American Trading Company, la Cour de cassation affirme que la loi d'autonomie est compétente pour régir le contrat (tant pour ses conditions de formation que pour ses effets). La loi d'autonomie se voit donc reconnaître par la jurisprudence et même par la plupart des conventions internationales un domaine d'application général. Mais il faut nuancer une telle affirmation car pour certaines questions contractuelles, cette loi est en concurrence avec d'autres lois ; même si la tendance en droit du commerce international est d'assurer l'unité du régime du contrat par l'application d'une même loi. Il reste que la relation contractuelle est un ensemble juridique hétérogène, complexe, dont tous les éléments ne sont pas nécessairement soumis à une loi unique, en l'occurrence la loi désignée par les parties ou par le juge.

D'autre part, le silence des parties permet au juge de choisir lui-même la loi applicable. Dans ce cas on peut se demander si la loi choisie par le juge s'applique de la même manière que la loi d'autonomie ? Dans tous les cas et de manière générale, la loi qui sera finalement appliquée au contrat va régir certaines questions du contrat **(A)** et sera exclue pour d'autres questions du contrat **(B)**.

A- Les questions soumises à la loi applicable au contrat

Certains éléments du contrat international seront soumis à la compétence exclusive de la *lex contractus* **(1)** ; d'autres seront soumis à la compétence partagée entre la *lex contractus* et une autre loi **(2)**.

1- Les questions soumises à la compétence exclusive de la loi du contrat

Elles ont trait à la formation du contrat **(a)** et à ses effets **(b)**.

a)- La formation du contrat

La loi contractuelle régit les questions relatives à la formation du contrat qu'il s'agisse des questions relatives aux conditions de validité au fond du contrat telles que le consentement ; l'objet (les prestations auxquelles donne lieu le contrat, le prix) non seulement en ce qui concerne l'exigence de cette condition, mais aussi en ce qui concerne son caractère licite ou moral ; la cause (*consideration* en droit anglais) ; la forme ou le processus d'échange des consentements (notion d'offre, d'acceptation, rencontre des volontés). La loi contractuelle régit les vices de consentement.

L'application de la loi du contrat au consentement entraîne un certain nombre de difficultés dans l'hypothèse des contrats entre «**absents**», précisément lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu ou le moment de la formation du contrat conclu par téléphone ou par correspondance.

La doctrine majoritaire propose d'exclure dans ce cas la loi d'autonomie surtout lorsque le lieu de conclusion est retenu comme élément de rattachement pour déterminer la loi applicable.

La loi contractuelle régit également la lésion, même si une partie de la jurisprudence fait application ici de la loi du lieu de situation lorsqu'il s'agit des ventes immobilières.

b)- Les effets du contrat

Il y a d'une part les effets proprement dits du contrat et d'autre part l'exécution du contrat.

S'agissant des premiers, ils constituent le domaine par excellence de la loi contractuelle. C'est le contenu du contrat. On vise ici, l'interprétation du contrat, la licéité des clauses contractuelles, l'ensemble des obligations et des droits qui fondent l'engagement des parties c'est-à-dire la force obligatoire du contrat, la détermination des personnes (ayant causes et tiers) à l'égard desquelles le contrat produit ou non ses effets (effet relatif du contrat).

Cependant en ce qui concerne l'effet translatif des droits réels lorsqu'ils portent sur un immeuble, la loi applicable est la *lex rei sitae*. Dans les domaines où l'interventionnisme de l'Etat est important, la loi applicable au contrat sera celle du pays où le contrat sera exécuté (les contrats de bail, de travail, d'assurance, de transport). La loi applicable au contrat concerne aussi l'exécution du contrat, mais c'est au sujet de l'exécution du contrat qu'il a été proposé de faire une distinction entre les effets et les suites du contrat, ces dernières échappant à la loi du contrat.

Cette distinction est fondée sur l'idée selon laquelle le contrat fait naître non seulement des conséquences immédiates mais aussi des conséquences indirectes qui résultent des événements postérieurs au contrat ou qui naissent à l'occasion de l'exécution du contrat et non de la volonté des parties. Exemple : Les conditions de mise en demeure, le taux légal des intérêts, la responsabilité pour les fautes commises à l'occasion de l'exécution du contrat et la détermination des dommages et intérêts pour réparer ces fautes. Pour certains auteurs, il faut appliquer la loi du lieu d'exécution du contrat.

Sont encore soumis, au titre des effets du contrat, à la loi contractuelle, les sanctions applicables en cas d'inexécution du contrat telle que la résolution ou la résiliation, l'exception d'inexécution. Un certain nombre d'auteurs hésitent à soumettre à la loi contractuelle les modes d'extinction des

obligations, en particulier la prescription libératoire. D'autres mesures relatives à l'exécution du contrat échappent à la compétence de la loi contractuelle, à savoir l'astreinte judiciaire ou l'octroi des délais de grâce qui relèvent de la loi du for. De même, les mesures d'exécution forcée relèvent de la loi du lieu d'exécution (les voies d'exécution).

2- Les questions soumises à la compétence partagée de la loi du contrat et une autre loi

Il s'agit principalement des conditions de forme du contrat

On dit qu'une exigence relative à la validité d'un acte juridique est une question de forme lorsqu'elle ne s'attache qu'aux manifestations externes à la qualité proprement dite ou aux manifestations extérieures au comportement de ceux qui participent à son élaboration. C'est ainsi que l'on considère comme formelle l'exigence selon laquelle un contrat de vente d'immeuble doit être constaté par un acte notarial.

La question de la loi applicable à la forme des actes est en général résolue par le principe qui désigne la loi du lieu d'accomplissement de l'acte, encore appelé loi du lieu de formation ou de conclusion de l'acte (*locus regit actum*). Cette règle de conflit pose deux problèmes : celui de son caractère et celui de son domaine d'application.

A propos du caractère de cette règle de conflit, on note à l'évidence que son choix repose sur l'idée que les parties qui ont fait un contrat valable sur le plan de la forme, auront plus de facilité à consulter ou à observer les formes prescrites par la loi du lieu où elles accomplissent leur acte. Une telle justification autorise à penser que cette règle de conflit a un caractère facultatif.

Curieusement, la Cour de cassation a tardé à affirmer le caractère facultatif de la *locus regit actum* puisque cette règle de conflit a été impérativement observée jusqu'au début du 20^e siècle. Le premier changement intervenu est dans l'arrêt du 20 juillet 1909 (RCDIP 1909, p. 900, concl. Baudouin). C'est dans cet arrêt que s'est posé pour la première fois la question de savoir si le respect des formes prescrites était impératif ou si au contraire les parties pouvaient soumettre la forme de l'acte à une autre loi. L'arrêt Viditz a été rendu à propos d'un testament (c'est un acte juridique).

Il s'agissait d'une anglaise qui vivait en France et qui avait rédigé un testament en la forme anglaise. A sa mort, la nullité du testament a été demandée devant les tribunaux au motif que ce testament devait être rédigé suivant la loi française en application de la règle de conflit prévue pour la forme des actes. Selon la Cour, la règle *locus regit actum* « est simplement facultative en ce qui concerne les testaments privés ; qu'elle a été admise pour faciliter les actes accomplis soit par les Français à l'étranger, soit par les étrangers en France et qu'elle n'a d'autre effet que d'accorder au testateur un droit d'option entre les formes admises par la loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du lieu où il se trouva ». Les parties ont donc le choix entre les formes du lieu de passation de l'acte et les formes prescrites par la loi nationale.

Le caractère facultatif de la *locus regit actum* va être renforcé par l'affaire Chaplin. Dans cette affaire, la Cour de cassation a ajouté une troisième loi applicable à la forme des actes en énonçant que la *locus regit actum* ne s'oppose pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France en une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond (Arrêt Chaplin, Civ. 28 mai 1963, GAJDIP, n°40, p. 358). Il faut préciser que le contrat qui avait donné lieu au litige avait été conclu en France selon les formes

américaines, et la *lex contractus* (la loi applicable au fond) désignée par les parties était la loi américaine.

La possibilité de choisir entre la *locus regit actum*, la loi contractuelle et la loi nationale a même été consacrée dans l'arrêt **Pierrucci** (Civ. 10 déc. 1974, *RCDIP* 1974, p. 474).

En ce qui concerne le domaine de la *locus regit actum*, c'est-à-dire les matières relevant de la loi applicable à la forme, on y trouve les formes de preuves, les formes solennelles (c'est-à-dire qui nécessitent un écrit) des actes juridiques. C'est l'essentiel du domaine de la *locus regit actum*.

B- Les éléments exclus de la loi contractuelle

On cite principalement la capacité de contracter.

Elle est soumise à la loi nationale de l'individu, car la capacité est une notion qui fait partie du statut personnel de l'individu, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui régissent l'individu. C'est la loi nationale qui détermine les causes d'incapacité et qui sanctionne la violation des règles qui protègent l'incapable.

L'application de la loi nationale à la capacité peut être source de difficultés et une telle difficulté a donné lieu à un arrêt célèbre, l'arrêt **Lizardi**. Lizardi était un mexicain domicilié en France. Selon sa loi nationale, il fallait être âgé de 25 ans pour être considéré comme majeur. Cela signifie en réalité qu'il n'avait pas encore 25 ans, et était donc mineur. Néanmoins, Lizardi a passé un contrat d'achats de bijoux importants avec des commerçants français et en paiement il a signé des billets à ordre au profit de ces commerçants. A l'époque selon le droit français, la majorité était fixée à 21 ans. A l'arrivée de l'échéance, Lizardi refusa de payer en relevant la nullité du contrat sous prétexte qu'au moment de la signature du contrat il était encore mineur selon sa loi nationale.

Les tribunaux saisis ont néanmoins condamné Lizardi à payer les commerçants parce qu'ils étaient de bonne foi, car ils ignoraient la loi mexicaine qui fixait la majorité à 25 ans. Dans cette affaire, les juges ont soumis la question de la capacité à la loi du lieu de conclusion du contrat, la loi française, pour reconnaître à ce contrat une pleine validité.

Lorsqu'un étranger est soumis à sa loi nationale qui le considère comme mineur alors que la loi du lieu de conclusion du contrat le considère comme majeur, les engagements qu'il a souscrits sont valables dès lors que ses cocontractants ont agi sans légèreté, de bonne foi et sans influence. Deux conditions sont légitimes pour que la loi du lieu de conclusion s'applique : - il faut qu'il s'agisse d'une opération de la vie courante, c'est dans ce cas que le cocontractant peut se prévaloir de son ignorance de la loi étrangère ; - l'ignorance doit être réelle et légitime.